

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año LXVI ° Septiembre-Octubre 1990 ° Núm. 600

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.  
D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Pío Cabanillas Gallas.  
D. Antonio de Leyva y Andía.  
D. Juan Vallet de Goytisolo.  
D. Aurelio Menéndez Menéndez.  
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.  
D. Manuel Amorós Guardiola.  
D. José Antonio Nortes Triviño.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. Joaquín Rams Albasa.  
D. Francisco Corral Dueñas.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
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. B. N : 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

## SUMARIO

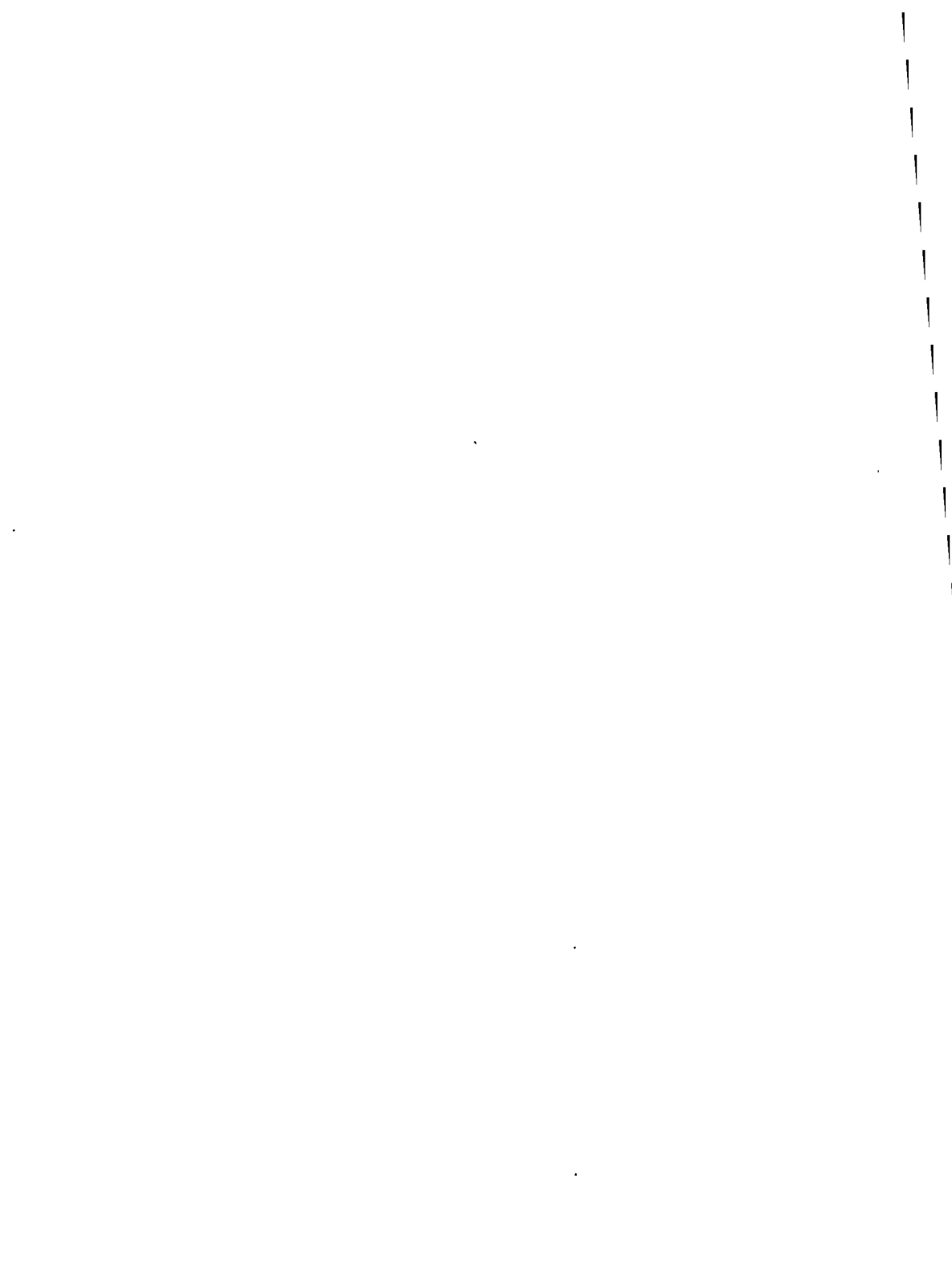
	<u>Págs.</u>
<b>ESTUDIOS:</b>	
“El Registro de la Propiedad y los regímenes económicos matrimoniales extranjeros”, por MANUEL BALLESTEROS ALONSO .....	9
“La interpretación armónica de los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil, por ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES .....	27
“El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros”, por JUAN FRANCISCO BONILLA ENCINA ..	39
“Venta por el propietario desposeído: ¿Anotación (Resolución de 25 de enero de 1990) o inscripción (art. 1.526.2, C.C.)?”, por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG .....	101
<b>DICTAMENES Y NOTAS:</b>	
“Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño. Dictamen”, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	155
“Recurso de apelación: alcance del uso y disfrute exclusivos de un elemento común, concedido al adquirente de un piso, en inmueble sometido al régimen especial de propiedad horizontal, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	191
“¿Razonamiento jurídico o económico?”, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	211
<b>ACTUALIDAD JURÍDICA:</b>	
Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	229
<b>JURISPRUDENCIA:</b>	
I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	247

II. Resoluciones de la Dirección General, por ROSA NAVARRO DÍAZ, VICENTE CARBONELL SERRANO y GALO RODRÍGUEZ TEJADA . . . . .	257
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
I. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA . . . . .	289
c) Arrendamientos urbanos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ . . . . .	302

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA:**

“Formularios de procedimiento administrativo”, de P. GONZÁLEZ SALINAS, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ . . . . .	311
“Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles”, de M. MEDINA DE LEMUS, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ . . . . .	312
“Lecciones de Derecho Registral”, de M. A. CACCIATORI, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ . . . . .	315
“La hipoteca”, de PEDRO AVILA NAVARRO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . .	317
“La representación y disposición de los bienes de los hijos”, de ALFONSO VENTOSO ESCRIBANO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS . . . . .	320
“La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima”, de FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, por MANUEL CASERO MEJÍAS . . . . .	322
“El objeto social en la Sociedad Anónima”, de SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, por MANUEL CASERO MEJÍAS . . . . .	325
<b>REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN . . . . .</b>	<b>331</b>

# ESTUDIOS



# El Registro de la Propiedad y los regímenes económicos matrimoniales extranjeros (\*)

Existen, en el momento actual, una serie de circunstancias que podrían sugerir la tentación de “dulcificar” el principio de calificación, de aminorarlo, haciéndolo menos extenso o limitando los campos a los que el Registrador puede llegar en su crítica de los títulos que pretenden acceder al Registro. Entre esas circunstancias pueden señalarse la creciente movilidad de la economía y del crédito que exige una mayor rapidez en el despacho de los documentos, la cada vez mayor imbricación entre las distintas ramas del Derecho y la acentuada intervención administrativa en el ámbito del Derecho privado, la que se ha llamado a veces “motorización legislativa”, que hace con frecuencia difícil y laboriosa la búsqueda y aplicación del Derecho positivo vigente y, por fin, la progresiva internacionalización de la vida económica y jurídica, que trae consigo una mayor frecuencia de la necesidad de aplicar el Derecho extranjero.

Uno de los factores que, en efecto, ha complicado la labor de calificación del Registrador es la internacionalización de los negocios. Si es cierto que el rasgo de internacionalidad fue siempre característico del comercio, lo es también que los negocios con elemento extranjero en el ámbito de los bienes inmuebles han venido siendo una excepción. Sin embargo, una serie de circunstancias de gran envergadura histórica parecen estar modificando ese estado de cosas. En efecto, el aumento generalizado del nivel de vida, los adelantos de las edades de jubilación, los planes de seguridad y de ahorro para la vejez, etc., han provocado auténticos movimientos migratorios “de temporada”, de resultados de los cuales gran cantidad de

---

(\*) El presente trabajo es el contenido de la conferencia pronunciada por el autor en la Delegación del Colegio de Registradores de Cataluña el día 27 de febrero de 1990.

personas han adquirido bienes inmuebles (residencias de vacaciones o de jubilación) en países distintos del de su nacionalidad. Además, la interdependencia económica internacional va forzando la constitución de espacios cada vez más amplios en que sean libres la circulación y el establecimiento, del tipo de nuestro Mercado Común. Todo lo cual redundará en un aumento vertiginoso del número de negocios jurídicos que pretenden acceder al Registro y en los que es necesario aplicar un derecho positivo extranjero.

En el ámbito de los bienes inmuebles, la necesidad de aplicar el Derecho extranjero se presenta en aquellos casos en que tienen vigencia o bien el estatuto personal o bien el estatuto formal. No vamos a fijarnos ahora en este último, sino sólo en el primero, y con referencia únicamente al tema de las limitaciones que para los consortes puedan derivarse de su régimen económico matrimonial cuando éste está regulado por un Derecho positivo extranjero.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que los Registradores calificarán bajo su responsabilidad “la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas”. Pues bien, una de las fuentes de posibles actos dispositivos “no válidos” son las limitaciones que para la actuación de los consortes se derivan de su régimen económico matrimonial. Y ello no sólo en regímenes de comunidad y respecto de los bienes comunes de los cónyuges, sino también en regímenes de separación o intermedios como el de participación y también respecto de bienes privativos de los consortes. Piénsese, por ejemplo, en las limitaciones al poder de disposición sobre la vivienda familiar que existen en algunos ordenamientos (como en el nuestro mismo) o en los casos en que la comunidad legal es una comunidad absoluta que incluye todos los bienes.

Todas esas limitaciones a la actuación de los esposos han de ser tenidas en cuenta por el Registrador a la hora de calificar. De esto no cabe duda cuando el régimen económico del matrimonio es uno de los regulados en el Derecho nacional. Y en ese sentido el Reglamento Hipotecario dicta una serie de normas —los artículos 91 y siguientes— que contemplan, de una parte, el modo en que ha de practicarse la inscripción de los bienes según cuál sea el régimen matrimonial y según cómo hayan sido adquiridos, y de otra los criterios para calificar los actos de administración y de disposición sobre tales bienes, distinguiendo según cómo cada uno haya sido inscrito.

De igual modo no tendrían que suscitarse dudas acerca de que las facultades calificatorias del Registrador alcanzan a las limitaciones que para los consortes se derivan de un régimen económico matrimonial regulado por el Derecho extranjero. A este respecto, las normas fundamentales a tener en cuenta son las de los números 2 y 3 del artículo 9 del Código Civil, que indican, el número 3 que “las relaciones patrimoniales entre los

cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones permitidas por la ley de cualquiera de ellos, se regirán por la misma ley que las relaciones personales”, y que “el cambio de nacionalidad no alterará el régimen económico matrimonial, salvo que así lo acuerden los cónyuges y no lo impida su nueva ley nacional”; el *número 2* que “las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido en el momento de la celebración”.

Sin embargo, el propio título preliminar del Código Civil contiene una norma que aminora la aplicación de las causas de incapacidad derivadas del Derecho extranjero. Es la del *artículo 10-8*, que indica que “serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española”. Regla que, continúa diciendo, no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero. *¿Es esta norma aplicable a las limitaciones a la capacidad o al poder de disposición que para los cónyuges emanan de su régimen económico matrimonial?* Esta es, para tratar el tema que nos ocupa, la primera pregunta que hay que formularse. Si se contesta afirmativamente, entonces la capacidad de los comparecientes extranjeros deberá ser siempre —salvo que actúen sobre inmuebles sitos en el extranjero (y en ese caso el Registrador español poco tendrá que decir)— calificada con arreglo a la ley española y las limitaciones que les viniesen impuestas por su matrimonio no surtirían, por así decir, efectos en España. ¿Quiere el legislador que las cosas sean de esta manera? La *Dirección General de los Registros y del Notariado* parece haberlo así entendido en dos supuestos en que por el Registrador se había denegado la práctica de la inscripción por no haberse acreditado debidamente la capacidad del extranjero que disponía. Se trata de las *Resoluciones de 4 de marzo y de 14 de diciembre de 1981*. Sin embargo, y a pesar de las declaraciones que contienen esas Resoluciones, creo que su solución no puede generalizarse, y ello por las siguientes razones:

*Primero*, porque se trataba de casos en que si se hubiese aplicado el Derecho nacional de los comparecientes extranjeros se hubiera llegado a igual solución favorable a la validez del contrato (en efecto, en la Resolución de 4 de marzo se trataba de una constitución de Sociedad en la que un nacional francés aportaba dinero metálico y en la Resolución de 14 de diciembre se trataba de un británico casado que vendía una finca).

*Segundo*, porque ello implicaría una excepción casi absoluta y para poco menos que todos los casos a la norma del artículo 9 del Código.

*Tercero*, porque es dudoso que las limitaciones que para el poder de disposición de un consorte emanan de su régimen matrimonial puedan

calificarse de “incapacidades”; más bien se trata de limitaciones a la facultad de disponer, cuando no problemas puros y simples de titularidad de los bienes: piénsese que el marido español no puede disponer él solo de un bien inmueble ganancial no tanto porque sea capaz o deje de serlo como porque no es dueño de dicho bien, sino que le pertenece conjuntamente con su esposa.

*Cuarto*, porque esta última visión del problema aparece confirmada por el artículo 92 del *Reglamento Hipotecario* que indica que “cuando el régimen económico matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará en favor de aquél o aquéllos, haciéndose constar en ella que se verifica *con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare*”; *pues ¿para qué quiere el Reglamento Hipotecario que en el Registro conste esa especie de advertencia de que la inscripción se practica con sujeción al régimen matrimonial del adquirente, si luego las limitaciones que se deduzcan de ese régimen no van a ser tenidas en cuenta?*

*Quinto*, porque si la norma del artículo 10-8 se estimase aplicable a las limitaciones a la facultad de disponer derivadas del régimen económico matrimonial se daría lugar a la absurda situación de que unos regímenes económicos matrimoniales extranjeros tendrían efectos en España y otros no: y ello porque *la ley cuya aplicación excluye el artículo 10-8 no es la que rija las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, sino la ley nacional del extranjero que contrata* (dice, en efecto, que “serán válidos a los efectos del ordenamiento jurídico español los contratos onerosos celebrados en España por extranjero *incapaz según su ley nacional*, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española); y es evidente que puede ocurrir —y de hecho ocurre— que esas dos leyes (es decir, la nacional del contratante extranjero y la que regula el régimen económico de su matrimonio, que será una de las que previene el artículo 9, número 3, es decir, la de las capitulaciones matrimoniales permitidas por la ley de cualquiera de ellos, la última ley nacional común o la ley nacional del marido en el momento de la celebración) no sean las mismas; de manera que se excluiría la aplicación de las limitaciones derivadas del régimen económico matrimonial cuando la ley que regula éste coincidiese con la ley nacional del contratante extranjero y no se excluiría cuando no coincidiese. Lo cual es absurdo.

*Y sexto*, porque la condición para la exclusión de la aplicación de la ley extranjera es que “la causa de la incapacidad no esté reconocida en la ley española”. Y ocurre que la mayor parte de las limitaciones a la facultad de disponer que se derivan de regímenes económicos matrimoniales están, en efecto, reconocidas en la ley española para casos paralelos. No hay que olvidar, a este respecto, que la llamada “cláusula de interés nacional” que

recoge el artículo 10-8 del Código Civil nació pensando en los diferentes límites que para la mayor edad establecían las legislaciones y no en el caso concreto que contemplamos.

Dicho todo lo cual habría que añadir que pueden, sin embargo, darse *casos de limitaciones derivadas del régimen económico matrimonial que queden excluidas, a los efectos de nuestro ordenamiento jurídico, por la aplicación del principio "de interés nacional" o de "favor contrati" del artículo 10-8 del Código Civil.* Entre ellos creo que podrían citarse, por ejemplo, aquellas limitaciones que afecten a la disposición sobre bienes privativos y que no estén reconocidas en la legislación española: así, si el régimen económico matrimonial aplicable es uno de comunicación absoluta de bienes que implique necesidad de consentimiento de ambos consortes para la disposición sobre bienes que los cónyuges han adquirido a título gratuito o antes de contraer matrimonio; pues no existe regulado en nuestro ordenamiento jurídico un régimen similar. O, por ejemplo, también aquellas limitaciones que afecten en otros ordenamientos extranjeros a las personas por razón del sexo, como pudieran ser instituciones similares a la nuestra antigua licencia marital, si bien la aplicación de tales limitaciones estaría excluida, más que por la aplicación del artículo 10-8, por razón de la cláusula de orden público, del artículo 12-3 del Código, pues la igualdad entre los sexos es un principio de orden superior, recogido en el artículo 14 de la Constitución. Por iguales motivos podría estimarse que no tienen efectos en España las limitaciones que del régimen económico matrimonial se deriven y que impliquen limitaciones en orden a la facultad de adquirir de la mujer.

Concluimos, pues, que el artículo 10-8 del Código Civil no resulta aplicable, al menos de una manera automática y general que permita al Registrador despreocuparse de lo que el Derecho extranjero dice, a las limitaciones que en orden a la administración o disposición de los bienes se deriven del régimen económico matrimonial y que, por consiguiente, el cumplimiento de dichos requisitos o limitaciones debe ser calificado por el Registrador siguiendo los dictados del Derecho que resulte aplicable, la determinación del cual se llevará a efecto siguiendo el camino que al efecto traza el artículo 9 del Código Civil en sus tres primeros números.

El Reglamento Hipotecario dedica al caso de que tratamos un solo precepto, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario que ya antes he citado. Conviene, para su examen, distinguir —como hacen los artículos 91 y siguientes del Reglamento Hipotecario para bienes sujetos a regímenes económico matrimoniales regulados por legislación nacional— entre dos asuntos distintos: 1. *Cómo se inscriben los bienes* cuando los adquiere persona sujeta a un régimen económico matrimonial regulado por legislación extranjera; y 2. *Qué requisitos deben exigirse* para inscribir los actos

de administración o disposición sobre dichos bienes. Es de resaltar que el artículo 92 citado sólo se ocupa de la primera de las cuestiones y que para nada habla de la segunda.

### PRIMERA CUESTION: COMO PRACTICAR EL ASIEN TO

La inscripción, dice el artículo 92, se hará en favor del adquirente, con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare. La cosa parece bastante simple: se hace la inscripción en favor del adquirente y se utiliza la fórmula cuasi sacramental de que dicha inscripción se hace "con sujeción a su régimen matrimonial". Y cuál sea dicho régimen matrimonial se hace constar en el asiento si resulta de las manifestaciones que las partes hacen en la escritura pública. Y no se hace constar si nada se manifiesta en el título. La labor del Registrador parece pues reducida, en ese momento, a transcribir lo que el título dice, sin entrar en más averiguaciones y sin ejercer ningún control de calificación sobre las declaraciones de las partes.

Sin embargo, quizá las cosas no sean tan sencillas. Podrían, para mejor verlo, plantearse algunas preguntas. Por ejemplo:

1. Adquiriendo dos consortes y no haciendo manifestación sobre cuál sea su régimen matrimonial, ¿puede practicarse la inscripción en favor de ambos conjuntamente y sin atribución de cuotas, como se hace con los bienes gananciales, o debe exigirse la determinación de las cuotas, como con carácter general exige el artículo 54 del Reglamento Hipotecario para los casos de pluralidad de titulares registrales?

2. Cuando adquiere un solo consorte y no manifiesta nada acerca de cuál sea su régimen matrimonial, ¿puede practicarse la inscripción en los simples términos que se deducen del artículo 92 o habrá que hacer constar en la inscripción —y exigir que conste en la escritura— la identidad de su consorte, como exige el artículo 51-9 del Reglamento Hipotecario para aquellos casos en que el adquirente sea casado y el acto o contrato que se inscriba afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal?

3. ¿Qué de la misma cuestión si el adquirente ha manifestado que su régimen económico matrimonial es el de comunidad?

4. ¿Qué acerca de lo mismo si el adquirente manifiesta que su régimen es el de separación y resulta que el régimen legal supletorio de la legislación de su nacionalidad es uno de comunidad?

En rigor, todas las cuestiones son la misma: la de si el Registrador debe limitarse en este momento a la escueta labor de transcripción que parece deducirse del artículo 92 del Reglamento o si ya en ese momento debe

comenzar a ejercer su labor calificadora llegando hasta el mismo Derecho extranjero aplicable. Esto último es lo que, en mi modesta opinión, hay que concluir, si se hace una interpretación sistemática, y no meramente literal, del precepto reglamentario.

Con arreglo a esa interpretación podrían formularse una serie de conclusiones, el mismo desarrollo de las cuales pienso que puede servir para defensa del criterio que las inspira:

a) El Registrador, al inscribir la adquisición, debe comenzar por determinar cuál es el Derecho positivo *presuntivamente aplicable* al caso, acudiendo para ello a las normas de conflicto españolas, con arreglo al terminante precepto del artículo 12-6 del Código Civil, que indica que “los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”. Y digo derecho aplicable *presuntivamente*, porque pueden concurrir circunstancias que hagan que el Derecho aplicable “a primera vista” no sea el que realmente hay que aplicar, y ello por circunstancias que no son dadas a conocer al Registrador (piénsese en cambios de nacionalidad, por ejemplo, que no llevan consigo necesariamente cambios de régimen matrimonial o en aquellos supuestos, más frecuentes, de adquisiciones realizadas por mujer casada con varón de distinta nacionalidad) y que hacen que el régimen matrimonial del matrimonio venga regulado por una legislación que no tiene ninguna conexión aparente con el documento que se presenta a registración.

A los efectos de descubrir esos puntos de conexión que no tienen relación aparente con el documento inscribible, pienso que no sería descabellado pensar en una reforma reglamentaria que exigiese que en la comparecencia se hiciese manifestación de aquellas circunstancias de hecho que influyen en la determinación del régimen matrimonial y que no son otras que las que recoge el artículo 9-3 del Código Civil. Es decir, que fuese obligado manifestar si hay o no capitulaciones matrimoniales, así como la última nacionalidad que los consortes tuvieron en común y cuál era la nacionalidad del marido en el momento de la celebración del matrimonio.

En cuanto a qué ley es la *presuntivamente aplicable*, no hay duda que la que indica el artículo 9 del Código Civil: la nacional común de los cónyuges o la nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Pero como muchas veces estos datos no estarán a la vista del Registrador, habrá que estar para esta primera, por así decir, precalificación, a la ley nacional del adquirente extranjero.

b) Cuando la existencia del régimen económico matrimonial del o de los adquirentes es suficientemente acreditada (mediante la presentación del correspondiente contrato matrimonial o del certificado del registro de

regímenes matrimoniales que existe en algunos países más afortunados en este punto que el nuestro), el Registrador hará constar en el asiento tanto la existencia del régimen como el modo de su acreditación.

c) Cuando la existencia del régimen matrimonial que se declara no ha sido acreditada, pero ocurre que dicho régimen es el que el Derecho presuntivamente aplicable establece como régimen supletorio legal, el Registrador hará constar, sin más, en el asiento la manifestación del o de los comparecientes.

d) Cuando al existencia del régimen matrimonial que los adquirentes declaran no ha sido acreditada y además dicho régimen no es el previsto como supletorio en la legislación presuntivamente aplicable, entonces se hará constar en el asiento la manifestación de la escritura, conforme dispone el artículo 92 del Reglamento, pero *añadiendo la advertencia de que dicho régimen no ha sido acreditado*. Advertencia que será muy útil para que los terceros que consultan el Registro distingan, entre las noticias que el Registro publica, las que son exactas de las que quizá no lo sean tanto.

e) Cuando ocurre que ese régimen económico que se manifiesta es el de separación de bienes y ocurre además que no es el supletorio legal de la legislación presuntivamente aplicable y además ocurre que quien adquiere y hace la manifestación es sólo uno de los consortes sin asistencia del otro, entonces *no debe practicarse la inscripción* hasta que, una de dos: o se indique el nombre y apellidos del consorte o se acredite que, en efecto, el régimen del matrimonio es el de separación de bienes.

Este es el primer punto de los abordados en que se produce un conflicto entre quien pretende la inscripción y la calificación del Registrador. En efecto, hasta ahora éste calificaba y de una manera u otra terminaba siempre inscribiendo. Ahora, sin embargo, sin el nombre del consorte o la acreditación del régimen no puede haber inscripción. La postura puede parecer extrema o incluso contraria a los términos que parecen más flexibles del artículo 92 del Reglamento citado. Pero es la postura que hay que mantener por la siguiente serie de razones: Primero, porque el artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige la constancia en la inscripción del nombre del consorte siempre que el acto que se inscribe pueda afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, y aquel precepto no distingue entre nacionales y extranjeros; y en el mismo sentido el artículo 159 del Reglamento Notarial exige que consten en la escritura el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales (referencia esta última a la sociedad de gananciales que hay que entender extensiva a los regímenes similares regulados en el Derecho extranjero); y porque la aplicación del

artículo 92 no tiene por qué excluir la del 51 porque no son contradictorios. Segundo, porque si el artículo 51 ha querido proteger los eventuales derechos del consorte del adquirente no se ve por qué ha de privarse de dicha protección a los consortes de los adquirentes cuyo régimen matrimonial está regulado por el Derecho extranjero. Tercero, porque la publicación del nombre del consorte del adquirente sirve de advertencia al tercero (juntamente con la salvedad antes indicada de que el régimen que se declara no ha sido acreditado) acerca de que quizá a dicha persona le corresponda algún derecho sobre la finca, si es que así resulta del régimen matrimonial vigente, con lo cual lo que el Registro publica es más completo y exacto. Cuarto, porque el que el nombre del consorte conste en el asiento facilitará las cosas cuando haya que exigir (si es que llega a ser necesario) que dicha persona preste su consentimiento a la hora de disponer del derecho inscrito. Respecto de esto no puede olvidarse que vivimos tiempos de inestabilidad matrimonial y que es fácil que ocurra que quien estaba casado con una persona en el momento de adquirir lo esté con otra en el momento de enajenar. Quinto, porque en la propia Resolución mencionada de 14 de diciembre de 1981, uno de los argumentos que la Dirección General esgrimió para revocar la nota del Registrador fue que en asiento que proclamaba la titularidad del que ahora disponía no se hacía constar siquiera el nombre de la mujer, por lo que, concluía el Centro Directivo, había que suponer que el titular registral estaba plenamente legitimado para disponer.

f) ¿Puede admitirse a inscripción un documento en que el adquirente no haga manifestación alguna acerca de su régimen matrimonial? Del texto del artículo 92 que comentamos parece deducirse que sí, puesto que dice que en la inscripción se hará constar cuál es ese régimen "si constare". Ese "si constare" creo que hay que entenderlo en el sentido estricto de "si resultare del título", que es el contenido que el Reglamento quiere dar a esa expresión otras veces que la utiliza (por ejemplo, en el artículo 51-8, al hablar de la constancia en la inscripción del valor de la finca o derecho inscrito), y no en el sentido de "si se acreditare", que era otra posible interpretación que podía darse a esas palabras. Ahora bien, ¿cabe en todos los casos que *no conste* en el título y por consiguiente en la inscripción, el régimen matrimonial? Hay que entender que sí: en todos los casos cabe que no se haga manifestación alguna acerca de cuál es el régimen matrimonial del adquirente. Y entonces la inscripción se practicará conforme el artículo 92 indica, es decir, señalando que se hace en favor de don fulano, *con sujeción a su régimen matrimonial, y sin indicación de éste, puesto que no consta en el título*. Sin que, sin embargo, el que quepa esa posibilidad menoscabe en nada todo lo que antes se ha dicho respecto de la necesidad de que conste el nombre del consorte del adquirente en aquellos

casos en que el régimen supletorio legal sea el de comunidad, o lo que en seguida diremos respecto de la determinación de cuotas en los casos de pluralidad de adquirentes.

g) Por lo que se refiere a este tema de *la inscripción en favor de ambos consortes con o sin atribución de cuotas*, hay que decir con referencia al artículo 54 lo mismo que se ha dicho con referencia al artículo 51: que el artículo 92 ni es contradictorio con él ni excluye su aplicación. Por consiguiente, adquiriendo ambos consortes, deben determinar en la escritura en qué proporción lo hacen. Y sólo cabe que no se haga esa determinación —y que se inscriba conjuntamente y sin atribución concreta de cuotas— cuando concurren estas dos circunstancias: 1. Que se declare que el matrimonio se haya sometido a un régimen de comunidad “de presente” (es decir, no a uno de esos regímenes de comunidad para después de la muerte o de participación, que funcionan durante la vida de los esposos, a efectos de la titularidad de los bienes como regímenes de separación); y, 2. Que además, ese régimen a que se declara está sometido el matrimonio o bien sea el supletorio legal según el Derecho presuntivamente aplicable o bien se acredite debidamente.

Las conclusiones que van quedando expuestas ya se ve que hacen las cosas algo menos sencillas de lo que se deduciría de una lectura aislada del artículo 92 del Reglamento Hipotecario. La interpretación sostenida creo, sin embargo, que es inexcusable si se piensa:

a) Que el artículo 92 no pretende regular él solo toda la materia y que debe leerse en conexión con el resto de la normativa.

b) Que no puede admitirse una interpretación que implique dar entrada en el Registro a datos que puedan ser inexactos sin que el Registro lo advierta. Más aún cuando dichos datos tienen una gran importancia para delimitar la “forma en que los derechos inscritos pertenecen a su titular”, que es justamente uno de los aspectos, conforme el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en que las declaraciones de los libros están investidas de presunción legal de veracidad.

c) Que en ningún caso puede interpretarse un precepto del Reglamento que regula el Registro de la Propiedad en el sentido de una menor seguridad jurídica, cuando el Registro no es sino un instrumento para conseguir ésta. Ni en el sentido de una menor seguridad jurídica para posibles titulares de derechos inscritos (por ejemplo, el consorte del adquirente cuyo nombre no consta); ni en el sentido de una menor seguridad jurídica para quienes consultan el Registro y quieren atenerse a sus declaraciones.

El criterio sostenido tropieza, sin embargo, con una dificultad: parece que exige del Registrador un previo conocimiento del Derecho positivo

extranjero; un conocimiento al que no está obligado, pues como indica el artículo 12 del Código Civil, “la persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la legislación española”; forma de pensar que confirma en nuestro ámbito el Reglamento Hipotecario, cuando en el artículo 36 establece que “la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable”. Añadiendo que “por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles”, y que “el Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”.

Parecería más conforme con esa doctrina legal que considera al Derecho positivo extranjero como un hecho que debe ser probado y que el juzgador o funcionario español no tiene por qué conocer el dar al artículo 92 del Reglamento Hipotecario una interpretación, por decirlo así, más sencilla, que “aparque” los problemas derivados del régimen económico matrimonial del adquirente sujeto en este punto a Derecho extranjero hasta el momento futuro en que dicho titular registral disponga o realice un acto que pretenda tener acceso al Registro.

El argumento, sin embargo, creo que no tiene suficiente fuerza. Ya hemos visto antes y tendremos ocasión de comprobar en seguida otra vez, los problemas que esa interpretación “más sencilla” del artículo 92 puede ocasionar al ser relacionada con el principio de legitimación registral: es una interpretación más sencilla que complica las cosas para el futuro y que hace de los asientos del Registro algo incierto e incompleto. Pero, por otra parte, la interpretación sostenida del artículo 92 no contradice el principio de que el Derecho extranjero debe ser probado al Registrador: nada impide a éste, al objeto de practicar un asiento completo y ajustado al Reglamento Hipotecario, exigir que el contenido del Derecho extranjero le sea acreditado no ya en el momento de inscribir un acto de administración o de disposición del titular registral, sino también en el mismo momento de inscribir su adquisición.

## SEGUNDA CUESTION: LOS ACTOS DE ADMINISTRACION O DISPOSICION SOBRE EL BIEN INSCRITO

Los artículos que siguen al 92 del Reglamento Hipotecario se ocupan en su primer apartado del modo en que, en cada caso, hay que practicar

la inscripción y, en los apartados siguientes, de los requisitos que han de exigirse para inscribir los actos de administración o disposición sobre los bienes de este modo inscritos. El artículo 92, como hemos notado antes, sólo contiene previsión respecto del primer asunto y nada dice acerca del segundo. Y es que, en realidad, no podía ser de otro modo, pues los artículos 93 y siguientes no hacen otra cosa que concretar el modo de cumplir ante el Registro los requisitos que exige la legislación sustantiva y especialmente el Código Civil. Naturalmente que el artículo 92 no podía contener previsiones similares para cada uno de los posibles regímenes económicos matrimoniales extranjeros aplicables.

Este es el único sentido que cabe atribuir al silencio del precepto. E igual que no cabía antes tampoco cabe ahora interpretar la norma en el sentido de que el Registrador deba aminorar su calificación de los actos de administración o disposición ateniéndose, en cuanto al régimen matrimonial, a las declaraciones del titular registral, sin entrar en más averiguaciones. Al contrario, hay que afirmar que cuando el régimen económico matrimonial del titular registral está regido por el Derecho extranjero el Registrador ha de calificar con la misma amplitud con que lo haría si dicho régimen estuviese regulado por uno de los Derechos españoles. Y ello porque se lo impone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Y si ocurriese que para calificar el Registrador tuviere que aplicar preceptos del Derecho positivo extranjero que no conociese, puede entonces exigir que se le acrediten, conforme a lo prevenido en los artículos 12 del Código Civil y 36 del Reglamento Hipotecario, para una vez en posesión de dichas normas, aplicarlas.

Y dicho lo anterior no habría más que añadir. Convendrá, sin embargo, hacer algunas consideraciones respecto de la calificación de estos actos y con referencia a supuestos concretos que han quedado diferenciados antes al hablar del modo de practicar la inscripción según los casos:

1.º *Primer supuesto: Que el régimen económico matrimonial del titular registral no conste en absoluto en el asiento en que se proclama su titularidad.* Ya hemos visto antes cómo el propio artículo 92 prevé la posibilidad de que se practique un asiento así, pues la inscripción, cuando el régimen matrimonial del adquirente está regulado en un derecho extranjero, se practica en favor de aquél y con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, dice el precepto, *si constare*. De modo que si el régimen no constaba en el título tampoco constará en la inscripción. Naturalmente, en este caso, y para acceder al Registro, un acto dispositivo del titular registral ha de acreditarse ante el Registrador cual era el régimen económico del matrimonio del titular registral que ahora dispone en el momento de su adquisición. Lo cual supone que:

- No basta con que el titular registral que ahora dispone manifieste que con arreglo a su régimen matrimonial puede hacerlo, ni basta que manifieste tener un concreto régimen matrimonial que le permite esa disposición (por ejemplo, uno de separación). No basta con hacer manifestaciones, sino que es preciso acreditar el régimen. Naturalmente que la manifestación equivale a acreditación cuando el régimen que se manifiesta es justamente el legal supletorio del derecho presuntivamente aplicable.
- Tampoco basta con que el titular registral disponga él solo sin manifestación alguna acerca de cuál fuese el régimen económico de su matrimonio, alegando que él solo es el titular registral y que es el propio asiento del Registro el que le inviste de legitimación para disponer. Aunque es cierto que este argumento parece fuerte y por ello en seguida nos detendremos en su estudio.

Una vez acreditado cuál era el régimen matrimonial del titular registral en el momento de su adquisición, el Registrador calificará, con arreglo al Derecho aplicable, si conforme a dicho régimen el acto dispositivo reúne las condiciones necesarias para su validez. Y si de dicho régimen se deduce la necesidad de consentimiento del consorte habrá que exigir que concurra dicho consentimiento.

*En cuanto a la identidad del consorte del titular registral* ya ha quedado expuesta antes la necesidad, por exigencia reglamentaria, de que en aquellos supuestos en que el régimen legal supletorio no sea de separación, conste dicha identidad en el asiento. Ahora bien, si no constase, hay que entender que bastaría la mera manifestación relativa a tal identidad (es decir, que fulano o fulana, compareciente, era el consorte del titular registral en la fecha de la adquisición), sin que sea necesario pedir que tal condición se acredite documentalmente (por ejemplo, mediante el correspondiente certificado de matrimonio). Eso sí, insistiendo en que *la manifestación que ha de hacerse es que el compareciente era ya consorte del titular registral en el momento de su adquisición, sin que sea suficiente la mera manifestación de que es su consorte ahora*, por la evidente razón de que puede haber habido unas posteriores nupcias.

Ha quedado apuntado antes que el criterio expuesto de que deba acreditarse el régimen económico matrimonial que no consta en el asiento del Registro podría ser atacado en base al *principio de legitimación registral*. En efecto, podría decirse, si en el asiento registral aparece don fulano de tal como titular registral sin más indicaciones ni salvedades, hay que estimar que a él solo corresponde, a los efectos del Registro cuando menos, la legitimación para disponer; y ello en base a los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria y sin que sea admisible que nadie, y mucho menos el Regis-

trador, trate de imponer al titular registral limitaciones a su poder de disposición que no resultan de los asientos del Registro. Otra cosa sería admitir que el Registro es incompleto o inexacto cuando publica titularidades y admitir que pueden afectar a terceros limitaciones del Derecho del titular registral que no constan en los libros; todo lo cual va en contra de la esencia del sistema.

Cierto que la anterior argumentación, en cuanto se basa en la defensa y la aplicación de uno de los principios fundamentales del sistema registral, es impresionante. Además, fue expresamente utilizada por la Dirección General en la Resolución de 14 de diciembre de 1981, que ya varias veces he citado, para revocar la nota del Registrador. Sin embargo, tal argumentación creo que puede y debe ser rebatida alegando frente a ella:

1.º Que la presunción de veracidad en que el principio de legitimación consiste no ampara todos los datos que cada asiento publica, sino a sólo parte de ellos: concretamente a aquellos que han sido objeto de previa calificación por el Registrador. Como se demuestra, por poner un caso patente, en el de *las menciones*, es decir, aquellos gravámenes que, manifestados por los comparecientes interesados, han llegado a constar en el Registro y que éste no sólo no protege, sino que además expulsa de los libros, por la sencilla razón de que los títulos en que tales derechos nacieron no han sido nunca objeto de calificación por el Registrador.

2.º Que no puede admitirse que lleguen a ingresar en el Registro títulos que pudieran estar afectados de vicios de nulidad por causa de limitaciones al ámbito de la calificación que no vengan expresamente impuestas por la Ley. En efecto, la legitimación no es sino un efecto de la inscripción: un efecto cuya causa está justamente en la seguridad sustantiva y no meramente formal que la calificación del Registrador proporciona al sistema. Es indudable que la inscripción supone, en la vida social, una especie de canonización del título; pero esa canonización se produce no por fetichismo ni por puro convencionalismo. El fundamento de la mayor solidez que tiene lo inscrito frente a lo no inscrito está en la calificación.

3.º Porque si bien es cierto que ese argumento del principio de legitimación fue utilizado, como queda dicho por la Dirección General en la Resolución antes citada de 14 de diciembre de 1981, es también muy cierto que esa Resolución es de fecha anterior al texto vigente del artículo 92 y que en aquel tiempo no había regulación concreta de cómo deben de practicarse las inscripciones en favor de personas sujetas a regímenes económicos matrimoniales regulados por un Derecho extranjero.

En contra del criterio sostenido podría alegarse también, quizá, que es incoherente, por cuanto se exige que se acredite cuál es el régimen económico matrimonial del titular registral que enajena, mientras que respecto

de la identidad de su consorte en el caso de la adquisición se adopta la postura de mantener que basta con la manifestación, sin exigir acreditación. ¿Por qué hay que acreditar aquello y basta con manifestar esto? La contestación es que la identidad del consorte es un asunto de hecho, para cuya apreciación no son precisos conocimientos técnicos, mientras que ocurre lo contrario con la determinación de cuál era el régimen económico por el que se regía el matrimonio en el momento de la adquisición: que es cuestión acerca de la que puede producirse el error de derecho.

*Segundo supuesto: Que el régimen económico matrimonial del titular registral conste en el asiento en que se proclama su titularidad.*

En este caso, igual que en anterior, el Registrador debe, para calificar la validez del acto dispositivo del titular registral que pretende ingresar en el Registro, entrar a examinar las limitaciones que al poder de disposición de aquél le sean impuestas por su régimen económico matrimonial. Y constando en el Registro cuál sea ese régimen lo que hay que definir es si el Registrador ha de dar por vigente necesariamente ese régimen o si debe someter a crítica su existencia.

Nuevamente puede parecer que el solo planteamiento de tal cuestión choca con el principio de legitimación registral. Pues si a todos los efectos legales se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular *en la forma determinada por el asiento respectivo*, ¿no choca con esa presunción legal la misma pretensión de que el Registrador pueda discutir lo que el Registro dice? Pues, en efecto, en el supuesto que hemos tratado antes se trataba de que el Registro no decía nada acerca del régimen económico matrimonial del titular registral ¿Cabe adoptar la misma solución que hemos defendido para el caso actual en que el Registro sí dice algo de esa materia? Más concretamente, cuando el Registro proclama que tal derecho pertenece a don fulano de tal, casado en régimen de separación de bienes y no expresa el nombre de su consorte, ¿no está proclamando *la forma* en que dicho derecho pertenece a ese señor y no alcanza la presunción al principio de legitimación a esa "forma"? Si dicho don fulano de tal, que tiene así inscrito su derecho, dispone, ¿cómo podrá, sin romper los fundamentos del sistema hipotecario, exigírsele que acredite su régimen matrimonial o que, en otro caso, aporte el consentimiento de su consorte para la enajenación? Si se llega a actuar así, ¿no ocurrirá que el adquirente cuya adquisición no ingresa en el Registro por falta de estos requisitos verá defraudada la confianza que había depositado en los pronunciamientos de los libros?

Creo que, a pesar de la dureza aparente de la solución, hay que defender para este supuesto el mismo criterio que ha quedado antes expuesto para cuando el asiento nada dice del régimen matrimonial del titular registral. Y hay que defenderlo con los mismos argumentos, insistiendo,

quizá en el primero de ellos para vencer el escrúpulo que pueda derivarse de ese aparente choque de la postura sostenida con el principio de legitimación. No hay tal choque, hay que mantener, porque la presunción de veracidad del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no ampara todas las proclamaciones de los asientos, sino únicamente algunas. ¿Cuáles? Justamente aquellas que han sido objeto de previa calificación. En ese sentido puede decirse que la mera constancia en un asiento del cual es el régimen matrimonial del titular registral (y a menos que conste igualmente que la existencia de ese régimen ha sido acreditada al Registrador) es una constancia de efectos equiparables a los de una mención: es decir, nulos.

Precisamente para evitar la sorpresa que para los terceros se puede derivar de un exceso de confianza en las declaraciones del Registro he abogado porque en el momento de consignar en un asiento cuál es el régimen económico matrimonial del titular registral se tomen todas las precauciones —que a primera vista resultan un poco cargantes y virtuosistas— que han quedado dichas anteriormente, al hablar de la forma en que se ha de practicar la inscripción.

Distinguiendo, conforme a lo expuesto, habría que decir ahora que:

a) Si el régimen que en el Registro consta como propio del titular registral coincide con el supletorio legal de la legislación presuntamente aplicable el Registrador no ha de entrar en más averiguaciones y ha de calificar conforme a las exigencias que tal régimen matrimonial imponga.

b) Si el Registro atribuye al titular registral un régimen que no coincide con ese supletorio legal de la legislación presuntamente aplicable y consta en el Registro que la existencia de dicho régimen fue debidamente acreditada (mediante el contrato matrimonial, por ejemplo, o mediante otro documento bastante, como el certificado del Registro de regímenes matrimoniales en aquellos países en que tal Registro existe), entonces tampoco el Registrador ha de entrar más allá y debe calificar conforme a dicho régimen.

c) Por el contrario, si el régimen que consta en el asiento ni coincide con el supletorio de la legislación presuntamente aplicable ni ha sido debidamente acreditado, entonces hay que entender que la constancia de dicha circunstancia en el asiento no tiene otro origen que la manifestación que el actual titular registral hizo en el momento de su adquisición y debe exigirse o bien que se acredite que el régimen que consta en el asiento existe o bien que se cumplan para el acto dispositivo todos los requisitos que para el mismo exija el régimen legal supletorio de la legislación presuntamente aplicable.

Ya se comprende que, en realidad, el problema se planteará fundamentalmente en aquellos casos en que el régimen que conste en el asiento sea

el de separación de bienes sin que ello haya sido debidamente acreditado y el régimen supletorio legal de la nacionalidad del titular registral sea el de comunidad que exija para los actos dispositivos del consentimiento de ambos consortes. Pues el caso contrario, es decir, cuando se ha manifestado a la hora de la adquisición que el régimen es de comunidad sin acreditarlo y el supletorio legal es el de separación, no plantea problema, puesto que en el régimen legal se exigirán menos requisitos para la disposición que en el manifestado.

Con relación a este concreto supuesto, a título de curiosidad y para investir a la opinión que voy exponiendo de alguna autoridad, debo decir que existe un Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de fecha 11 de mayo de 1989 en el que se sostiene esta misma doctrina. Se trataba de un súbdito holandés que tenía inscrita una finca en el Registro y en cuyo asiento figuraba como casado en régimen de separación de bienes, y que vendía dicha finca compareciendo él solo. Se solicitó para practicar la inscripción que o se acreditase el régimen matrimonial o se aportase el consentimiento de la esposa o se presentase el certificado del artículo 36 del Reglamento Hipotecario acreditando que podía enajenar él solo, sin consentimiento del consorte. Interpuesto recurso contra la nota por el Notario autorizante alegando el principio de legitimación registral y defendida la nota con los argumentos expuestos, fue la nota confirmada. La cosa no pasó de ahí, pues el Auto no fue recurrido ante la Dirección General (como hubiera sido deseable a efectos de sentar jurisprudencia).

d) Respecto de la identidad del consorte que deba prestar su consentimiento ya he manifestado antes cuál creo que debe ser el criterio a mantener para aquellos casos en que su nombre y apellidos no consten en el asiento: debe estimarse bastante la mera manifestación que acerca de esa identidad se haga en documento público y ello por las razones antes expuestas de que sólo cabe aquí o el error de hecho o la falsedad en documento público. Y sin que sea, por consiguiente, necesario acreditar documentalmente dicha identidad. Y con la salvedad ya hecha antes de que la manifestación que se haga debe referirse a la identidad del consorte que lo era en el momento de la adquisición, que quizá no coincida con el actual.

Convendrá, por último, recordar a los efectos de la calificación de los actos dispositivos realizados por ciudadanos extranjeros cuyo régimen matrimonial está regulado por Derecho extranjero, que algunas legislaciones imponen limitaciones similares a las que existen en nuestro Derecho común para los actos que afecten a la vivienda habitual de la familia. No se puede, a este respecto, olvidar la circunstancia social de que numerosos extranjeros instalan su residencia habitual en suelo español, por lo que

puede darse el caso de tener que llegar a aplicar dichas limitaciones al poder de disposición. Sin duda que el dato de cuál sea la residencia administrativa de los comparecientes arrojará alguna luz acerca de si nos encontramos ante dicho supuesto de hecho.

**MANUEL BALLESTEROS ALONSO**  
Registrador de la Propiedad

# La interpretación armónica de los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil

1. El poder primario y caracterizador de todo acreedor solidario consiste en que está facultado para reclamar y para percibir íntegramente la prestación adeudada. Titular del derecho de crédito en su totalidad, sin perjuicio de la relación interna con los otros acreedores, puede actuar en consecuencia y poner en funcionamiento todos aquellos mecanismos jurídicos que el ordenamiento brinda para la mejor realización, la cautela, el reforzamiento y la seguridad de las titularidades crediticias. Consecuencia obligada de ello es que en cuanto legitimado para actuar de esa manera, en el caso de que exista también pluralidad de deudores solidarios, “las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos” (párrafo 2.º, art. 1.141, Código Civil).

El párrafo primero de dicho artículo 1.141 del Código Civil sanciona de manera genérica que “cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial”, resaltando, por lo que ahora nos interesa, esa idea de que la titularidad solidaria del crédito faculta a todos los acreedores para realizar lo que alguien ha denominado gráficamente “gestión del crédito”.

Sobre la base del texto romano de que la interrupción de la prescripción realizada por uno de los acreedores aprovecha a todos los demás (1), el artículo 1.059 del Proyecto de Código Civil de 1851 dispuso también que “cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores, o en contra de uno de los deudores mancomunados, aprovecha o perjudica a los demás”. Con todo, esta visión restringida del actuar del acreedor solidario no le debió parecer suficiente a su autor, ya que en el

---

(1) C. 8, 40, 5.

comentario de dicho precepto apostilla que “pudiendo cualquiera de los acreedores mancomunados recibir el pago total de la deuda, mucho más podrá hacer actos conservatorios de la totalidad” (2). El vigente Código Civil amplió de manera sustancial, a través del transcrito artículo 1.141, el campo de actuación del acreedor solidario en orden a la realización de todo aquello que tienda a la conservación, defensa, vigorización y aseguramiento del crédito.

Efectivamente, la interrupción de la prescripción es uno de los más típicos y tradicionales de dichos actos sin necesidad de expresa mención, por más que el artículo 1.974 del Código Civil nos recuerde que “la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores”. Para justificar semejante extensión de los efectos del acto de interrupción no hace falta ocurrir a la improcedente idea de la representación mutua o del mandato recíproco entre los acreedores solidarios, sino que, como dice GUILARTE, basta considerar que aquello es una mera consecuencia de la propia institución, unida en este caso a la esencia misma de la prescripción, que fundamentada en la prolongada inactividad de los titulares de los derechos, es suficiente para interrumpirla el acto de cualquier persona legitimada frente a toda otra respecto de la cual tenga eficacia la consumación de aquélla (3).

Lo mismo cabe decir respecto a la constitución en mora del deudor. La *interpellatio* realizada por uno de los acreedores solidarios supondrá la caída en mora del deudor común respecto a todos los titulares del crédito, situación de beneficio general de los acreedores del todo lógica y natural, ya que carecería de sentido que en una misma relación obligatoria el deudor se hallare incurso en mora en relación a uno de los acreedores y no lo estuviera respecto a los restantes.

Valga lo mismo en relación al reclamo de la preferencia crediticia realizada por uno de los acreedores solidarios, a su comparecencia en un concurso o en una quiebra, a la estipulación de intereses nuevos o incrementados, o al establecimiento de garantías que no se contemplaron en el momento de constitución de la obligación solidaria activa. La razón es siempre la misma: la existencia de una única relación obligatoria tornaría absurdo que unos acreedores tuvieran derecho a percepciones mayores o menores que otros, o estuviesen cubiertos por garantías distintas o pudiesen actuar en la realización del crédito con distinta fuerza, intensidad o

---

(2) GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 569.

(3) GUILARTE ZAPATERO *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, XV-2, Madrid, 1983, pág. 270.

contundencia; por lo que “en términos generales puede decirse —tal como escribe Díez Pícazo que los posibles actos conservativos o de defensa del crédito, llevados a cabo individualmente por cualquier acreedor después de la constitución de la relación obligatoria, son eficaces para los demás acreedores y les aprovechan o benefician” (4).

2. ¿Podrá uno de los acreedores solidarios renunciar a la solidaridad? La doctrina se ha ocupado del tema en relación a la solidaridad pasiva, advirtiendo que la renuncia a la solidaridad frente a todos los deudores convierte la obligación de solidaria en mancomunada, y si se hace tan sólo en relación a alguno de los obligados, éste sale del régimen de la solidaridad y únicamente deberá satisfacer al acreedor aquella parte de la prestación que en definitiva le corresponde con arreglo a la relación interna (5); y lo mismo hacen los pocos Códigos Civiles que contemplan la figura, como el italiano, que en su artículo 1.311 establece que “el acreedor que renuncia a la solidaridad a favor de uno de los deudores conserva la acción solidaria contra los otros”. En cambio, el nuestro no ha contemplado el supuesto que se plantea.

En la solidaridad pasiva, en cuanto la misma supone una mayor garantía para el acreedor, no parece objetable que éste pueda renunciar a aquélla en cuanto no hace otra cosa que desprenderse de un beneficio; pero en la solidaridad activa no es esa la situación, en base a que la renuncia de uno de los acreedores al régimen de vinculación *in solidum* no le hace perder beneficio alguno, ya que continuará cobrando aquella parte del crédito que le corresponde en la relación interna con los restantes acreedores. Es más, rectamente miradas las cosas, semejante renuncia puede resultar incluso atractiva para el renunciante, en razón de que si percibe el crédito íntegro no podrá retener más que su parte y deberá realizar las actuaciones pertinentes para entregar la suya a los otros acreedores, por lo que la renuncia le puede resultar beneficiosa.

En consecuencia, parece razonable considerar que en cuanto la solidaridad activa es en el fondo más un mecanismo de defensa contra el deudor que de garantía de los acreedores y en cuanto la pérdida de tal condición por parte de uno de los acreedores solidarios, amén de suponer para él la dejación de todas aquellas gestiones precisas para trasladar al resto de los acreedores su participación en el cobro realizado (algo que en cuanto entraña idea de deber hay que excluirlo del campo de renuncia), puede ocasionar la ruptura unilateral de aquel mecanismo de defensa antes apun-

---

(4) Díez-Pícazo *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 423.

(5) Puig Ferriol. “Régimen jurídico de la solidaridad de deudores”, en *Libro-homenaje a Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, págs. 448-449.

tado, la conclusión debe ser negativa. Uno de los acreedores solidarios no puede renunciar a la solidaridad en razón de que no estaría disponiendo de un beneficio que le corresponda a título particular, sino rompiendo una estructura obligacional en la que su posibilidad de reclamar el crédito íntegramente está dada en función de unas circunstancias y objetivos que él no pueda unilateralmente desmontar.

3. Las amplias facultades de gestión del crédito solidario que el artículo 1.141 entraña, soportan, empero, la limitación de que cada acreedor singular no puede realizar aquello que resulte perjudicial para los restantes. Dicho artículo 1.141, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento civil como artículo 1.158 del Anteproyecto de 1885-88, es copia textual del artículo 1.198 del Proyecto belga de LAURENT y responde una concepción tradicional francesa que ve en la solidaridad de acreedores el juego de un mecanismo de mandato tácito y recíproco entre los mismos que les facultaría para actuar en orden a todo aquello que resultase beneficioso para el común, pero que les impediría realizar lo que pudiera originar perjuicio. Peculiar visión de la solidaridad activa que no es fácil conciliarla con lo que la idea de la vinculación *in solidum* entraña, que genera serias dudas respecto a lo que realmente representa la existencia de un acreedor solidario y que no encaja bien con el superior criterio informativo de que lo típico de éste es la posibilidad de la reclamación íntegra de la prestación debida (art. 1.137, Código Civil, *a contrario*).

4. El problema se complica todavía más porque en el Código Civil español existe otro precepto, el artículo 1.143, a cuyo tenor: “La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponda en la obligación”.

Precepto que aparece en nuestro Código Civil a través del artículo 1.160 del Anteproyecto de 1885-88, que, a su vez, tuvo su fuente de inspiración en el artículo 707 del Código Civil argentino, cuyo dictado es el de que “la novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación”.

Aquí la situación, aparentemente, es bien diferente de la que contempla el artículo 1.141, pues frente a la limitación dispositiva que este precepto establece al poder de los acreedores solidarios, el artículo 1.143 contempla a dichos titulares en su genuina conformación de sujetos que ostentan la plena, aunque compartida, titularidad del crédito. El primero de ellos es

una norma insólita que carece de precedentes en el Derecho romano, en nuestro Derecho histórico y que no ha cuajado tampoco en las modernas codificaciones civiles; resulta de difícil engarce con los más genuinos principios y criterios de la solidaridad, fuerza en exceso la situación sin mayor justificación ni provecho, y constituye, en realidad, según ha advertido sagazmente DÍEZ PICAZO, “una incrustación de principios propios de la mancomunidad en el régimen de la solidaridad”. El segundo, en cambio, es el que proviene del Derecho romano, encaja sin forzamiento con nuestras fuentes históricas y el que mejor se acomoda a las exigencias que emanan de la sustancia de las obligaciones solidarias es él.

Porque, en efecto, contemplar un acreedor solidario como aquel sujeto que puede actuar respecto a su crédito sólo en función de aquello que resulte útil para los otros acreedores y, en cambio, le está vedado todo aquello que pueda redundar en su perjuicio, es una visión tan *sui generis* de la solidaridad activa que, quizá, se encuentre a un solo paso de su negación o desnaturalización. Por el contrario, reconocer a cada acreedor solidario una amplia facultad dispositiva para realizar en relación al crédito todos aquellos actos de modificación y de estimación que desee sin que haya que contar para la validez de los mismos con el provecho de los demás acreedores es la visión de la solidaridad activa que se compadece mucho mejor con lo que este tipo de cotitularidad crediticia supone, idea que no es otra que la de que de la misma manera que cada acreedor solidario puede realizar por sí solo el acto supremo del cobro íntegro, puede también actuar dispositivamente sobre el crédito con total y libre determinación.

5. Conciliar los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil español no es empresa fácil. Como en tantos otros supuestos sucede, el acarreo indiscriminado de materiales de distinto origen y pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes plantea problemas muy serios a la hora de intentar encontrar una explicación unitaria de las instituciones y de presentar la visión armónica de los distintos preceptos. Pero es deber de la dogmática superar los inconvenientes normativos y reconstruir las figuras sobre la base del razonamiento, de las exigencias lógicas y de la ordenación del sistema.

Buena parte de las dificultades descansa en la idea de que en la solidaridad activa estamos en presencia de un mandato representativo tácito y recíproco, por cuya virtud cada una de las actuaciones de los concretos acreedores debe contemplarse en su doble vertiente de acto en nombre propio y acto en nombre ajeno. Trátase de una vieja o insostenible concepción francesa que gozó en su día de amplio predicamento (6), penetró en nuestra doctrina (DE DIEGO habla de que “cada acreedor representa a

---

(6) MELUCCI *La teoria delle obbligazioni solidali*, Milán, 1984, págs. 8 y sigs.

los demás para el cobro”) (7), y tuvo acogida en Sentencias del Tribunal Supremo (2 de octubre de 1907 y 13 de marzo de 1943) y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (18 de enero de 1943), llegando a afirmar nuestra casación que la solidaridad activa “produce un mandato recíproco de exacción del crédito íntegro entre los acreedores” (Sentencia de 13 de marzo de 1943).

Semejante concepción del mandato recíproco y tácito entre los acreedores solidarios dificulta sobremanera el adecuado engarce entre los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil, ya que si cada uno de los acreedores es representante de los demás se explica que esté legitimado para realizar todo lo que les beneficie y no lo esté, en cambio, para actuar aquello que les perjudique; y, en consecuencia, mientras el primero de dichos preceptos encajaría sin forzamiento alguno, el segundo plantearía problemas de encuadre muy difíciles, a no ser que se considere que la representación mutua sólo atañe a los actos referentes a la conservación y mantenimiento del crédito y no, en cambio, a aquellos otros que provocan su extinción (8), construcción a todas luces extravagante si se advierte que el cénit de la representación debe darse precisamente en el momento del cobro del crédito solidario.

6. Tal formulación dogmática resulta inaceptable no sólo porque encuentra obstáculos insuperables (¿cómo hablar de mandato en los casos de solidaridad legal?), sino también porque tornaría inservible la idea misma de la solidaridad, ya que si frente a ésta siempre se ha alegado que encierra un *plus* de riesgo que puede alejarse mediante su sustitución por el mandato (recuérdese la frase de DE BUEN “pueden obtenerse sus ventajas sin sus peligros”), si se regula la solidaridad activa sobre la base de un mandato tácito entre los acreedores resulta inútil la figura, tal como advierte BALLARÍN, toda vez que puede reducirse a otra (9).

El primer autor que intentó la armonización de los artículos 1.142 y 1.143 fue MANRESA. Para este clásico comentarista, que parte de la idea de que existe un mandato mutuo entre los acreedores solidarios, a la hora del ejercicio del crédito por los mismos caben dos soluciones, según se atienda preferentemente a las facultades que tal representación concede o a las restricciones que la garantía de los otros acreedores exige.

La solución amplia es la tradicional que ampara el Derecho romano y permite a cada acreedor, sin perjuicio de su posterior responsabilidad, realizar cualesquiera actos, con indiferencia de que resulten beneficiosos o

(7) CLEMENTE DE DIEGO *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1959, pág. 63.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE *Delle obbligazioni*, II, Milán, 1915, pág. 261.

(9) BALLARÍN “Titularidad solidaria”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XIII, Madrid, 1962, pág. 187.

daños para los demás. La solución restringida es más reciente, pues surgió con ocasión de los trabajos que precedieron al Código Civil francés y consiste en permitir a cada acreedor singular tan sólo aquellas actuaciones que redunden en beneficio de los restantes.

MANRESA estima que nuestro Código Civil se inclina por esta segunda solución a la vista del párrafo primero de su artículo 1.141, pero como no cabe ignorar que en el artículo 1.143 se le rectifica "al sancionarse la eficacia de los actos más perjudiciales que un acreedor puede ejecutar", debe concluirse que nuestro Código Civil viene a sancionar, en definitiva, la solución romana, sin que ello suponga excluir o considerar contradictorio con el 1.143 el artículo 1.141, pues ambos se concilian "como se avienen y completan siempre la regla y sus excepciones, valiendo aquéllas en cuanto éstas no estén expresamente declaradas" (10).

7. La regla general sería, pues, la del artículo 1.141 del Código Civil y consistiría en que cada uno de los acreedores solidarios está facultado para realizar aquellos actos (antes referidos) que resulten aprovechables para el resto de los titulares, pero el artículo 1.143 sancionaría un elenco de excepciones en las que el acreedor actuante aparece legitimado para plasmar una serie de situaciones en las que, no obstante el evidente perjuicio para los demás, su eficacia alcanzaría al conjunto de los acreedores (novación, compensación, confusión y remisión de la deuda).

La doctrina posterior ha reaccionado negativamente contra esta tentativa bienintencionada del comentarista, señalando que el conjunto de excepciones es tan nutrido que, en el campo específico de la disposición del crédito, reduciría la regla general a una mera entelequia, en cuanto los más importantes y llamativos actos dispositivos quedarían a la discreción de cada acreedor con independencia de su carácter útil o nocivo para los restantes, algo que, evidentemente, conduce a transformar la excepción en regla general y a la inversa.

Pero es que, además, semejante consideración del fenómeno da lugar a conclusiones extravagantes y, por tanto, excluibles en cuanto debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo (argumento *ad absurdum*), pues es evidente que en base a la misma un acreedor solidario estaría facultado para realizar actos extremos y definitivos, como, por ejemplo, condonar la deuda (en cuanto semejante actuación se la concede el artículo 1.143), mientras no podría realizar actos menores y transitorios, tal como una remisión parcial o un aplazamiento de la deuda, en razón de que por tratarse de actos perjudiciales para los restantes acreedores quedarían proscritos por el imperio del artículo 1.141. Frente a la pauta

---

(10) MANRESA *Comentarios al Código Civil español*, VIII-1 (sexta edición revisada por Moreno Mocholí), Madrid, 1967, págs. 305-306.

civilmente incontestable *a maiori ad minus*, aquí operaría el principio contrario, ya que quien tendría poder para hacer lo más no tendría poder para realizar lo menos, quebrándose sin razón suficiente ni interés atendible una de las más elementales prescripciones de la lógica jurídica (en lo más está comprendido lo menos).

8. La evidencia de estas consideraciones ha llevado al grueso de la doctrina española (LACRUZ, OSSORIO, PUIG BRUTAU, ESPÍN CÁNOVAS, ALBALADEJO, PUIG PEÑA, etc.) a considerar que la relación debe invertirse, en el sentido de que nuestro Código Civil acoge la permisiva concepción romana antes que la restrictiva formulación francesa y, en consecuencia, cada uno de los acreedores solidarios aparece legitimado para realizar cualesquiera acto dispositivo respecto al crédito, tal como lo haría cualquier acreedor único y sin más incidencia que el juego de las responsabilidades internas. Lo que resuelva uno solo de los acreedores *in solidum* vale y tiene plena eficacia tanto para el deudor común como para el colectivo de los titulares del crédito, porque, en definitiva, éste pertenece por entero al disponente.

Así, DÍEZ-PICAZO considera que ambos preceptos han sido introducidos en el Código sin la necesaria coordinación, pues el artículo 1.141 se encuentra en una línea muy especial que configura la solidaridad como una pura relación asociativa, insertando en aquélla principios de inspiración diferente, mientras el artículo 1.143 responde a la concepción romanista de la solidaridad y, por tanto, a los principios tradicionales que han inspirado esta figura. En consecuencia, estima que debe aceptarse el pleno poder de cada acreedor solidario para llevar a cabo actos de disposición del crédito o actos modificativos o extintivos de la relación obligatoria, con plena eficacia, tanto frente al deudor como frente a los coacreedores, y sin otra consecuencia que el deber del acreedor que los lleva a cabo de satisfacer los acreedores aquello que éstos hubieran percibido si tal acto no se hubiera llevado a cabo (11).

GUILARTE ZAPATERO, aceptando en lo sustancial esta formulación, da un paso más y advierte que al limitar la eficacia del artículo 1.141 a la relación interna entre los acreedores, sin afectar la validez de los actos singulares de los mismos frente al deudor aunque tengan carácter perjudicial, se resalta la innecesariedad de dicho precepto, no sólo porque, de conformidad con el propio artículo 1.143, el acreedor que actúa responderá de cualquiera de los actos perjudiciales enumerados en este precepto antes de formular tal declaración, sino porque, como asimismo determina a continuación, deberá responder también del cobro de la deuda; algo que no puede ser de otro modo por el esencial juego de la solidaridad, que

---

(11) DÍEZ-PICAZO *Fundamentos...*, I, op. cit., pág. 424.

impone la rendición de cuentas a todo acreedor de su actuación individual con trascendencia para el conjunto, al margen de la naturaleza beneficiosa o perjudicial del acto. En su opinión, el artículo 1.141 encuentra su pleno sentido interpretado como norma encaminada a fijar la eficacia de los actos singulares de los coacreedores que obligan a los restantes frente al deudor común (12).

9. Sin desconocer la validez de los argumentos utilizados y la fuerza de las razones esgrimidas, creemos que cabe intentar otra interpretación que no resulte tan lesiva para uno de dichos preceptos (el art. 1.141) y permita la armónica visión del conjunto formado por ambos, porque si bien es cierto que, como antes se ha apuntado, la particular concepción de MANRESA puede conducir a consecuencias paradójicas y hasta absurdas, los datos están ahí y no cabe borrarlos de un plumazo u oscurecerlos en base a consideraciones tan etéreas, al modo de LACRUZ, como el imponer la primacía del artículo 1.143 del Código Civil porque así se deriva del “Derecho tradicional y los antecedentes inmediatos” (13), ya que el antecedente tiene valor en tanto en cuanto no es reemplazado por una concepción diferente.

Efectivamente, nuestra tradición histórica es heredera de la solidaridad romana que entendía facultar a cada uno de los acreedores para actuar con amplia libertad en la gestión y disposición del crédito; pero, frente a ella, a raíz de los trabajos preparatorios de la codificación francesa des- punta otra formulación que, aunque se apoye en la dogmáticamente rebatible tesis del mandato recíproco y tácito entre los acreedores solidarios, lo cierto es que contempla la actuación de estos circunscritos exclusivamente a los comportamientos credituales que puedan redundar en beneficio del común de los titulares, rechazando aquellos otros que sean susceptibles de irrogar perjuicios a dicho colectivo. Y esta formulación tiene, al menos literalmente, plena recepción entre nosotros en base a la plasmación que de la misma hace el párrafo primero del artículo 1.141 del Código Civil.

Claro que siempre se podrá alegar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos civiles de estirpe gala, nosotros tenemos un artículo 1.143 de clara estirpe romana que pugna frontalmente con el planteamiento francés y parece obligar a su reconducción a áreas menos conflictivas en base a las razones que con antelación se han expuesto. La ausencia de un precepto como aquél en el Código Civil francés sin duda facilita las cosas mucho más que en el sistema español, donde, aparentemente al menos, parece existir una nítida antinomia entre los artículos 1.141 y 1.143.

Pero frente a este alegato también cabría replicar en defensa de la

---

(12) GUILARTE ZAPATERO *Comentarios...*, XV-2, op. cit., págs. 265-266.

(13) LACRUZ BERDEJO *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, pág. 73.

operatividad del primero de dichos preceptos que, en primer término, el artículo 1.141 aparece formulado con antelación al otro precepto, y, aunque ello tenga escasa relevancia normativa, siempre puede constituir un dato o una orientación de la prelación u ordenación de categorías que animaba la *mens legislatoris*, y en segundo lugar, y esto puede tener ya alguna mayor incidencia dogmática, que mientras el artículo 1.143 se formula ejemplificativamente haciendo alusión a figuras concretas (novación, compensación, confusión, etc.), el 1.141 adopta una dicción general y abstracta, hablando de que está permitido hacer lo útil y prohibido lo perjudicial.

Esto ya no es tan baladí. La circunstancia de que un precepto se formule *in genere*, abarcando un número indeterminado de supuestos (tantos como puedan reputarse provechosos o dañinos), frente a otro que aparece circunscrito a un número reducido de figuras que aparecen mencionadas *nominatim*, no es jurídicamente intrascendente, y en una estricta y aséptica consideración dogmática debería conducir a sostener la primacía del primero sobre el segundo. Desde el ángulo de la formulación normativa y bajo el prisma de la recta ordenación de las categorías, pocas dudas puede haber de que, formalmente, el artículo 1.141 constituye la regla general en materia de facultades dispositivas de los acreedores solidarios actuando individualmente, y el artículo 1.143 consagra una serie de excepciones al principio *mutuum mandatum in utilibus, non in damnosis*.

Ya hemos visto, empero, las poderosas e impostergables razones que impiden adoptar semejante conclusión, y nada vamos a añadir en este lugar al respecto; pero el peso de las consideraciones antes apuntadas es tan fuerte que las mismas llegan a traslucirse incluso en autores que se oponen enfáticamente al planteamiento recién apuntado. Es el caso de LACRUZ, quien, pese a estimar que en base al artículo 1.143 debe aceptarse que el acreedor individual tiene un amplísimo poder de disposición sobre el crédito, considera, sin embargo, que frente al intento de aplicar analógicamente dicho texto cabe oponer que las facultades exorbitantes que concede a cada acreedor deben interpretarse restrictivamente, y, al menos, "es seguro que, si bien cada uno puede remitir, en cambio no puede donar el crédito" (14).

Ahora bien, si el artículo 1.143 consagrara un principio en el Derecho español, ¿cabría sostener la interpretación restrictiva del mismo?, ¿no será que el principio está en otra parte y dicho precepto se limita a establecer concretas y tasadas excepciones al mismo?, ¿por qué un acreedor no puede donar el crédito si la ley no distingue entre actos de disposición onerosos y gratuitos?, y ¿acaso la remisión de la deuda no constituye una liberalidad?

---

(14) *Ibid.*

Como se ve la sombra de la utilidad de los actos de los acreedores solidarios consagrada en el artículo 1.141 del Código Civil se alarga demasiado y asume, sin quererlo, si no categoría de principio, sí, al menos, valor de criterio orientador e informador respecto a lo que pueden o no pueden hacer individualmente los acreedores *in solidum*.

Lo curioso es que a la hora de contrastar los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil la doctrina se ha dejado llevar más por la supuesta antinomia que parece existir entre la proscripción de los actos dispositivos perjudiciales por parte del primero y la autorización para realizar con efectos extintivos *erga omnes* concretos actos de esta naturaleza por parte del segundo de dichos preceptos, sin querer advertir el profundo efecto reordenador de la materia que es susceptible de generar el párrafo segundo del artículo 1.143 cuando ordena que “el acreedor que haya ejecutado cualesquiera de estos actos... responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación”.

10. Bajo la luz de este precepto las cosas pueden contemplarse de distinta manera y el antagonismo entre los artículos 1.141 y 1.143 del Código Civil superarse y ser sustituido por una construcción armónica, que no resulta forzada, extravagante o alambicada, sino perfectamente coherente con las ideas que ha utilizado el legislador español a la hora de contemplar las facultades dispositivas sobre el derecho de crédito de los acreedores solidarios.

En efecto, la interpretación armonizadora de ambos preceptos permite ensayar la siguiente tesis: Cuando el artículo 1.141 dispone que cada uno de los acreedores solidarios no puede hacer lo que resulte perjudicial para los restantes no está estableciendo realmente la prohibición de tales actos, porque la misma carecería de sentido en cuanto el acreedor disponente está actuando en relación a un crédito que le corresponde en su totalidad en fase de ejercicio, sino tan sólo nos advierte que dichos actos perjudiciales no serán oponibles a los otros acreedores. La mejor prueba de ello es que nadie ha alegado jamás que los susodichos actos de disposición serían nulos *ipso iure*, sino tan sólo meramente ineficaces o inoponibles.

A su vez, cuando el párrafo primero del artículo 1.143 permite a cualquiera de los acreedores solidarios realizar actos de novación, compensación, confusión y remisión con efectos extintivos respecto a la relación obligatoria, esto es, con plena eficacia, no establece esta posibilidad de una manera abierta e incondicionada, en cuyo caso su fricción con el artículo 1.141 sería inocultable, sino que, seguidamente, se arroja con otra norma (la contenida en el párrafo segundo del mismo artículo), a cuyo tenor el acreedor que haya actuado de semejante manera debe responder respecto a los restantes de lo que a los mismos les corresponde en el crédito solidario.

Y es de esta manera como ambos preceptos engarzan sin forzamiento y como el conjunto cobra armonía. Lo que la Ley quiere decir cuando establece que un acreedor *in solidum* no puede hacer aquello que resulte perjudicial para los demás es que no puede hacerlo impunemente, es decir, sin responsabilidad, ya que si realiza cualquier acto de ese tipo no se libera de su deber de hacer partícipes a los coacreedores en la parte que les corresponda, tal cual si hubiera cobrado, cuando el acto suponga la extinción de la relación obligatoria, o en la proporción correspondiente cuando dicho acto tan sólo suponga una limitación o mutilación del crédito.

Esta interpretación e integración de las pautas del artículo 1.141 resultan obligadas porque cuando el artículo 1.143 contempla algunos de los actos de disposición más significativos impone al acreedor que los realiza el correspondiente deber indemnizatorio, y, desde luego, no tendría sentido considerar que en esas actuaciones funciona semejante compulsión y en otras similares no existe el mismo deber reparador.

De esta manera, la pauta genérica en nuestro ordenamiento civil en orden a la disposición individual del crédito solidario, tal como corresponde al precedente romano y a nuestra tradición histórica, sería la de que cada acreedor solidario puede realizar cualesquiera actos dispositivos y extintivos del crédito con independencia del carácter beneficioso o perjudicial para el común de los mismos. Lo que sucede es que cuando realice actos de esta segunda condición no quedará exento, como es natural, de responsabilidad frente a los restantes acreedores, a los que tendrá que sufragar la parte que les corresponda en el crédito común; algo que es particularmente diferente de la nula y estricta prohibición, que puede inducirse sin mayor esfuerzo de las previsiones del párrafo primero del artículo 1.143 del Código Civil y, sobre todo, lo que es mucho más interesante, permite repristinar nuestro sistema a la normativa romano-hispana tradicional y entender el "importado" artículo 1.141 dentro del espíritu y exigencias de ésta.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil  
de la Universidad de Zaragoza

# El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros

A Teresa,  
compañera inolvidable.

**SUMARIO: UNA BREVE INTRODUCCION, CON PERDON.—I) PLANTEAMIENTO DEL TEMA II. ¿ANOTAR O NO ANOTAR? “THAT IS THE QUESTION” —CAPÍTULO PRIMERO. DESESPERADOS ARGUMENTOS DE ACREDORES ENFURECIDOS. A) *La obsoleta idea de que, en el noventa por ciento de los casos, es el marido, con su dinero, el que mantiene a la familia.* B) *Un pretendida indefensión.* C) *Una cita con la “posterioridad”.* D) *La belle époque de los maridos: una triste evocación del pasado: ¡la Resolución de 22 de diciembre de 1956, invocada por un banquero!*—CAPÍTULO SEGUNDO LA DIRECCIÓN GENERAL Y SUS REBAJAS DE PRIMAVERA A) *Inicio prometededor que pronto se trunca: a) Considerandos prometedores de la Resolución de 28 de marzo de 1983. b) Desalentadoras consideraciones en torno a los Considerandos prometedores.* B) *¿Parto con dolor o aborto voluntario no despenalizado? Ni una cosa ni otra: ¡esto son lentejas..., si quieres las tomas y si no...!*: a) *La molesta fase de la dilatación (Considerandos 5.º y 6.º).* b) *El momento trascendental de la expulsión. ¿Nacerá una criatura abortiva de las del artículo 30 del Código Civil? ¿Virgencita, Virgencita, que me quede como estoy! 1. “La gente poco avispada podrá pensar...” 2. “... Pues que piense lo que quiera, porque le va a dar igual”* C) *La frustración: sólo eran lentejas (Apoteosis final de la Resolución): 1. Lo que el Código Civil no dice. 2. El conservadurismo de la Dirección: ¿se siente marido añorante?*—CAPÍTULO TERCERO LA PÚBLICA OPINIÓN. A) *Algo sobre el camino de ida.* B) *Algo sobre el camino de vuelta: 1. “... y en esto llegó Miguel...”*: 1.a) *El inicio de unos argumentos. 1.b) ¿La responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil podría convertirse en una universal irresponsabilidad? 1.c) Exaltación del liberalismo. 1.d) El antes y el después. 1.e) La línea de protección económica. 1.f) Y he aquí cómo terminan. 2. Muchos corazones con freno y marcha atrás:* 2.a) *Sobre las posibilidades laborales de la mujer fuera de su hogar y su sindicación. 2.b) Sobre la inferioridad y debilidad de las féminas. 2.c) La mujer supeditada al marido, que es lo que Dios manda. 2.d) Algunas cosillas sobre la pureza. 2.e) Sobre las reivindicaciones femeninas.*—CAPÍTULO CUARTO “... Y YO QUE, AUNQUE POCO, TAMBIÉN CUENTO”: A) *Principio constitucional del que debo partir y del que parto. Su desarrollo posterior.* B) *La pequeña historia de un, por el momento, progresista precepto reglamentario: a) Etapa inicial favorable al marido. b) Segunda etapa (cuesta arriba y contra el viento): tímidas y no aceptadas limitaciones para el varón. c) Etapa reina...: igualdad. ¿Intento de lo que parecía imposible? C) Desde mi triste soledad. Mis modestas conclusiones***

## UNA BREVE INTRODUCCION, CON PERDON

En contra de lo que pudiera pensarse, no fui nunca defensor de causas perdidas; sí, en cambio, fui y soy defensor de causas e ideas que, para abrirse paso entre la incomprensión y la desconfianza, necesitan —por lo que en sí mismas llevan de intento transformador— de una defensa tesonera y de una buena dosis de paciencia.

Estas dos actitudes de esfuerzo continuado y de paciente aguante suelen convertir lo inicialmente perdido en finalmente ganado.

Tal ocurrió, por ejemplo, con lo que hoy se denominan Centros Regionales y, en otro tiempo, Seminarios de Derecho Hipotecario. Convencido a ultranza de la necesidad de su institucionalización e inserción en la Corporación Registral (como medio de ir descentralizando hacia las regiones las posibles inquietudes jurídicas del Cuerpo de Registradores), me lancé con otros locos a su creación (1), no sin recibir desde las alturas una cierta malquerencia o, en el mejor de los casos, una indiferencia inexplicable.

El mismo inicio desalentador tuvo lugar cuando, consecuente con mis ideas descentralizadoras, defendí la creación de Academias Regionales y Provinciales de Preparación de futuros Registradores; ello implicaba acabar con la hegemonía de Madrid en esta importante tarea. Las dificultades se amontonaron y las voces afectadas se oyeron en Sebastopol (URSS, como todos sabéis).

En ambas ocasiones, y gracias a otros muchos que uniéndose al esfuerzo originario continuaron en él, las ideas triunfaron y, ahí están, como espléndidas realidades, los Centros Regionales de Derecho Hipotecario (2) y las Academias de Preparación, Regionales o Provinciales.

Hoy —y por lo que se refiere a su punto inicial desalentador— me encuentro ante una situación parecida a las anteriores: en materia de régimen económico-matrimonial, el Código Civil ha introducido una importante reforma que, inspirada en la igualdad de los sexos ante la ley,

---

(1) Fuimos cinco los locos Registradores que nos lanzamos a la creación del primer Seminario de Derecho Hipotecario: Constancio Núñez Ruiz, Ceferino Afonso, Severiano Montero ("Seve"), Jesús Alvarez Beltrán y yo. Lugar de reunión: un hotel de Medina de Rioseco. De allí salió el Seminario Regional de Valladolid-Salamanca.

(2) Ha de reconocerse que muchos de los Centros Regionales, después de un período oficioso de gran actividad y de otro de impulso y protección desde las alturas colegiales, se hallan ahora en estado cataléptico y esperan —como Lázaro— que una voz se encare con ellos y les ordene levantarse y andar.

Desde que esta conferencia fue pronunciada en Valladolid, allá por los años de Mari-Castaña, hasta hoy —día de su publicación—, han ocurrido muchas cosas; una de ellas ha sido que el "levántate y anda", tan esperado, se ha pronunciado ya. Dentro de poco veremos a los Centros Regionales creciendo y multiplicándose.

podría acabar con la hegemonía tradicional del marido y elevar a la mujer —¡ya era hora!— a la categoría de ciudadana de primera clase.

Pues bien, a pesar de que esas transformaciones traen su causa del Texto Constitucional, las altas esferas doctrinales (y otras más o menos entroncadas con los Centros del Poder) no parecen estar dispuestas a su aceptación con el alcance que nuestros tiempos requieren (como muestra, examínese la Resolución de la Dirección General de los Registros de 28 de marzo de 1983). A mayor abundamiento, muchos compañeros, aparentemente convencidos de la bondad de la reforma civil, siguen diciendo amén a la postura involucionista de los Centros del Poder y no alzan ni la pluma ni la voz en defensa de ideas no conservadoras.

No sentiría yo ni la más mínima desazón, si el Centro Directivo mantuviese su postura (contraria a la mía) con argumentos serios y profundos, ni si los compañeros (muchos de ellos), fueren consecuentes con su íntimo convencimiento, a la hora de actuar. Pero cuando veo que la Dirección, en su famosa Resolución del 83, comenzando con un canto de esperanza, se repliega inmediatamente en la conciliación y termina destrozando la idea madre de la reforma civil; y cuando observo a buen número de compañeros inhibiéndose de la cuestión, no puedo evitar el enfurecimiento y, según es mi costumbre, entre en escena como un “Panzer” alemán y arremeto contra tirios y troyanos sin más amparo que estos convencimientos íntimos:

Uno: si la reforma del Código Civil trae savia nueva al Derecho de Familia (que es lo que yo pienso), y acaba o, cuando menos, intenta acabar con ancestrales discriminaciones por razón del sexo, una de dos, o se cumple con la reforma a rajatabla, o se tiene la valentía de volver a reformar el Código para que todo quede como estaba antes.

Otro: ante tan trascendental reforma del Derecho de Familia, estimo que la Dirección General de los Registros, a pesar de su femenina denominación, se siente marido y, para mayor *inri*, marido añorante de sus privilegios. Pues bien, si se quiere defender esa antigua situación privilegiada del marido, hay que hacerlo con argumentos de peso (si es que pueden ser encontrados) y nunca soslayando las cuestiones.

Así digo, con todo respeto, con firmeza y, también, con tristeza.

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La Ley de 13 de mayo de 1981 introdujo cambios importantes en el Código Civil estableciendo, entre otras cosas, la igualdad de los cónyuges y proclamando, como regla general, la necesidad de la actividad conjunta

de ambos esposos a la hora de disponer u obligar los bienes de la sociedad conyugal.

El Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 modificó el Reglamento Hipotecario, acometiéndose —como decía la Exposición de Motivos de la norma— “la tarea inmediata y urgente de adaptación a la reforma que el Código Civil había experimentado”.

Después de esta doble reforma pueden admitirse como verdades inconcusas estas dos:

*a)* La reforma sustantiva y fundamental es la que se ha operado en el Código Civil y se bifurca en estas dos direcciones:

1.<sup>a</sup> Como regla general se proclama e impone la actividad conjunta de los dos cónyuges a la hora de disponer y obligar los bienes de la sociedad conyugal.

2.<sup>a</sup> Por respeto a la individualidad de cada cónyuge dentro de la sociedad conyugal se admite la actividad separada —no conjunta— de cualquiera de ellos, ya fuere invocando “la potestad doméstica” u otros supuestos excepcionales que reconoce el Código con responsabilidad primaria y directa de los bienes gananciales, ya asumiendo personalmente la deuda contraída, con responsabilidad de los bienes propios y subsidiariamente de los gananciales.

*b)* La consecuente reforma procedimental o adjetiva se produce en el Reglamento Hipotecario en los siguientes términos:

1.º Cuando el Código Civil exija la actividad conjunta de ambos cónyuges, que es la regla general, el Reglamento Hipotecario exigirá al acreedor que dirija la demanda contra ambos cónyuges conjuntamente.

2.º Cuando conforme al Código Civil cualquiera de los cónyuges utilice la facultad de actuar de forma individual, el Reglamento permitirá que la demanda se dirija contra el cónyuge deudor u obligado, dándose traslado de aquélla al otro cónyuge.

Así las cosas, esto que en el plano teórico aparece tan claro, se intenta alterar en la realidad de forma discriminatoria y, yo diría también, que escandalosa. Helo aquí:

Una mujer casada quiere comprar, por ejemplo, un automóvil a plazos y, aunque no puede invocar para ello “la potestad doméstica” ni ninguna de las excepciones que el Código tiene reconocidas en el artículo 1.365, decide contratar individualmente, sin intervención del marido. El presunto acreedor se asusta y ante las proposiciones de adquisición y pago que le hace la dama, se hace el sueco y solicita la intervención del marido (aunque

sólo sea —dice el indino— para que nos conozcamos y “contrastemos nuestros pareceres”).

La mujer, frunciendo el ceño, accede una vez más y concurre con el marido ante el presunto acreedor. Una vez allí puede ocurrir una de estas tres cosas:

Una, que el marido y la mujer adquieran conjuntamente y que, conjuntamente, se obliguen a pagar los plazos fijados, con sus intereses, haciendo responder directa y preferentemente a los bienes gananciales;

Otra, que sea el marido el que decida contratar —él solo, excluyendo a la mujer—, como si la deuda fuera personal suya, y

Otra: en fin, consistente en la posibilidad de que, con razón o sin ella, se invoque alguna de las excepciones que el Código tiene establecidas y sea el marido el que contrate individualmente para que respondan los gananciales directamente.

Cualquiera que hubiese sido el procedimiento utilizado, los plazos comienzan a ser incumplidos, algunas letras son desatendidas y el acreedor, que tal vez fue excesivamente tolerante a la hora de admitir contrataciones individuales, se ve en la necesidad de ejercitar sus acciones para cobrar el crédito y de pedir anotación de embargo sobre bienes suficientes que garanticen su derecho, y ¿que habrá de suceder?: pues, por aplicación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, sucederá alguno de estos acontecimientos:

Si conjuntamente contrataron los cónyuges, para que la anotación recaiga sobre los gananciales, será imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos.

Si el marido asumió personalmente la deuda, la demanda se dirigirá contra él, se dará traslado de la misma a la mujer y, puesto que la responsabilidad preferente ha de recaer sobre los bienes propios del deudor, deberá acreditarse que, habiéndose perseguido los bienes del marido y siendo éstos insuficientes o no existiendo, se practica la anotación sobre los gananciales.

Y si el marido contrata con intención de que respondan directamente los bienes gananciales invocando alguna excepción de las que el Código reconoce, deberá acreditarse la norma invocada y el cumplimiento de la excepción.

Así pues, en puridad de doctrina nos atrevemos a decir:

Si (primer supuesto) la demanda no se dirige contra ambos cónyuges;

Si (segundo supuesto) no se acredita que son insuficientes los bienes del deudor, o

Si (último supuesto) no se justifica el amparo de una norma excepcional,

*No se debe practicar la anotación preventiva sobre los bienes gananciales*, aun cuando el acreedor (persona física o banco de turno) vierta lágrimas de sangre y arrepentimiento.

Lo curioso es que la gran mayoría de los mandamientos judiciales que se presentan a los Registros, ordenando la práctica de anotaciones preventivas de embargo, adolecen de alguno de los defectos apuntados. Así, sin encomendarse a Dios ni al diablo, admiten con tranquilidad la demanda individual con traslado al otro cónyuge o sin él, con persecución de bienes propios del deudor o sin ella y con invocación o sin invocación de algún supuesto de excepción, pero, eso sí, en cualquier caso haciendo recaer los efectos de la anotación que se solicita, sobre los bienes gananciales de una forma directa. Lógicamente los problemas no se hacen esperar: ¿demanda conjunta, demanda individual? Si conjunta, ¿será admisible por el Juez, toda vez que, generalmente, el marido es el único que aparece como deudor? Si, individual, ¿será anotable teniendo en cuenta que la responsabilidad se quiere hacer recaer sobre los gananciales de forma preferente y directa?

Pero todo esto deberá ser tratado y estudiado en apartados subsiguientes, comenzando por el que inmediatamente se inserta y que puede iniciar su andadura de esta forma:

## II. ¿ANOTAR O NO ANOTAR? "THAT IS THE QUESTION" (3)

Planteada la cuestión en los términos ya vistos, ¿qué argumentos se dan por esos mundos de Dios para optar por una cosa o por otra? ¿Qué dicen las gentes más o menos jurisperitas, juriconsultas o jurisprudencias? Pues cosas muy dispares: por eso, para esclarecer un poco el panorama, permítaseme que presente, en principio, los argumentos esgrimidos por aquellos acreedores que quieren anotar; que analice, a continuación, los que aduce la Dirección General de los Registros; que resuma, después, los comentarios que algunos compañeros han elaborado sobre esta cuestión interpretando la reforma civil y la hipotecaria, y que, al final, en un punto y aparte, desvele los que yo, en mi humildad y mi pobreza, mantengo.

---

(3) HAMLET (pensador y príncipe bastante danés). También dijo aquello de "... algo huele a podrido..." ¿en Dinamarca?

CAPÍTULO PRIMERO —DESESPERADOS ARGUMENTOS  
DE ACREEDORES ENFURECIDOS

Son de lo más variopinto y van desde la consideración cavernícola de que el marido, que es quien lo gana, debe ser el que lo gaste, a la evocación de la *belle époque* del cónyuge varón, cuando se erigía absoluto de la sociedad conyugal, pasando por una hipotética indefensión, provocada, al parecer, por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Veamos:

A) *La obsoleta idea de que en el noventa por ciento de los casos es el marido, con su dinero, el que mantiene a la familia*

**“... Si pensamos que en la actual organización interna de la familia corresponde por lo general al marido, con su actividad, la obtención de los medios económicos precisos para el sostenimiento de aquélla, no sería lógico que los bienes adquiridos con dicha actividad se hagan comunes y exentos de responsabilidad por las deudas de igual origen.”**

(Idea utilizada por un recurrente en los fundamentos de Derecho de su recurso ante la Dirección General de los Registros.)

Este argumento, esgrimido ante la Dirección General de los Registros, volverá, sin duda, a ser empleado en ocasiones venideras, como muestra palpable de que en la sociedad española existe un sector (tal vez no numeroso, pero sí potente), que todavía no se ha enterado o no se quiere enterar del principio de igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución Española, a cuyo tenor, “los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social”.

Se imponen, pues, algunos comentarios.

El recurrente no se ocupa más que de una sola posibilidad: que sea el marido quien, con su trabajo, mantenga a la familia; acontecimiento que considera como regla general. Así, pues, para él, la actual organización interna de la familia española está basada en un marido generoso y sacrificado que, con su actividad laboral y con su exclusivo esfuerzo, produce bienes gananciales manteniendo económicamente a la familia.

Las consecuencias no se hacen esperar: si el marido es el que lo gana, el marido es el que lo gasta y punto. Por tanto, si el marido, individualmente se endeuda, los gananciales responden y que nadie reclame.

Tan reaccionaria es la proposición formulada y tan absurdas las consecuencias previsibles, que resulta fácil demostrar la falsedad de aquélla y la inviabilidad de éstas.

En primer lugar, ¿qué sucederá en aquellos casos en los que, tanto el marido como la mujer trabajen fuera de la casa y, con su actividad, contribuyan al sustento familiar? ¿Se tratará de un supuesto excepcional? Aunque lo fuere y cuando se produzca, ¿seguirá siendo el marido el único que pueda disponer y obligar los bienes comunes o, por el contrario, deberán actuar de consuno ambos cónyuges? Lo cierto es que si los dos cónyuges son los que ganan dinero con el que mantienen a la familia, lo justo será que a la hora de disponer y obligarse, lo hagan los dos juntos y no por separado, o excluyendo a la mujer (que es lo que se quiere que suceda).

Pero el recurrente, para evitarse conflictos de argumentación, pasa de todo dejándonos *in albis* (4).

En el otro supuesto, es decir, cuando la mujer no trae a casa un salario, no es cierto que sea el marido el único contribuyente al sostenimiento económico de la familia a través de su actividad o esfuerzo, ya que la mujer, ella misma, sin intermediarios, está continuamente produciendo bienes gananciales que, también, sin intermediarios, son consumidos por la familia. Es decir, el marido con su sueldo, contribuye al sostenimiento de la familia y produce bienes gananciales con lo que podríamos llamar "lucro emergente"; y la mujer, dentro de la casa, como administradora, cesta de la compra, cuidado de los hijos, etc., produce también gananciales mediante lo que llamaríamos un "gasto cesante". Este gasto cesante permitirá que una parte, grande o pequeña, del sueldo del marido se pueda invertir en otros bienes.

Así pues, lo que como regla general se puede mantener es que cada uno de los cónyuges, con su esfuerzo y actividad, está contribuyendo al sostenimiento económico de la familia, siquiera sean diferentes las actividades y de distinta naturaleza los bienes que se produzcan.

Y si esta es la hipótesis que como regla general resulta irrefutable en cualquier sociedad moderna, también debe admitirse, como consecuencia que, a igual contribución, aunque con actividades diferentes, corresponde igual participación a la hora de disponer y obligarse, sin perjuicio de las excepciones que la Ley pueda introducir que, taxativamente, deben ser

---

(4) Nos quedamos así sin saber si, para él, el recurrente, en esta situación de sueldos aportados por ambos cónyuges, el marido deja de ser generoso y sacrificado para convertirse en chulo o, si la mujer, por el hecho de trabajar en el exterior, abandona la dulce y cómoda situación pasiva que le corresponde en el hogar, para asumir una posición reivindicativa y de control que la convierta en una "antipática-metomentodo-sindicalista" (¿De CC.OO ?) O, peor aún, ¿pensará el recurrente que sigue vigente aquella idea de nuestros abuelos de "la mujer y la sartén en la cocina están bien" y, por ello, prefiere callar antes de plantearse la posibilidad de que esa situación pueda ser alterada o cuestionada?

especificadas y que, escrupulosamente, deben ser probadas para evitar que por un abuso de su utilización puedan convertirse en regla general.

De tales excepciones tendremos ocasión de ocuparnos más adelante.

### B) *Una pretendida indefensión*

**Venía a decir el recurrente que con la demanda dirigida individualmente "...se evitan hipótesis de indefensión total del acreedor. Debe tenerse en cuenta que en el caso debatido se trata del ejercicio de una acción cambiaria y, por tanto, es imposible demandar también a la esposa del aceptante, dado que la misma no figura en la letra".**

(Extraído de los fundamentos de Derecho de un recurso ante la Dirección General de los Registros.)

Ciertamente para estar legitimado pasivamente en un juicio ejecutivo motivado por una acción cambiaria, es imprescindible que la demanda se dirija contra el que aparezca en la cambial como librado aceptante y sólo con respecto a él. Hemos de dar la razón al recurrente cuando, a continuación de su anterior argumento señala que de haber dirigido la demanda contra la esposa, no interviniente en la letra, "el Juzgado no hubiera despachado la ejecución en base a los artículos 444, 480 y 516 del Código de Comercio".

Se produce, en efecto, una indefensión para el acreedor, pero ¿motivada por quién?, ¿por un precepto de aplicación imposible como podría ser el del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, según su nueva redacción, o por negligencia del acreedor?

Si una letra de cambio no pudiese albergar en su contenido a más de un librado, la exigencia de dirigir la demanda contra ambos cónyuges proclamada por el nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario, resultaría de cumplimiento imposible pudiendo provocar una indefensión. En este caso, o el artículo 144 estaba referido a supuestos diferentes de la acción cambiaria ejecutiva (cosa impensable para cualquier intérprete, por muy ávido que estuviere de retorcer conceptos) o, caso de tener una aplicación general, debería ser derogado por inconstitucional, toda vez que el artículo 24 de la Constitución impone que "en ningún caso pueda producirse indefensión" y es claro que del artículo 144 estaba resultando una.

Pero si la letra de cambio admitiese en su texto a más de un librado y, por ende, a más de un aceptante, y el acreedor, que pudo haber designado como librados a ambos cónyuges se conformó, a pesar de ello, con solo uno, la indefensión que pudiera producirse no provendría de un precepto,

sino del mismo acreedor quien con su propia negligencia la habría provocado.

Todo consiste, pues, en determinar si la letra de cambio admite la designación de varios libros y hasta dónde llega la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.

El recurrente, para justificar su pretendida indefensión, invoca los artículos 44, 480 y 516 del Código de Comercio. En ellos se habla de librado y de aceptante, no de “librados” ni “aceptantes”. A pesar de esto, la doctrina mercantilista no encuentra dificultades en admitir la posibilidad de varios librados dentro de una letra de cambio, si bien, con algún condicionamiento (no dividir entre ellos la cantidad adecuada y no intentar hacer el pago en varias plazos o vencimientos). El precepto en que se apoyan, que olvidó el recurrente en sus motivaciones, es el del artículo 507 del Código de Comercio, según el cual “si la letra protestada tuviere indicaciones o fueren varios los librados...”.

Así es que la letra de cambio admite, dentro de sí, la existencia de varios librados y, por tanto, de varios aceptantes; como consecuencia, el acreedor pudo haber designado a ambos cónyuges como librados en su cambial, con la aceptación de ambos; pudo haber demandado a los dos y pudo haber conseguido del Juez la admisión de la demanda. Lo pudo hacer, pero no lo hizo, luego su indefensión es culposa por provenir de una muy suya y notoria negligencia.

Un caso claro de diligencia que nunca provoca trastornos al acreedor y que debe servir de ejemplo es el de las Cajas de Ahorro y demás entidades de crédito, las cuales, para conceder cualquier crédito, si se trata de una persona casada, exigen la firma del otro cónyuge. Es algo que se viene haciendo de continuo.

El Reglamento Hipotecario, en su nuevo precepto del artículo 144, como norma adjetiva que es, tiene un alcance muy claro:

— Por un lado, cumplir con las leyes sustantivas que exigen, de modo general, la actuación conjunta de ambos cónyuges cuando se quiere responsabilizar directamente a los gananciales; por eso, previniendo esa participación de ambos, exige que la demanda se dirija contra los dos. No podría hacer cosa mejor para garantizar la igualdad jurídica que sustantivamente y de forma constitucional se ha impuesto.

— Por otro lado, prever que tales normas sustantivas se vayan cumpliendo a lo largo de todos los procedimientos legales seguidos, incluyendo las dosis de diligencia que las normas imponen o marcan.

En pocas palabras, y aunque se nos tache de repetitivos: el Reglamento Hipotecario no provoca indefensión y si alguna se produjere no sería achacable a su artículo 144, sino a la propia negligencia del acreedor.

### C) *Una cita con la "posterioridad"*

Dicen así unos recurrentes en el relato de los hechos que les afectan:

**... El señor Registrador parte de la base, incierta, y que además no se deduce en forma alguna del Mandamiento judicial de que las esposas han sido notificadas "posteriormente", aunque no nos dice posterior a qué cosa, cuando es lo cierto que se dio traslado de la demanda a tales esposas al mismo tiempo que los cónyuges demandados, como queda claro en el auto despachando ejecución, en el que se dice textualmente que "se dará traslado a las esposas de los demandados, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario".**

Es el de la "posterioridad" un argumento que, como relativo, exige una referencia a algo y esa referencia puede contemplarse desde dos puntos de vista: uno, gramatical, y otro, legal.

Desde el punto de vista gramatical, la expresión "posterior" empleada por el Registrador en su nota, está referida, no al momento en que la demanda se pone en conocimiento del demandado y de su cónyuge (que puede y suele coincidir), sino al momento en que uno y otro han tenido conocimiento de las actividades que dieron causa a la demanda. Si la actividad, debiendo ser conjunta, fue individual, es lógico pensar que el cónyuge que no participó en el hecho dispositivo u obligacional, tuvo o, por lo menos, pudo tener conocimiento del mismo en una fase posterior al momento en que se produjo, es decir, con la notificación de la demanda y no antes. En otras palabras, el notificado toma contacto con los datos procesales por la puerta trasera de la notificación, cuando todo está hecho y cuando no le queda más defensa que la del artículo 1.373 del Código Civil, posiblemente fuera del ejecutivo incoado.

Desde el punto de vista legal puede señalarse:

1.º Que por la vía indirecta del señalamiento de responsabilidad, el Código Civil impone su regla general de actividad conjunta de los cónyuges, siempre que esa responsabilidad haya de recaer de una manera directa y preferentemente sobre los gananciales.

2.º Que si esa conjunción es la regla general, habremos de llegar a la conclusión de que la individualidad o actividad aislada no será nunca regla general, sino regla especial o regla excepcional permitida por el Código Civil en alguno de estos supuestos:

— O cuando se varía la responsabilidad de los bienes, de forma que con carácter primario o preferente respondan los bienes propios del cónyuge actuante y sólo subsidiariamente, en defecto de los anteriores, respondan los gananciales (art. 1.373).

— O cuando, cualquiera de los cónyuges pueda acogerse a alguno de los supuestos excepcionales que el Código Civil reconoce para actuar aisladamente sin el concurso del otro cónyuge, manteniéndose la regla general de responsabilidad directa de los gananciales (arts. 1.319, 1.365, 1.368, 1.370, 1.371 y 1.384).

3.º Que el Reglamento Hipotecario no es una norma independiente sino subordinada a la sustantiva del Código Civil y, por ello, siguiendo las directrices de su principal, exige para la anotación distintos tipos de requisitos que, al referirse a supuestos diferentes, no permiten una libre elección. Así:

a) Para la anotación de embargo que haya de recaer directamente sobre los gananciales, el Reglamento exige, una de dos:

— O que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, sin necesidad de otra prueba complementaria, ya que la regla general es la actividad conjunta de esos mismos cónyuges que sirve de causa a la responsabilidad o responsabilidad de los bienes comunes.

— O que la demanda, dirigida contra uno solo de los cónyuges, sea trasladada al otro y, además se complemente con la justificación de haberse invocado alguna de las normas excepcionales antes enunciadas que permiten mantener la responsabilidad directa y preferente de los bienes gananciales (que es lo general) a través de un procedimiento excepcional, como es la actividad individual o aislada.

b) Para la anotación de embargo que haya de recaer subsidiariamente sobre los bienes gananciales y primariamente sobre los propios del cónyuge actuante, el Reglamento se conforma con seguir a la norma sustantiva reconociendo la posibilidad de la demanda individual dirigida contra el cónyuge deudor, el traslado de la misma al otro cónyuge y, cuando la responsabilidad, trascendiendo de los bienes propios, vaya a recaer sobre los gananciales, justificar ante el Juez y acreditar en el Mandamiento judicial en cuya virtud ha de ser practicada la anotación, que se han perseguido bienes del deudor y ante la inexistencia o insuficiencia de éstos, se dirige el embargo contra los gananciales.

Entendemos, pues, que no es lícito al intérprete pensar que el Código o el Reglamento presentan normas caprichosas y, menos aún, calificar aisladamente de desafortunado el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Si fuere desafortunado lo será porque desafortunado sea el Código y no por sí mismo. Por el momento diremos que el Código, al imponer la actividad conjunta de los cónyuges como regla general, ha querido que a través de su actuación surja una coadquisición, una codisposición o una

coobligación y, como consecuencia de ello, una corresponsabilidad. Por eso, el Reglamento, a la hora de las anotaciones de embargo, no puede hacer otra cosa que cumplir con la regla general, exigiendo la demanda conjunta contra los cónyuges para que así se cumpla el efecto general de la corresponsabilidad; o bien, alertar acerca de las desviaciones de esa regla general, exigiendo los requisitos que justifiquen la validez de esa desviación (deuda personal con propia responsabilidad, o invocación de una excepción).

Así pues, la tantas veces repetida “posterioridad”, que puede ser indiferente si se la relaciona con el momento de la notificación (al demandado se le notifica la demanda al mismo tiempo que se le da traslado de ella al no demandado), adquiere enorme importancia si se la contempla en relación con la responsabilidad que se persigue y que impone como requisitos una determinada actividad y un determinado procedimiento. Y es que, con esa fórmula habitualmente empleada de “se dará —o se ha dado— traslado de la demanda a las esposas de los demandados, a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario”, sin distinguir si la actividad ha sido conjunta o individual; si se han perseguido o no bienes del deudor; o si se ha invocado o no una excepción, a nuestro entender se está encubriendo algo, por partida doble, que no nos gusta nada. Helo aquí:

1.º Se intenta romper la relación que debe existir entre la actividad de los cónyuges (conjunta o separada) y la responsabilidad de los bienes (gananciales o propios). Parece que da igual que los cónyuges hayan actuado conjunta o separadamente porque, en cualesquiera de los casos, la responsabilidad será de los gananciales siempre que, a toro pasado, se dé conocimiento de lo hecho al otro cónyuge.

2.º El intento de centrar la cuestión en el artículo 144 del Reglamento, al que parece culpase de todo el “desaguisado” (si es que alguno existiese), como si se tratase de una norma autónoma no dependiente de la sustantiva que le da vida y, por supuesto, de más fácil ataque que las del Código Civil o las constitucionales.

En realidad, la demanda individual dirigida contra uno de los cónyuges, con traslado de la misma al otro, supondría para éste la toma de contacto con las obligaciones y responsabilidades en un momento en que ya estaban asumidas por el deudor sin que, el otro, posiblemente, hubiese tenido conocimiento de ellas en su constitución; y eso se podrá admitir cuando se justifique que la actividad individual de uno de los cónyuges estaba permitida por la Ley, ya porque el cónyuge deudor asumió personalmente la deuda (art. 1.373), ya porque invocó una norma excepcional, pero no con carácter general.

En consecuencia, no se puede elegir libremente entre un sistema u otro, entre unos requisitos u otros, sino muy al contrario: cuando hayan de darse unos supuestos concretos de responsabilidad se impone la aplicación de unos determinados requisitos y no los otros. Acontece, empero, que la reforma operada en la legislación, amoldándose a los tiempos de transición que políticamente corrían, no afrontó los problemas con la valentía requerida y, en vez de establecer sin concesiones la participación de marido y mujer a igual nivel en los asuntos familiares sacando luego las consecuencias y regulando los efectos procedentes, utilizó la vía indirecta de la responsabilidad y llegó, por medio de ella, a los requisitos exigidos: ¿se quiere hacer responder directa y preferentemente a los gananciales?, pues a actuar conjuntamente, ¿se quiere conseguir igual responsabilidad, pero, por razones de urgencia o por otra causa, no se puede actuar de consuno?, pues se actúa individualmente invocando la potestad doméstica o las excepciones que el Código establece. ¿Que sin hacer caso a nada ni a nadie se quiere actuar individualmente sin poder invocar excepciones?, pues se asume la deuda personalmente, se hace responder de ella a los bienes propios y subsidiariamente los gananciales y se cumple, además, con el resto del artículo 1.373 del Código Civil y todo concluido.

Da la sensación de que hemos vuelto a caer en esa forma muy hispana de afrontar las cosas trascendentales y que se traduce en el ya clásico: “cambiemos algo para que todo siga como estaba”.

D) *La belle époque de los maridos: una triste evocación del pasado. ¡La Resolución de 22 de diciembre de 1956 invocada por un banquero!*

a) Lo que dice el banquero:

**“... Invocamos, entre otras muchas, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de diciembre de 1956, que estableció que mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges, es evidente que podrá extenderse, conforme al artículo 144 del Reglamento Hipotecario, la anotación de embargo, aunque el procedimiento se haya dirigido solo contra el marido.”**

b) Lo que dice la Resolución y lo bien que lo dice:

Tiene razón, la Resolución citada dice eso y dice, todavía, mucho más. Por ejemplo:

**“... Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.408 del Código Civil, los bienes de la sociedad de gananciales responden de todas las deudas y**

obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y, en su virtud, éste podrá enajenarlos a título oneroso sin consentimiento de la mujer.”

c) Invocación tardía:

Lo que sucede es que la invocación que hacia el recurrente llegaba con veintiocho años de retraso, ya que la Resolución de 1956 fue elaborada en una época en la que el marido era dueño y señor del matrimonio, hacía y deshacía dentro de él sin necesidad de contar con la mujer, la cual quedaba relegada poco menos que a la condición de “imbecilias sexus”. Faltaban dos años para que se produjese la tímida reforma del artículo 1.413 del Código Civil y tres años para que surgiese la reforma del Reglamento Hipotecario. En aquel entonces, en 1956, el Reglamento, artículo 144, no ponía ninguna traba al marido, ya que, siguiendo los dictados del Código Civil, no podía ponerla.

Como apostilla final, no deja de ser chusco que a estas alturas se recuerde la Resolución citada de 1956 (si bien para un caso que se situaba a caballo entre dos fases reglamentarias, la anterior y la posterior a la reforma del 82), ya que con ese recuerdo, implícitamente el recurrente estaba dando la razón al Registrador recurrido. En efecto, si desde 1956 hasta la fecha actual se ha venido introduciendo en nuestra legislación una lenta pero profunda transformación afectante al régimen económico matrimonial, de modo que aquel señorío del marido y su correlativo vasallaje *uxoris* sólo quedan en el recuerdo como notas características de un *ancien régime* irrepetible, ¿a santo de qué se quiere seguir manteniendo la misma interpretación discriminatoria y de vejación que antes, cuando las leyes han cambiado, no sólo en su letra sino también en su espíritu? ¿Para qué esos cambios profundos? ¿Para ahogar sus consecuencias progresistas en el momento mismo en que nacieron?

CAPÍTULO SEGUNDO—LA DIRECCIÓN GENERAL  
Y SUS REBAJAS DE PRIMAVERA

A) *Un inicio prometedor que pronto se trunca*

a) Considerandos prometedores de la Resolución de 28 de marzo de 1983

2.º Considerando.—Con ... “la Ley de 13 de mayo de 1981, que ha modificado el régimen de la sociedad de gananciales, habrán de ser tenidos en cuenta los principios en que se ha inspirado la reforma y, especialmente, el principio de igualdad jurídica de los cónyuges sancionado con

carácter general en el artículo 66 del Código Civil y en relación a los regímenes matrimoniales, en el artículo 1.328 del mismo texto legal y que se traduce, en materia de administración y disposición de bienes en una actuación conjunta de los dos esposos” (1.367 y 1.375).

3.º Considerando.—“No obstante lo anterior, al tener que cohonestar esta norma general con el respeto a la significación de la personalidad de cada esposo en la sociedad conyugal, el Código Civil ha tenido que admitir supuestos de válida actuación unipersonal de uno solo de los cónyuges en los que resultan obligados los bienes de la sociedad de gananciales, sin necesidad de una actuación conjunta de los dos cónyuges, como sucede, entre otros, en los supuestos del artículo 1.365.”

4.º Considerando.—“... Al estar, pues, autorizado en determinados casos, uno de los cónyuges a obligar por sí solo a los bienes de la sociedad conyugal, cuando esto suceda, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros, aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su participación en comunidad de gananciales y habrá que tratar igualmente de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio ganancial con los del otro cónyuge no interviniente.”

b) Desalentadoras consideraciones en torno a los Considerandos prometedores

De estos tres Considerandos, y por lo que de ellos se desprende, deberíamos interpretar en buena lógica:

1.º Que a la hora de administrar y disponer de bienes gananciales, el Código impone como regla general (y así lo reconoce la Dirección) la actividad conjunta de ambos cónyuges.

2.º Que, como excepción y para salvaguardar la individualidad de cada cónyuge en el matrimonio, se permite la actividad aislada de cualquiera de ellos en casos especiales y muy concretamente determinados (arts. 1.319, 1.365, 1.373 y otros de menos frecuente aplicación).

3.º Que, como consecuencia de la utilización de esa excepción, se alteran dos aspectos importantes en la disposición y administración de bienes del matrimonio, a saber:

— Por un lado, el procedimiento usual o general de comportamiento de los cónyuges (la actividad conjunta se sustituye por la individual), si bien esa individualidad ha de ser reconocida indistintamente a favor del marido y de la mujer por aplicación del principio de igualdad constitucionalmente establecido.

— Por otro lado, los supuestos de responsabilidad, así:

- la asunción de la deuda como personal del cónyuge actuante, supone la afectación de los gananciales, sólo en segundo grado, es decir, en defecto de los propios del deudor, y

- la invocación de una excepción que permite la actividad aislada de uno de los cónyuges, lleva implícito, sin embargo, el mantenimiento de la responsabilidad de los gananciales de forma directa y preferente.

De aquí que en aras de esas alteraciones de responsabilidad, en las que no intervienen ni el acreedor ni el cónyuge no actuante, se deban cohonestar los derechos del tercero que contrató con el cónyuge y los del cónyuge no interviniente. Lo malo es que la Dirección, como tendremos ocasión de observar, abandonando sus iniciales planteamientos, va dando la vuelta a lo que, en principio, parecía prometedor y progresista.

B) *¿Parto con dolor o aborto voluntario no despenalizado? Ni una cosa ni otra: ¡Esto son lentejas..., si quieres las comes y si no...!*

A partir del Considerando que aparece en quinto lugar en la Resolución de 1983, es cuando la Dirección se desentumece, acelera sus pronunciamientos y, dando la sensación de poco convencimiento (que incita a pensar en un cambio de sentido final), termina exigiendo, como regla general, no la actividad conjunta de los esposos y conjunta demanda contra ellos, que es lo que impone el Código Civil y requiere el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, sino la demanda individual con notificación al cónyuge del deudor, que es lo mismo que se establecía en la legislación anterior. Así, pues, la Dirección altera los postulados sustantivos del Código Civil:

— Por un lado, convierte en potestad de los cónyuges el ejercicio de la acción compartida, que es regla general impuesta por el Código Civil a la hora de obligar o disponer de bienes gananciales.

— Por otro, sin declararlo expresamente, pero admitiéndolo de modo implícito, eleva a regla general los supuestos de actividad individual, que son las excepciones del Código.

O sea —y hablando en plata—, después de tantas reformas se intenta una involución que nos puede colocar en el mismísimo punto de partida. Por eso, pido permiso para analizar, con toda la brevedad que sea posible, cada uno de los Considerandos en los que se cuecen estas lentejas, y permítaseme que, para ello, distinga tres fases o momentos:

- La molesta fase de la dilatación (Considerandos 5.º y 6.º).
- El momento trascendental de la expulsión (Considerandos 7.º y 8.º).
- La frustración: sólo eran lentejas (apoteosis final de la Resolución).

a) La molesta fase de la dilatación (Considerandos 5.º y 6.º)

5.º “Considerando que el Código Civil ha pretendido solucionar la cuestión distinguiendo, de una parte, el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico el artículo 1.339 engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, sobre el que pueda hacer efectiva la acción nacida de su crédito, y, de otra parte, el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, según se expresa, fundamentalmente, en los artículos 1.319 y 1.364 del Código Civil.”

6.º “Considerando que a la vista de lo expuesto y dentro de la casuística con que el Código Civil regula esta materia, cabe distinguir: a) obligación contraída por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida, caso en que, para practicar la anotación de embargo será necesario que la demanda haya sido dirigida contra los dos esposos, solución con la que está de acuerdo el artículo 144.1.º del Reglamento Hipotecario; b) obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde solamente el esposo deudor con la posibilidad que al otro cónyuge le ofrece el artículo 1.373 del Código Civil, y en donde la anotación de embargo se practicará de acuerdo con este precepto si, además se ha notificado la demanda al cónyuge no deudor; c) obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley, y que es el supuesto que ofrece mayores dificultades...”

En el Considerando 5.º, en vez de determinar con un criterio lógico la responsabilidad directa y subsidiaria de los bienes gananciales o de los propios, según fuese la actividad de los cónyuges conjunta o individual, la Dirección se enzarza en un trazado de planos:

— En el aspecto externo y frente al acreedor se engloban en un mismo plano, como objeto de responsabilidad, los bienes privativos del cónyuge deudor y los gananciales, sin distinguir si la responsabilidad es directa o subsidiaria para cada masa de bienes.

— En el aspecto interno, entre ambos cónyuges, se diferencian las masas patrimoniales que pertenecen a cada cónyuge para, mediante un sistema de compensaciones, determinar las responsabilidades y no habla, como debiera, de persecución previa de los bienes propios del deudor (caso del art. 1.373), o de búsqueda de amparo en alguna de las normas excepcionales que el Código tiene reconocidas para ejercitar la potestad doméstica y los poderes individuales (1.339 y 1.365, fundamentalmente).

Con todos los respetos que merece el Centro Directivo cuya doctrina —aunque con altibajos— he venido amando desde que “serví” en Infan-

tería, creo que si la cuestión se plantease partiendo de la responsabilidad que pueda producir cada tipo de actividad, las cosas quedarían bastante más claras. Así:

Aunque tímidamente legislado y partiendo del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges que proclama la Constitución, el Código Civil parece que quiere introducir en sus preceptos este sistema: si en el aspecto económico del matrimonio hubieren de responder los bienes gananciales, lo lógico sería admitir una participación de los cónyuges en la administración, obligación o disposición de los bienes comunes. Esto es, a una corresponsabilidad que se impone como consecuencia normal debe exigirse, como antecedente previo y general, la actividad conjunta de los que luego serán responsables.

Consecuentemente, la alteración del sistema de participación (actividad individual, en vez de conjunta) llevará consigo una alteración de la responsabilidad (responden los bienes propios y subsidiariamente los gananciales —art. 1.373) o una alteración de la causa (invocación de un poder individual excepcionalmente admitido que mantiene la responsabilidad de los gananciales —casos de los artículos 1.319 y 1.365, principalmente).

¿Y qué decir del Considerando que hace el número 6.º? Pues, decir que las cosas se complican:

a) En primer lugar, la Dirección parece equiparar como de libre elección a dos supuestos completamente diferentes. Inicialmente habla de obligación contraída por ambos cónyuges en el *ejercicio de la potestad compartida* y al final se refiere a la “obligación contraída por un solo de los cónyuges en el *ejercicio de los poderes individuales... que le reconoce la Ley*”. Y como quien no quiere la cosa y casi de rondón, en mitad del Considerando y entre los dos supuestos anteriores, contempla “la obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges”. Es decir, la redacción a todas luces confusa induce a las siguientes consideraciones erróneas:

1.<sup>a</sup> Que la actividad conjunta es una “potestad” elegida expresamente por los cónyuges o elegible por cualquiera de ellos, no una regla general de la que no se pueden apartar si no mediante causa concreta admitida por la Ley.

2.<sup>a</sup> Que los poderes individuales para obligar los bienes son reconocidos por la Ley, pero al no especificarse nada más nos quedamos sin saber si ese reconocimiento legal es una potestad *libremente* elegida o *excepcionalmente* admitida. Y, por último,

3.<sup>a</sup> Que la que parece configurarse como regla general en este Considerando (del Considerando 8.º resulta otra cosa totalmente diferente,

como tendremos ocasión de ver) es la posibilidad de actuar individualmente para asumir personalmente una deuda.

a") En segundo término, cuando se refiere a la obligación personal contraída por uno solo de los cónyuges, el Centro Directivo lanza a los cuatro vientos que la responsabilidad es solamente del cónyuge deudor, cosa que es verdad a medias, pues si el deudor no tiene bienes o estos fuesen insuficientes, responden los gananciales (con los derechos que al otro cónyuge concede el artículo 1.373 del Código Civil). Y, por último:

a") Esa configuración de la obligación contraída en el ejercicio de los poderes individuales como "supuesto que ofrece mayores dificultades", no deja de ser una alteración de la realidad, pues si se concibe como un supuesto excepcional, la única dificultad que podría presentarse estaría en determinar si es admisible o no la excepción invocada para actuar individualmente y si la norma excepcional ampara suficientemente a esa actividad individual; por lo demás, no deberían existir problemas ni a la hora de fijar la naturaleza de la deuda (matrimonial), o a la de determinar el procedimiento a seguir (actividad no conjunta, sino individual), o a la de exigir una responsabilidad (la de los bienes gananciales directamente).

b) *El momento trascendental de la expulsión. ¿Nacerá una criatura abortiva de las del artículo 30 del Código Civil? ¡Virgencita, Virgencita, que me quede como estoy!*

La Dirección General dice así:

7.º "Considerando que la necesidad de la demanda conjunta por parte del acreedor en el caso c) antes visto (actividad individual por invocación de poderes individuales excepcionales) podría tener su fundamento en que el cónyuge no deudor como cotitular de los bienes sociales se encuentra afectado por las obligaciones que legalmente contraiga el otro esposo, y que su intervención es necesaria al objeto de determinar precisamente si la deuda existe o se encuentra comprendida en uno de los supuestos legales de ejercicio de poder individual de cada cónyuge sobre la sociedad de gananciales."

8.º "Considerando, por el contrario, que un examen más detenido de la cuestión, permite observar que la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual hayan podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una

**prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso, los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador.”**

Los dos Considerandos anteriores contemplan un par de pensamientos:

- 1.º Lo que piensa la Dirección General que podríamos estar pensando nosotros (Considerando 7.º), y
- 2.º La condena de nuestros malos pensamientos con el triunfo de la “verdad objetiva” (Considerando 8.º).

Pues bien, esos dos Considerandos nos sugieren los siguientes comentarios, que vamos a desarrollar a través de estos dos epígrafes:

- 1) “La gente ‘poco avisada’ podría pensar...”, y  
“... Pues que piense lo que quiera porque le va a dar igual.”

1. Alguien *podría pensar* que la “exigencia de una demanda conjunta *podría tener su fundamento* en..., bla, bla, bla. ¿Es que la Dirección General quiere adivinar nuestros pensamientos?

El Considerando 7.º esboza un planteamiento que, aun cuando no lo juzguemos totalmente acertado, puede ser considerado como serio, al menos, en buena parte de su contenido. Sin embargo, es el mismo Centro Directivo el que se encarga de aclarar dos cosas: una, que los pensamientos que se vierten en tal planteamiento no le son atribuibles (esos términos condicionales que emplea tales como la “exigencia de una demanda conjunta” “*podría*” “*tener su fundamento...*”, equivalen a un “*alguien podría pensar...*”) y, otra, que esos que podrían pensar de esa forma son terceros poco protegidos, ya que sus pensamientos son inmediatamente rechazados (en el Considerando 8.º, precisamente).

De cualquier forma, la Dirección se complace en adivinar, detallándolo en el Considerando 7.º, lo que nosotros podríamos pensar sobre el particular. Y la verdad, yo, que me considero dentro de la gente “poco avisada”, no creo ni exacta ni totalmente lo que, a lo peor, la Dirección piensa que pienso, sino esto otro:

- 1.º Creo, efectivamente, y sin condicionamientos que el cónyuge no deudor queda afectado por las obligaciones que legalmente contrae el otro. Y lo creo por dos sencillas razones: Primera, porque si la deuda es asumida personalmente por el otro cónyuge, en defecto de bienes propios

de éste, responden los gananciales, y segunda, porque si la deuda es contraída de forma no conjunta mediante invocación excepcional de un poder individual reconocido legalmente, los bienes que responden son gananciales. Y como de los gananciales es cotitular el cónyuge no deudor, queda claro que resulta afectado. Me niego, en cambio, a admitir que deba quedar afectado cuando el otro cónyuge, con su actuación individual, asume la deuda personalmente y nadie se ocupa de perseguir previamente sus bienes propios, sino que se hace recaer la responsabilidad directamente sobre los gananciales, o cuando se actúa de forma no conjunta sin acogerse de modo expreso y válido a cualquiera de los supuestos excepcionales que la Ley reconoce.

En ambos casos creemos que no se ha procedido de forma legal y, en consecuencia, ante una *ilegalidad* no se debe producir la afección de marras, sobre todo, si se tiene en cuenta que el propio Considerando 7.º habla de afección por las obligaciones que *legalmente* contraiga el otro esposo, no por las que ilegalmente contrajere.

2.º No creo, en cambio:

— Ni que en todo caso haya de ser dirigida la demanda conjuntamente contra los dos cónyuges.

— Ni que en ningún caso pueda actuar un cónyuge separado del otro.

Si alguien, en algún momento, ha pensado lo que antecede, he de confesar con alegría que ese alguien no he sido yo. Y no lo he pensado porque creo que con ese planteamiento se llenan de confusión los pensamientos de los ciudadanos de pro y no se aclaran los de nadie. Para mí —tierno retoño en el campo del pensar— el planteamiento serio debe ser éste:

— La demanda conjunta, dirigida contra ambos cónyuges, es la *consecuencia ineludible* de la actividad conjunta que hicieron los esposos o de la actividad individual que indebidamente hizo uno solo de ellos, es decir, cuando la Ley no admite esa actuación individual.

— La demanda individual, dirigida contra el deudor, es la *consecuencia indispensable* de la actividad individual del demandado en alguno de los casos en que el Código Civil lo permite.

De esta forma —yo entiendo— se pone cada cosa en su sitio: a la actividad (conjunta o aislada), en el lugar que le corresponde, como *causa antecedente* de la demanda, y a la demanda, como *consecuencia* o efecto de la actividad.

2. Tras haber intentado adivinar nuestros pensamientos, la Dirección General nos deja sin aliento: leído el Considerando 8.º de la Resolución,

¿qué otra cosa parece proclamar sino aquello de “*piensa lo que quieras porque te va a dar igual*”?

El Considerando que hace el número 8.º no tiene desperdicio. Veamos:

**“La exigencia de la demanda conjunta, dice, no guardaría armonía con el carácter individual de la calidad de deudor.”**

La Dirección se está refiriendo aquí al supuesto *c)* contemplado en el Considerando 6.º, es decir, a aquel en que uno de los cónyuges, invocando alguno de los poderes individuales que excepcionalmente reconoce el Código, actúa separadamente del otro. Ha de reconocerse que en este caso, las cosas están claras: el cónyuge que excepcionalmente ejercita uno de los poderes individuales admitidos por la Ley, puede actuar separadamente y, en consecuencia, la demanda se dirigirá contra él exclusivamente dándose traslado de la misma al otro cónyuge.

El problema surge cuando la Dirección, a fuerza de utilizar ambigüedades, da la vuelta a los argumentos y convierte la excepción en regla general y la regla general en excepción. En efecto:

La declaración que el Centro Directivo hace en el octavo Considerando puede llevarnos a esta conclusión generalísima e inadmisibile:

**Cuando cualquiera de los cónyuges actúe individualmente, la demanda será individual, pues sólo de esta forma existirá armonía entre la demanda y el carácter individual de la deuda.**

Pero decir esto, sin más, es guardarse en la manga toda la serie de motivaciones y justificaciones que la actividad individual requiere. Por ejemplo: si la actividad conjunta es la regla general, ¿cuándo se puede actuar individualmente? ¿Siempre? ¡Pues, adiós mi regla general! ¿Sólo en los supuestos que taxativamente el Código prevé? Entonces la actividad individual no es de libre elección, sino circunscrita a los casos expresamente admitidos. La Dirección no contesta a estas preguntas (más bien parece no querer contestar), y mientras no lo haga, mientras no aborde la cuestión desde la causa (actividad conjunta o individual), determinando si es necesaria la actividad conjunta o si es válida, lícita y posible la actividad individual de los esposos, de poco servirá centrar el tema en las consecuencias (la demanda conjunta o individual), ya que la *válida actividad de uno o de los dos esposos*, es la que determina la necesidad de una demanda individual o conjunta, y no al revés.

**Cuando la Ley establece —sigue diciendo la Dirección— que uno de los cónyuges como órgano social pueda obligar los bienes gananciales, hay que entender este *mandato legal* hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes: los gananciales.**

Esta declaración estaba prevista. En la distancia mínima que va desde los Considerandos 3.º y 4.º de esta misma Resolución al Considerando 8.º que comentamos, la Dirección ha convertido la norma excepcional en general y mantiene que cuando el cónyuge como órgano social puede obligar a los gananciales, lo hace hasta sus últimas consecuencias. Muy bien, pero ¿cuándo puede individualmente obligar a los gananciales? ¿Siempre?, más que dudoso resulta eso; por ello, la norma que permite la actividad aislada de uno de los cónyuges, ¿puede ser considerada como un *mandato legal* o como una *permisión excepcional*?, más bien esto último que lo primero.

**Y sigue diciendo la Dirección: “... Sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos...”.**

Pero reflexionemos, aunque sólo sea un poquito: ¿Pudo el cónyuge actuar aisladamente o, dado que ni asumía la deuda personalmente ni invocaba una norma excepcional de poder individual, estaba obligado a actuar conjuntamente? ¿Pudo el tercero-acreedor, sin más, contratar con uno solo de los cónyuges o debió exigir la concurrencia de ambos para —cuando menos— no ser tachado de negligente o acusado de provocar su propia indefensión?

Estas y otras preguntas quedan sin respuesta y todo por ese retorcimiento de argumentos que hace la Dirección. La impresión que causa este octavo Considerando es que toda la fuerza argumental se centra en la demanda y no en la actividad de los cónyuges. ¿Cómo se va a demandar conjuntamente a ambos cónyuges si sólo se contrató con uno —se viene a decir—? Y lo que en realidad debería ser planteado es esto otro:

— ¿Cómo no se va a exigir la demanda conjunta si no era válida la actividad individual por no haberse concretado a uno de los supuestos taxativamente marcado por el Código?; o bien,

— ¿Por qué no se va a admitir la demanda individual si era válida la actividad aislada de uno de los cónyuges?

La cosa es diferente, creemos.

C) *La frustración: sólo eran lentejas (apoteosis final de la Resolución)*

9.º “Considerando, por último, que en una sociedad tan singular como es la de gananciales, en que históricamente ha correspondido sólo al marido la facultad de obligarla dado su carácter de administrador único, lo que se traducía en que igualmente era sólo a él a quien se podría demandar caso de que hubiera incumplido la obligación contraída, situa-

**ción que ha seguido manteniéndose tras la reforma de 1.958 del Código Civil, si bien con el añadido de ser necesaria la notificación de la demanda a la mujer, según reiterada jurisprudencia ... y este mismo criterio permanece después de la nueva regulación introducida por el Código Civil en donde en base al principio constitucional de igualdad se han extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido.”**

**10.º “Considerando que en el supuesto concreto de este expediente de los antecedentes tenidos a examen por el Registrador, aparece que la obligación no fue contraída conjuntamente por los dos esposos, y aunque no resulta con claridad en cuál de los otros dos supuestos puede incluirse, dado que en ambos se hace necesaria la notificación al cónyuge no deudor, y tal notificación ha tenido lugar según consta en el mandamiento calificado, no hay obstáculo que impida la práctica de la anotación de embargo solicitada.”**

He aquí lo que nos sugieren estas frustrantes lentejas:

1. Lo que el Código Civil no dice.

Para abrir boca, se nos cuenta que la de gananciales es una sociedad tan singular que, históricamente, sólo el marido correspondía la facultad de obligarla y, por tanto, sólo a él se podía demandar caso de incumplimiento de la obligación y que esta situación se mantuvo (aunque con la obligación de dar traslado de la demanda a la mujer) y se sigue manteniendo, ahora, después de la reforma de 1981, si bien, la posibilidad de obligar aisladamente a la sociedad corresponde, no sólo al marido, sino, por igual, al marido y a la mujer, en virtud del principio de igualdad reconocido constitucionalmente.

O sea, que después de tantas reformas, de tanta exigencia de actividad conjunta para ambos cónyuges, de tanta afirmación de que “sólo en determinados casos pueden los cónyuges actuar aisladamente” (ver Considerandos 3.º y 4.º), ahora resulta que todo sigue igual y que lo único que ha cambiado es la posibilidad de que sea también la mujer la que actúe individualmente. Se nos dice, pues, y ya sin tapujos, que poco importa que el Código Civil imponga como regla general la actuación conjunta de ambos cónyuges; lo que vale, al parecer, es esto: los cónyuges, como potestad de cada uno de ellos, pueden ejercitar la actividad individual sin distinguos de reglas generales o excepciones.

2. El conservadurismo de la Dirección. ¿Se siente marido añorante?

Y para terminar, el Centro Directivo nos hace estas revelaciones:

1.<sup>a</sup> Que en el caso debatido, parece que la obligación no fue contraída conjuntamente (¡Sí, señor! Una estupenda y muy necesaria revelación).

2.<sup>a</sup> Que habiéndose contraído aisladamente, no resulta claro si la actividad individual fue asumiendo personalmente la deuda (art. 1.373 del Código Civil), o ejercitando algún poder individual de los reconocidos por el Código, pero que da igual porque como en ambos casos se exige dar traslado de la demanda al otro cónyuge y, en el supuesto que la Resolución contempla, se ha cumplido con ese trámite, la demanda está bien formulada y la denegación de la anotación mal denegada.

Yo creo —y perdónese me el atrevimiento— que la Dirección podía haberse preguntado:

— Si la obligación no fue contraída conjuntamente, ¿debieron los cónyuges haber actuado de consuno, como es la regla general?

— Si actuaron aisladamente (fue, en realidad, el marido el actuante), ¿asumieron personalmente la deuda y se persiguieron bienes del deudor conforme obliga el artículo 1.373 del Código Civil, o invocaron justamente alguna de las excepcionales reglas que permiten ejercitar esos poderes individuales?

— ¿No será conveniente —necesario, mejor— comprobar si esa actividad individual fue legal? Lo curioso es que de los hechos de la Resolución que comentamos resultaba un indicio de legalidad (el marido era comerciante y ejercía el comercio sin oposición de su mujer —supuesto contemplado en el artículo 1.365 del Código Civil como poder individual ejercitable por cualquiera de los cónyuges), y, sin embargo, el Centro Directivo, no sólo no hace hincapié en él, sino que ni siquiera se fija en su existencia. ¿No podrá ser esto una razón para entender que todo argumento que vaya más allá de la “armonía debida entre actividad y demanda”, con independencia de que la actividad haya sido la correcta, interesa muy poco en las alturas?

### CAPÍTULO TERCERO.—LA PÚBLICA OPINIÓN

Pocas veces se habrá dado en la historia de la ciencia jurídica una tan rara y aplastante coincidencia de opiniones como la que se ha producido en torno a la interpretación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario después de su reforma de 1982. Pero esas masivas opiniones que eligieron un mismo criterio en un camino de ida, cambiaron de idea, también masivamente, en un camino de vuelta y, así, lo que un día fue un mayoritario “no”, se convirtió al día siguiente en mayoritario “sí”, sin que entre el “no” y el “sí” hubiese mediado otra circunstancia que una declaración

del Centro Directivo de los Registros y del Notariado, no profunda ni congruente, pero que, sin embargo, tuvo la virtud de saber liberar de preocupaciones a los opinantes, permitiéndoles cambiar radicalmente de idea y tornar al punto de partida sin grandes remordimientos de conciencia.

Con la reforma del Código Civil en 1981 y la posterior del Reglamento en 1982, hay un movimiento de ida, casi unánime, en pos de un cambio o acatando recelosamente el cambio; y con la Resolución de 28 de marzo de 1983, cuya doctrina es muy poquita cosa, se inicia en forma de *avulsio* el camino de vuelta, tan mayoritario como fue el de ida.

#### A) *Algo sobre el camino de ida*

Antes de que la Dirección General se pronunciase en torno a la reforma del artículo 144 en su famosa Resolución del 28 de marzo de 1983, pocos juristas habrían osado admitir la anotación de un embargo sobre bienes gananciales en el que la demanda se hubiese dirigido contra uno solo de los cónyuges sin haberse acreditado el ejercicio excepcional de un poder individual, o la asunción como propia, de la deuda contraída.

Por aquel entonces, el Centro de Estudios Hipotecarios del territorio de Burgos, recogiendo las opiniones de los Registradores que dentro de él se integraban, dio por sentado el cambio operado en el Código Civil y el que, como consecuencia, había tenido lugar en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Unos, miraban esperanzados la realidad cambiante considerándola como paso importante para conseguir, en beneficio de la mujer, la categoría de ciudadana de primera clase que es, en realidad, el puesto que le corresponde en la sociedad y en la familia al lado del hombre y del marido; otros, con recelo, acataban el cambio que se estaba operando y, todos, sin excepción, reconocían que las transformaciones en el sistema económico matrimonial habían sido tan profundas, que al marido se le estaban poniendo las cosas “muy crudas” en cuanto al poder omnímodo que tradicionalmente se le venía atribuyendo en la familia; que la igualdad ante la Ley de marido y mujer iba a ser un hecho y que en materia de gestión y disposición de gananciales, se llegaba a imponer la regla general de la actividad conjunta de los esposos.

Algunos nos lo creímos y dentro de ese grupo de “creyentes” cabe destacar al que fue Registrador de la Propiedad número 5 de los de Madrid, cuya negativa a practicar una anotación de embargo, motivó la mentada Resolución de 28 de marzo de 1983 (5).

---

(5) Fue publicada en el *BOE* del día 10 de mayo de 1983.

Por su interés y porque fue el pionero que llevó sus opiniones hasta el final, merece la pena recoger aquí, siquiera sea en extracto, los argumentos que ante la Audiencia y ante la Dirección, esgrimió para defender su nota calificadora:

1. *Antes de la Ley de 24 de abril de 1958.*

Correspondía al marido, exclusivamente, la administración y disposición de los bienes gananciales; por eso, el Reglamento Hipotecario no exigía la intervención ni la citación de la mujer en los procedimientos seguidos contra los gananciales.

2. *Modificación del artículo 1.413 del Código Civil por la citada Ley de 1958.*

Modificado el precepto, la facultad dispositiva del marido sobre bienes inmuebles gananciales o establecimientos mercantiles de igual carácter, quedó limitada exigiéndose el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial. En consecuencia, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario tuvo que ser modificado y lo fue —por Decreto de 18 de marzo de 1959— para atemperarse a las nuevas limitaciones del marido, exigiéndose, desde entonces, que la demanda fuese dirigida contra ambos cónyuges, cuando hubiesen de embargarse bienes gananciales.

3. *Suavización del artículo 144 del Reglamento.*

Como el marido continuaba siendo el único representante de la sociedad de gananciales y ostentaba también la representación legal de la esposa, y dado que, además, la mujer no podía comparecer en juicio sin licencia marital ni su consentimiento podía ser suplido por autorización judicial, la jurisprudencia acabó configurando dicho consentimiento *uxoris* como un asentimiento a la disposición del marido y de ahí que se suavizara la exigencia del artículo 144 del Reglamento en el sentido de que bastaba la notificación de la demanda a la esposa.

4. *Las reformas de 1975 y 1981.*

Tras las reformas de 2 de mayo de 1975 y de 13 de mayo de 1981, se consagra la igualdad jurídica de los cónyuges y, por tanto, desaparece la licencia marital, la representación legal de la mujer por el marido y se establece un sistema de administración y disposición conjunta de los bienes comunes en defecto de pacto capitular contrario, y todo ello hace que desaparezca la anterior distinción jurisprudencial entre el consentimiento y asentimiento y, por tanto, ya no tiene sentido la atenuación del requisito reglamentario de dirigir la demanda contra ambos esposos.

B) *Algo sobre el camino de vuelta*

A partir del momento mismo en que la Dirección con su Resolución de 1983, ofertó sus “rebajas de primavera”, las opiniones coincidentes cambiaron de signo: no sé si fue porque los mayoritarios “noes”, al comenzar

a hurgar en la doctrina deshilvanada de la Dirección intentaron dotarla de hilación y profundidad y se convirtieron en “sies”, o porque los “noes” fueron acallados y surgió, como por generación espontánea, la bandada arrolladora de opiniones contrarias. El caso es que lo que ayer fue “no” abrumador, resulta hoy un “sí” tan abrumador como el “no” anterior.

Y, como antes se dijo, entre una mayoría y otra sólo ha mediado una declaración de la Dirección General de los Registros confusa, deslabazada y contradictoria. En pos de ella, el cambio radical de opinión se produjo a la voz de “ar”. Pero lo curioso es que esas opiniones que ahora se mantienen en un mayoritario “sí”, para abandonar el “no” y acogerse al “sí”, no han hecho más que tomar los resultados finales de la Resolución de 1983 y sin desarrollar ni —a mi entender— compartir los argumentos de la Dirección, han elaborado otra doctrina que partiendo de argumentaciones propias más congruentes, si se quiere, llegan a los mismos resultados que el Centro Directivo. Junto al reconocimiento de que esas opiniones doctrinales surgidas después de la citada Resolución, pueden representar un trabajo más serio, vaya por delante que no estoy de acuerdo ni con sus planteamientos ni con sus consecuencias. Pero lo cortés que no quite lo valiente. De todo ello tendremos ocasión de ocuparnos dentro de unos instantes.

En el entreacto y para que sirva de descanso, quiero exteriorizar un desasosiego: si Julio Camba, en cierta ocasión, mostró inquietud cuando sospechó que el ajo y la Iglesia Católica (ésta última con los ayunos y abstinencias y aquél con el olor que todo lo disfraza) estaban condicionando toda ideología gastronómica (6), yo, ahora, me desazono pensando si la Dirección General de los Registros, no estará condicionado el espíritu crítico de la ciencia jurídica, en aras de un mal entendido acatamiento. Yo admito —y no puede ser de otro modo— el acatamiento de los Registradores de la Propiedad a las directrices concretas del Centro Directivo por cuanto, entre otras cosas, suponen los requisitos necesarios para mantener la unidad de criterio en la registración, pero de eso a que haya de decirse amén a todo lo que la Dirección resuelva sin osar hacer la más leve crítica, va un abismo.

Verdaderamente es digno, equitativo y saludable que nos critiquemos los unos a los otros y que, en virtud de esa crítica y con conocimiento de causa, nos adhiramos a una opinión o formemos nosotros la nuestra; pero que mil señores digan hoy que “sí” cuando el día anterior estaban

---

(6) Siempre me causó estupor que en los días de abstinencia fuese pecado comer el más mísero filete de ternera y no fuese pecado —ni siquiera venial—, comer langosta o bogavante, centollos o nécoras, percebes u ostras. Yo también, como Camba, en otros tiempos, fui contrario al ajo por entender que su sabor y olor se imponían al sabor y olor de la vianda condimentada. Pero un día probé la tortilla de ajetes y cambié de opinión.

diciendo “no” y que esa variación fuera motivada por el hecho de que una Resolución se haya manifestado en un sentido determinado y no porque los mil señores estén convencidos del cambio, es algo que no me gusta, que me desazona y me desasosiega.

1. “... Y en esto llegó Miguel...”

Llegó MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y, con él, ANTONIO MANZANO SOLANO (7), y, colocándose ambos el turbante, elaboraron la doctrina que resumimos aquí (8):

1.a) El inicio de unos argumentos.

**“El matrimonio no limita la capacidad, por lo que cualquier cónyuge puede contraer obligaciones...”**

**(De esta guisa inician sus opiniones.)**

Pongamos en entredicho esas “no limitaciones” y esas “amplias facultades para contratar” que con tanta rotundidad se proclaman y no olvidemos que todo estado civil —y el de casado lo es— se desenvuelve dentro de un ámbito de facultades y de constricciones. Si no se quiere hablar de limitaciones hálbase, al menos, de trabas que constriñen a los que se encuentran dentro de ese estado civil. Ciertamente, los que han contraído matrimonio, tienen capacidad jurídica para contraerlo y, por eso, lo contrajeron; nadie lo duda. Pero tampoco duda nadie que habiendo ejercitado esa facultad no pueden volver a ejercitarla, a menos que se anule o resuelva su matrimonio. Y esas trabas o constricciones se manifiestan también en otras esferas: la donación de bienes gananciales exige el consentimiento de ambos cónyuges, so pena de nulidad; la enajenación de la vivienda habitual, aun cuando fuere privativa de uno solo de los cónyuges, requiere el consentimiento de los dos, etc.

Reconozcamos, pues, que el estado civil de casado, como cualquier

---

(7) MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO, dos magníficos Registradores de la Propiedad, dos pensadores profundos, dos andaluces de pro, dos moros cristianizados (sin harén, pues) y, sobre todo, dos amigos entrañables .. con los que —mire usted qué cosas— no estoy de acuerdo en cuestiones feministas (reglamentariamente hablando).

(8) JUAN PABLO RUANO BORRELLA, al comentar la Resolución de la Dirección General de Registradores de 27 de mayo de 1986, hace un resumen del trabajo que sobre esta materia publicaron MIGUEL y ANTONIO en el libro homenaje a TIRSO CARRETERO. El extracto que traemos a estas páginas lo hemos sacado de ese resumen. Por cierto, que la Resolución de 1986 que se comenta es la que utiliza el Centro Directivo para —al rechazar mi nota calificadora— proclamar, de una vez por todas y a los cuatro vientos, que ya no me quiere como me quería antes.

otro estado civil, tiene su capacidad concreta que queda limitada, por un lado, por las facultades que se atribuyen y, por otro, por las trabas que constriñen. En consecuencia, aseverar con axiomática solemnidad que el matrimonio no limita la capacidad queriendo dar la expresión una amplitud equivalente a la de que todo sigue igual que antes de las justas nupcias, es un contrasentido; hay cosas que, estando casado, no se pueden hacer y otras que se deben hacer y, no precisamente, de forma aislada, sino conjuntamente.

MANUEL DE LA CÁMARA (9) mantiene también postura análoga a la de MIGUEL Y ANTONIO, pero yo diría —y pido perdón de antemano— que lo hace con mayor seriedad. DE LA CÁMARA dice así:

**“La sociedad de gananciales no se interfiere... en la capacidad de cada cónyuge para celebrar aisladamente toda clase de contratos; lo que antecede es que cuando esos contratos afectan a los bienes gananciales es menester contar con el consentimiento del otro cónyuge o con autorización judicial, salvo en los casos exceptuados.”**

Esta última declaración es más completa y, de ella se infiere, que no es bueno y sin más, afirmar que cualquier cónyuge puede contraer las obligaciones que quiera. Antes bien, su actividad se delimita en este doble contenido:

— aun cuando esté casado, tratándose de sus bienes propios, puede celebrar todos los contratos que quiera y obligar dichos bienes sin contar con el otro cónyuge para nada por la sencilla razón de que el matrimonio no le limita la capacidad; pero

— por estar casado, al relacionarse con otros bienes comunes (suyos y del otro cónyuge), o “de la parte contraria”, ya no puede hacer lo que le venga en gana, sino que, por lo pronto, ha de someterse a las disposiciones del Código Civil que exigen, como regla general, contar con el consentimiento del otro, salvo excepciones.

1.b) ¿La responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil podría convertirse en una universal irresponsabilidad?

(... Y ANTONIO y MIGUEL siguen diciendo):

**“... Independientemente de ello, cuando un cónyuge contrae obligaciones le es aplicable plenamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil, sin que haya ningún precepto que excluya de dicha responsabilidad a los bienes gananciales.”**

---

(9) En *Anuario de Derecho Civil*.

Nadie pone en tela de juicio esta verdad del mundo de las obligaciones: cuando un ciudadano contrae una obligación, todos sus bienes responden del cumplimiento de dicha obligación; el problema radica en determinar si el ciudadano en cuestión puede contraer una obligación sobre bienes que no son suyos (o cuya propiedad es compartida), cuando actúa de una forma no reconocida o no permitida por las leyes.

Si se admitiese dicha hipótesis, la responsabilidad universal podría convertirse en algo no deseable, por ejemplo, en un resultado que beneficiaría a un irresponsable (entendido este término en el sentido más peyorativo). Por eso, a mi modo de ver, en la argumentación que hacen estos dos compañeros Registradores, hay un defecto de enfoque: una cosa es que del cumplimiento de sus obligaciones *válidamente contraídas*, responda el deudor con todos *sus bienes* presentes y futuros y, otra, muy diferente, que los *bienes gananciales* (que no son exclusivamente propios, sino comunes) hayan de responder en todo caso por *actividades aisladas del marido o de la mujer*, cuando estas actividades pueden no estar reconocidas como válidas por el Código Civil.

¿Por qué un señor, o señora, a quienes para un caso dado no se les ha reconocido la facultad de actuar aisladamente pueden responsabilizar con su actuación bienes que no son exclusivamente suyos? Primero —y por medio de las leyes— deberán haber conseguido la posibilidad de actuar; luego, se podrá hablar de responsabilidades.

La doctrina del Código Civil que se desprende después de su reforma y que yo creo debería ser aplicada en toda su extensión y con toda su intensidad, porque para eso ha sido puesta ahí, es ésta:

— Si los dos cónyuges, siguiendo la regla general establecida, se obligan conjuntamente, de su obligación válida responden directa y primariamente los bienes gananciales (art. 1.367).

— Si uno de los cónyuges actúa aisladamente y contrae una obligación, no hay duda de que sus propios bienes responden, pero para que respondan los bienes gananciales, es necesario que se dé alguno de estos dos supuestos:

- o que la deuda, además, sea de la sociedad de gananciales (casos, por ejemplo, de los arts. 1.319 y 1.365, entre otros), en cuyo caso se da una responsabilidad solidaria de los gananciales (art. 1.369);
- o que la deuda sea asumida como propia por el cónyuge actuante (caso, por ejemplo, del art. 1.373), en cuyo supuesto la responsabilidad recaerá primariamente sobre los bienes propios del deudor y sólo cuando no existiesen esos bienes o fuesen insuficientes, responderán los gananciales. Incluso en este último caso, el cónyuge no

deudor puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal y librar de responsabilidad los bienes que, por razón de dicha liquidación, le correspondiesen.

### 1.c) Exaltación del liberalismo

(Y los dos Registradores, cuyos argumentos comentamos, siguen diciendo así):

**“... La protección que merece el cónyuge no deudor está resuelta por el artículo 1.373 del Código Civil, según el cual basta la notificación al otro cónyuge, y así lo recoge el párrafo segundo del punto 1) del artículo 144 del Reglamento Hipotecario.”**

Es una actitud muy liberal enfocar los derechos y las protecciones desde un ángulo puramente económico, como si la existencia de otros derechos no valubles en dinero careciese de importancia.

Lo malo de esa actitud, que por su frecuencia se hace manía ideológica, es que toda una serie de derechos y de garantías no convertibles en pesetas, dólares o libras, van quedando relegados a un lugar secundario dentro de los textos constitucionales, llegando a transformarse en principios programáticos abstractos sin eficacia concreta para los ciudadanos.

Por lo pronto, con la interpretación economicista que desde todos los ángulos se está dando a la reforma, se llegará a desconectar de la Constitución a nuestras leyes reformadas. Me temo que esa desconexión ya se está produciendo y se va olvidando, por tanto, o se quiere olvidar, que la reforma del Código Civil no tuvo como contenido único —y menos aún fundamental— el deseo de brindar protecciones económicas al cónyuge no deudor (que, generalmente, es la mujer), sino el de conseguir la igualdad jurídica del marido y de la mujer dentro del matrimonio, elevando la condición de la mujer y limitando el poder del marido; que de ese doble juego surjan protecciones numerarias, no es más que una simple consecuencia de la reforma y no, por cierto, la más importante.

Con esa idea liberal que todo lo reduce al puro mercantilismo de **valorar y proteger derechos y situaciones por su convertibilidad en moneda contante y sonante**, todo se relativiza (10).

---

(10) Fue, tal vez, ese relativismo el que indujo a la Iglesia a condenar el liberalismo. “¿Qué es el liberalismo?” —preguntaba el *Ripalda*, catecismo que en el año 1939 hube de estudiar—, y se contestaba escuetamente: “Una herejía condenada por la Iglesia”. Y tras esta breve y “clara” definición llegaban las preguntas concretas: “¿Qué pecado cometen los que leen periódicos liberales?”. Respuesta: “Generalmente, pecado grave”. “¿No se puede leer ningún periódico liberal?”. Respuesta: “Sólo los anuncios y las cotizaciones de Bolsa”. Así, con este detalle y estos argumentos quedaba condenado el liberalismo y, que yo sepa, no se ha dado marcha atrás, de forma expresa, por las autoridades eclesíásticas.

De todo lo comentado anteriormente, se nos ocurre una escueta objeción: el cónyuge no deudor no sólo merece una protección económica, como es la del artículo 1.373 (a la que aluden nuestros dos amigos Registradores), sino otras protecciones más importantes (igualdad ante la ley, garantías constitucionales, interdicciones de indefensión, etc.). Precisamente, si las leyes sustantivas como el Código Civil, se han reformado, ha sido por imperativo de la Constitución y para que las garantías constitucionales tengan aplicación efectiva; el hecho de que de esos supra-derechos surjan consecuencias económicas, no es más que un simple efecto secundario del nuevo derecho reconocido y de su protección.

Esa exaltación del economicismo que viene a reducir la reforma a contenidos monetarios y responsabilidades pecunarias se llevará a cabo (se está llevando ya, aunque algunos lo hagan impensadamente) de una manera fácil, y yo añadiría que tradicional:

1.º Se comienza atacando por sus dos flancos a las normas adjetivas reformadas (en este caso, por ejemplo, y por lo que pudiera tener de trascendental, se está atacando al artículo 144 del Reglamento Hipotecario):

— en primer lugar, intentando configurar como norma autónoma a la norma adjetiva, como si fuese independiente de la sustantiva que le dio vida, y

— en segundo lugar, tachándola de desafortunada, se consideran como erróneas las protecciones que brinda —de las que sólo se destacan las económicas—, y, a la postre, se llega a estimar que deben desaparecer tales protecciones, pues en el Código Civil ya se reflejan con mayor exactitud.

2.º Con este primer envite se desconecta a la norma sustantiva de su disposición adjetiva y, al final, aquélla deja de tener sentido, excepto en los ramalazos económicos que son los considerados como importantes.

Por otro lado, se procura hablar lo menos posible del otro aspecto trascendente de la reforma (la igualdad ante la ley, la indiscriminación de los sexos, el derecho a la defensa, las libertades...), causa y fundamento de la transformación y, así sin derogaciones pero con desuso; sin olvidos pero con abandonos, la norma sustantiva que nació para otra cosa, queda en los Códigos como un conjunto de disposiciones que protegen o responsabilizan económicamente, es decir, como un simple reflejo de lo que debió ser.

3.º Ya no se necesita hacer más: las garantías constitucionales quedan aisladas sin normas que las desarrollen (aunque estuvieren promulgadas) y, en consecuencia, como unos derechos abstractos colgados en las paredes del edificio constitucional, sin eficacia concreta para el ciudadano. Meras palabras, bellos programas. Pura farfolla, humo...

## 1.d) El antes y el después

(... Y los dos amigos del turbante continúan):

**“... Antes de la reforma del Código Civil, en 1981, también se exigía la intervención de ambos cónyuges para la enajenación de inmuebles y bastaba la notificación a la esposa para que el Juez supliera su consentimiento llegado el momento de la enajenación forzosa, por lo que ahora, debería pasar lo mismo.”**

La verdad es que no sé por qué debería pasar lo mismo:

— Antes de la reforma de 1981, rigiendo el limitativo artículo 1.413 del Código Civil, el marido, para enajenar o gravar bienes gananciales, necesitaba el consentimiento de la mujer; de ahí que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario para anotar un embargo sobre gananciales, exigiese la demanda conjunta contra los cónyuges.

Pero teniendo en cuenta que, fuera de esta limitación, el marido seguía siendo el administrador de la sociedad conyugal; que la mujer necesitaba licencia del marido para actuar y que, por lo general, el marido era el señor y la mujer la sirvienta, se pensó que la disposición del artículo 144 resultaba demasiado fuerte para los débiles derechos que correspondían a la “dona”. Por eso, la Dirección General de los Registros dulcificó la norma del 144 convirtiendo lo que era demanda conjunta en simple notificación.

— En cambio, la reforma de 1981 tuvo mayor trascendencia:

- por un lado, tuvo su causa en la Constitución; de ahí la gran profundidad de las transformaciones efectuadas. Es la misma Dirección General, en la Resolución de 1983, la que reconoce que en materia de administración y gestión de gananciales el Código impone como regla general la actividad conjunta de ambos cónyuges y sólo para determinados casos, admite la actuación separada, y
- por otro lado, su consecuencia se halla el Reglamento Hipotecario (art. 144, entre otros). En este precepto no se hacen reformas sustanciales sino adjetivas dependientes de las que se han introducido en el Código Civil. La demanda conjunta que, como generalizada, exige el artículo 144, no supone exceso ni extralimitación, sino exactitud entre lo sustancial y lo adjetivo. El marido ya no es el señor omnipotente de otras épocas; la mujer no es el vasallo, pero no porque lo diga el artículo 144, sino porque lo dice el Código Civil.

Resulta un contrasentido, pues, que se atribuya iguales efectos al artículo 144 de hoy y al de hace unos años, del mismo modo que contrasentido

sería identificar la reforma del Código Civil por Ley de 1958 con la de 1981. Decir que lo que se venía haciendo antes de 1981 se puede seguir haciendo después es querer ignorar toda la reforma sustancial que se ha producido.

1.e) La línea de protección económica

(... Los dos compañeros mantienen su línea inicial):

**“... La protección del cónyuge no deudor puede ser ejercitada, además de lo dispuesto en el artículo 1.373, por el uso de los artículos 1.385 —defensa de los bienes comunes por vía de excepción—, 1.390 y 1.391 —responsabilidad del deudor frente al cónyuge no deudor por los años ocasionados, incluso, posibilidades de rescindir el acto fraudulento.**

Bien; se vuelve a enfocar la protección por el lado económico con olvido de otras protecciones más importantes que afectan a las garantías constitucionales y se señala la protección pecuniaria del cónyuge no deudor por medio de todos esos artículos del Código Civil, y preguntamos nosotros: ¿y por qué no, también, en virtud del artículo 144 del Reglamento Hipotecario? ¿A santo de qué se toman unos preceptos como medida protectora y se excluye a otro?

1.f) Y he aquí cómo terminan

**“... La protección del Registro de la Propiedad sólo juega plenamente frente al titular registral bastando para el no titular la simple notificación, al efecto de que ejercite los derechos de que se crea asistido.”**

A mi parecer, el planteamiento es erróneo:

Supongamos que unos cónyuges aparecen en el Registro como titulares dominicales de un inmueble en razón a que ambos lo adquirieron para su sociedad de gananciales; y supongamos, además, que uno de ellos, aisladamente y por invocación, por ejemplo, de alguna de las potestades individuales que el Código Civil reconoce contrae una obligación por sí solo de la que legal y lícitamente han de responder los gananciales, ¿cómo y contra quién ha de dirigirse la demanda de embargo caso de ser incumplida la obligación?:

— Según la tesis de nuestros compañeros, como el Registro sólo protege a los titulares y ambos lo son, la demanda deberá ser conjunta, no individual, sin que quepa la exclusión de ninguno de ellos ni siquiera mediante la simple notificación.

— Pero, en realidad, se equivocan (creo yo), pues habiéndose contraído la obligación individualmente invocando con plena validez una excepción, la demanda se debe dirigir contra el cónyuge deudor, notificándose al otro (así se desprende de los arts. 1.319, 1.365, 1.373, etc., del Código Civil, y art. 144 del Reglamento Hipotecario).

Algo falla en la argumentación de nuestros compañeros:

Supongamos, por el contrario, que el inmueble se halla inscrito a nombre de uno solo de los cónyuges, aunque con carácter presuntivamente ganancial:

— ¿Qué pasará si los cónyuges, conforme a lo que dispone el Código Civil como regla general, contraen la obligación conjuntamente, obligando, por tanto, a los gananciales? ¿Se dirigirá la demanda contra ambos o solamente contra el que aparezca como titular en el Registro? Si siguiésemos el consejo de nuestros amigos y optásemos por esto último, nos cargaríamos la Resolución de la Dirección de 1983 que exige armonía entre los que asumen la obligación y los que son demandados (cosa que, como resultado, no estaría mal, pero que no aconsejamos como procedimiento).

— ¿Y qué pasará si el cónyuge que no aparece como titular en el Registro —aunque presuntivamente lo sea— es el que contrae individualmente la obligación utilizando algunas de las normas excepcionales que le permiten hacerlo responsabilizando, con ello, a los gananciales? Según la tesis que comentamos, como el deudor no es titular expreso, la demanda para anotar el embargo no se debe dirigir contra él, sino contra el no deudor, que es el titular aparente.

... Y es que algo vuelve a fallar en sus argumentos.

Por eso, yo creo que el Código Civil y su norma adjetiva el Reglamento Hipotecario no están contemplando titulares registrales, sino bienes gananciales respecto a los cuales (y responsabilizándolos) se ha contraído una obligación válida dentro del esquema que en el régimen económico matrimonial ha quedado establecido en nuestras leyes: actividad conjunta, como regla general, o actividad individual, como excepción. Es decir, la demanda conjunta o individual está dependiendo, como consecuencia, de la actividad válida de los cónyuges, ya fuere conjunta o individual. Y no al revés (11).

---

(11) JUAN PABLO RUANO BORRELLA, con argumentos propios, sigue también los dictados de la Dirección y da la razón a MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA y ANTONIO MANZANO SOLANO.

## 2. Muchos corazones con freno y marcha atrás

Recordando a ENRIQUE JARDIEL PONCELA (12).

Son fisuras y casi por unanimidad, una vez que se frene la reforma sustantiva y se desconecte de su causa constitucional, vendrá la marcha atrás. No será imprescindible, ni siquiera necesario, que se utilice la norma contenida en el número 2 del artículo 2.º del Código Civil, en virtud de la cual “las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores”; bastará con quitar hierro a la reforma realizada en 1981 y 1982, interpretando torticeramente sus disposiciones para que el marido —que venía actuando aislada e impunemente de puertas a fuera de la familia— continúe con el mismo predominio y que la mujer —que, supeditada al marido, se “realizaba” dentro del hogar— siga en el mismo plano de inferioridad sin haber conseguido cercenar el dominio de aquél. Por lo pronto ya se habla y, y lo que es peor, se escribe que la Ley de 1981, modificadora del Código Civil, ha de producir los mismos efectos que la Ley de 1958 (que modificó el art. 1.413), en lo que se refiere a la anotación de embargo sobre bienes gananciales; y que la norma general imponiendo la actividad conjunta de los cónyuges en la administración y disposición de los gananciales, haya de convertirse en “potestad” utilizable por cualquiera de los dos esposos, convirtiendo en excepción lo que es regla general y en generalidad lo que son excepciones (Resolución de 1983). El primer paso está dado; dentro de poco se olvidará el entronque de estas normas con la Constitución y sin derogaciones expresas, si Dios no lo remedia, se volverá a la dominación del marido, al apartamiento de la mujer y, en definitiva, a la discriminación de los sexos. Ante este presagio, ¿habrá alguien que se rasgue las vestiduras?

Rásguense o no, permitidme que, a modo de anticipo de lo que se nos viene encima, traiga a colación una serie de escritos que, como exponentes de una realidad social que creímos superada, fueron leídos no ha mucho tiempo y que volverán a vivirse, escribirse y leerse si se llega a producir la involución en la interpretación y aplicación de la Constitución española y de las leyes que han intentado encauzarla por derroteros progresistas.

---

(12) ENRIQUE JARDIEL PONCELA, nacido en el “foro” fue el iniciador en España del humor disparatado y absurdo (que luego continuaron Mihura, Tono y Tip y Coll). Pasó de la novela al teatro y, dentro de éste, dejó una obra (no la mejor, ciertamente) titulada *Cuatro corazones con freno y marcha atrás*. He traído hasta estas páginas ese título aunque con la modificación de su parte inicial, porque, en materia de régimen económico matrimonial, la marcha atrás va a afectar a muchos corazones. ¡Qué desgracia la nuestra!

- 2.a) Sobre las posibilidades laborales de la mujer fuera de su hogar y su sindicación

Menester será entresacar estas perlas:

a) **“¿Hay carreras que pueden ejercerse sin perjuicio de la misión esencial de la mujer? Sí: la de Farmacia, Medicina de niños, Filosofía y Letras para archivera... Una joven, ¿puede ser doctora? Si lo es por necesidad, claro que puede ser; si lo es por ostentar un título, no es recomendable; si se casa, que el marido sea también doctor, para alternar con ella; si él no lo es, que ella no lo sea.”**

ÁNGEL AYALA. S. J.: *Obras completas*, tomo I, Madrid, 1947.

- b) Un himno enternecedor.

**“Las obreras madrileñas  
hemos de formar legión  
bajo el manto de María  
yendo de ella siempre en pos.  
Que ella sea nuestro ejemplo  
en las horas de aflicción.  
Y aunque mil lazos nos tienda  
este mundo seductor,  
de María, nuestra Madre,  
no desoigamos la voz.”**

Himno del Sindicato Femenino de Madrid (recogido en la *Revista Católica de las Cuestiones Sociales*, febrero 1914).

- c) La mujer metida en política. ¡Horror!

**“... Que el contacto con la política no os vaya a meter a vosotras en intrigas y habilidades impropias de las mujeres. Nosotras atendamos a lo nuestro y dejemos a los hombres, que son los llamados, para que resuelvan todas las complicaciones que lleva en sí el Gobierno de la Nación.”**

*Revista Medina*, 16 enero 1944 (recogida la cita en *Usos amorosos de la posguerra*, pág. 70, CARMEN MARTÍN GAITE).

- d) ¿Condenadas a coser a perpetuidad?

**“Amamos a la mujer que nos espera pasiva, dulce, detrás de una cortina, junto a sus labores y sus rezos. Tememos instintivamente su actividad, sea del tipo que sea.”**

*Revista Medina*. Editorial del 20 de marzo de 1941 (cita de CARMEN MARTÍN GAITE, *ob. cit.*).

2.b) Sobre la inferioridad y debilidad de las féminas se ha escrito mucho

Desde la calificación que hicieron los romanos como *imbelicitas sexus* hasta “seres necesitados de protección” con que hasta hace poco fueron distinguidas las mozas, ha pasado mucho tiempo, pero poco se ha evolucionado. Cada vez que se intentaba avanzar en derechos y libertades para la mujer, algo venía a paralizar el avance. Parecía que ahora se estaba poniendo la primera piedra para el reconocimiento de esos derechos, de esas libertades, pero mucho me temo que no. Bueno, pues, preparémonos a leer lo que en otros tiempos ya leímos:

a) A la mujer obrera hay que protegerla, mire.

**“La protección a la mujer obrera tiene que partir de los que se ven favorecidos por grandes bienes, heredados o adquiridos, y los que se distinguen por su superioridad intelectual.”**

(ELÍAS DE MOLINS *Los Sindicatos de mujeres.*)

b) La mentira.

**“Mentir es una cobardía. Por eso las mujeres, seres débiles, mienten más que los hombres.”**

(A. HEREDERO ANTOLÍN. *Lecturas educativas*, 1959, pág. 41.)

c) ¿Largos cabellos y corto cerebro?

**“Creada para la vida de familia, para una existencia aplicada a los detalles, la mujer ha recibido de Dios una inteligencia en relación con ese destino, por eso, física y fisiológicamente, el cerebro, instrumento del pensamiento, carece en la mujer de la fuerza necesaria para soportar una atención intensa y de duración. Nuestro corazón es más poderoso que nuestro cerebro, dijo una mujer muy inteligente.”**

(*Memorias de una desconocida*, Madame CAVAIGNAC.)

d) Parece que se confirma que la mujer no descubrió América.

**“Las mujeres nunca descubren nada: les falta desde luego el talento creador, reservado por Dios para inteligencias varoniles: nosotras no podemos hacer nada más que interpretar mejor o peor lo que los hombres han hecho.”**

(Primer Consejo Nacional del Servicio Español del Magisterio. Afrodisio Aguado, Madrid, febrero 1943, pág. 72. Cita de CARMEN MARTÍN GAITE, obra ya referida.)

e) La voluntad y la sabiduría son del hombre, pese a quien pese.

**“Tenemos que tener detrás de nosotras toda la fuerza y decisión del hombre para sentirnos más seguras, y a cambio de eso, nosotras les ofrecemos la abnegación de nuestros servicios y el no ser nunca motivo de discordia. El armonizar voluntades y el dejarse guiar por la voluntad más fuerte y la sabiduría del hombre.”**

(PILAR PRIMO DE RIVERA Discurso en el Monasterio de Guadalupe, 1944. Recogido en la Revista *Y*. Cita de CARMEN MARTÍN GAITE).

2.c) La mujer, supeditada al marido, que es lo que Dios manda

a) La obediencia.

La obediencia de la mujer al marido estaba sancionada por el artículo 57 del Código Civil. Nada de extraño es, por tanto, que las gentes dijese cosas tan profundas como éstas:

**“La mujer debe obedecer a su marido en todo lo que es justo y bueno. Esta grave obligación se la impone, ante todo, la soberana voluntad de Dios. El Salvador, al proclamar la santidad y la indisolubilidad del matrimonio, al elevarle a la dignidad de Sacramento, ha santificado la obediencia de la mujer.”**

(M. ROGHER, Gran Vicario: *La mujer razonable y cristiana*, página 207.)

b) La condescendencia.

**“Una mujer condescendiente se mostrará feliz en acompañar a su marido y aceptará lo que él prefiera.”**

(M. ROGHER, *ob. cit.*, pág. 206.)

c) La sumisión como halago.

**“No entendemos que la manera de respetar a la mujer consista en sustraerla a su magnífico destino... El hombre es torrencialmente egoísta; en cambio la mujer casi siempre acepta una vida de sumisión, de servicio, de ofrenda abnegada a una tarea.”**

(Revista *Medina*, 25 abril 1943.)

## 2.d) Algunas cosillas sobre la pureza

## a) El cuerpo del delito.

**“Exige un respeto absoluto para tu cuerpo... Es sagrado... No se puede tocar.”**

(ENCISO VIANA *La muchacha en el noviazgo*, Madrid, 1957, página 118.)

## b) El baile “agarrao”.

Previendo, tal vez, la faena que Marlon Brando iba a hacer algunos años después a muchos españoles desde Perpignan, con su *Ultimo tango en París*, alguien se anticipó y escribió lo siguiente:

**“Hay bailes para divertirse sin fornicar. Son el vals, la polka, la mazurka, el galop, el cotillón, etc. Y henos aquí ya metidos en el tango... Eso son parejas de hombres y mujeres cosidos de pecho y vientre, con la conciencia hecha jirones, embriagándose de lujuria por plazas y calles de día y de noche.”**

(P. JEREMÍAS DE LAS SAGRADAS ESPINAS, C. P.: *¿Grave inmoralidad del baile agarrao?* Estudio teológico, 1949.)

c) El *mens sana in corpore sano*, como una asechanza larvada de paganismo.

**“... El desenfreno deshonesto no necesita ciertamente de grandes estímulos para desarrollarse. Antes bien, se revela con pujanza en cualquier circunstancia favorable, pero en la juventud suele acrecentarse, so pretexto de lícitos ejercicios deportivos y gimnásticos, hasta enmascarar un neopaganismo de incalculables consecuencias.”**

(EIJO Y GARAY, Obispo de Madrid-Alcalá. Citado en *Ecclesia*, 15 diciembre 1941.)

Ese temor a que el ejercicio físico pudiese desembocar en un neopaganismo por excesivo culto al cuerpo, abrigado por las autoridades eclesiásticas, se tendía a mitigar considerando que la importancia decisiva que pudiera darse a la belleza del cuerpo “está salvada con una vigilancia constante sobre la indumentaria”. Y por lo que se refiere a la mujer, la indumentaria para el ejercicio físico, que llegó a configurarse como uniforme reglamentario de las muchachas de la Sección Femenina, consistió en una prenda horrible, mezcla de calzoncillo napoleónico y pantalón de jockey decimonónico, llamado “pololo”.

## 2.e) Sobre las reivindicaciones femeninas

Aun cuando el “derecho al voto” haya sido una de las reivindicaciones por las que la mujer haya puesto mayor empeño y que, en España, sólo consiguió a partir de 1933 (con la segunda República), no vamos a ocuparnos de las “sufragistas”, sino de unos cuantos escritos del Gran Vicario M. ROGHER recogidos en su ensayo *La mujer razonable y cristiana*, que alguien tradujo al castellano. Helos aquí:

## a) La emancipación de la mujer como lucha.

“... En estos últimos tiempos algunas mujeres desequilibradas, desearias de llamar la atención, de desempeñar algún papel en el mundo, se han impuesto la misión de predicar su emancipación, su igualdad por no decir su superioridad, con respecto al hombre. Por desgracia, las reclamaciones impías y revolucionarias y las extravagancias anticristianas mezcladas en sus discursos han dañado mucho a su causa. Mencionaremos en Francia el periódico ‘La Fronde’, dirigido por mujeres, y ¡qué mujeres!, con el más detestable espíritu impío y socialista.”

## b) Anhelos de igualdad.

“... La desigualdad de la mujer con el hombre es un hecho; la razón y la experiencia lo demuestra. Es el mismo Dios quien así lo ordena; Dios soberanamente sabio quiere y pone el orden en todas sus obras. Si ha creado varios seres para un mismo fin, les ha subordinado el uno al otro al formar una misma y única familia estableciendo al hombre como jefe de ella.” Así pues, “... en la familia, el hombre posee la iniciativa, el mando y la responsabilidad; él es quien educa, gobierna, protege y defiende. La mujer le completa y secunda en todas sus operaciones; además, ella endulza y embellece su existencia”.

## c) Imposible igualdad, desde el punto de vista físico.

“... La igualdad con el hombre tan soñada, ¿la encontrará la mujer en el dominio de la inteligencia? No por cierto; hay mujeres no solamente inteligentes, sino muy inteligentes; sin embargo, comparadas con el hombre en el dominio de las letras, de las ciencias y de las artes, ellas les serán siempre inferiores.”

## d) La igualdad es perjudicial para la mujer.

“... Una mujer que quiere igualar al hombre, no solamente no llega a realizar sus ambiciosos sueños, sino que pierde siempre alguna cosa de las ventajas tan preciosas en su sexo: su aire afecta una seguridad poco conciliadora con la modestia; su cara no tiene la misma distinción, los mismos encantos y seducción. Lo viril no conviene ni a sus rasgos que se

**afean, ni a su conversación ni a sus maneras. La mujer sabia, la mujer autora o artista, demuestra más pretensiones, toma un aire que hace de ella un ser aparte, llamada, en todas las lenguas, un nombre tan poco adulador como bien merecido."**

Y para terminar este epígrafe, exponemos a continuación dos florecillas encantadoras que, en más de una ocasión volveremos a leer con regustín y que están tomadas de *Usos amorosos de la posguerra*, de CARMEN MARTÍN GAITE.

**"... Leemos diferentes artículos, y una cosa queda clara en nuestro espíritu femenino: que, en resumidas cuentas, ¡por fin!, hay un Estado que se ocupa de realizar un sueño de tantas mujeres españolas: el ser amas de casa."**

(MARICHU DE LA MORA. "La ilusión de ser ama de casa", en *Y*, junio de 1943.)

**"... Nos asusta tanto para mujer propia la mujer que calla sin atreverse a formular controversia, como aquella otra que sabe tanto como nosotros y no nos mira con admiración cuando le explicamos un tema de mecánica o de geopolítica. Y, puestos a elegir, preferimos a aquella callada y silenciosa, que nos considera maestros de su vida y acepta el consejo y la lección con la humildad de quien se sabe inferior en talento."**

(JOSÉ JUANES. *Medina*, 9 mayo 1943.)

#### CAPÍTULO CUARTO.—... Y YO QUE, AUNQUE POCO, TAMBIÉN CUENTO

##### A) *Principio constitucional del que debo partir y del que parto. Su desarrollo posterior*

Tomando como punto de partida la igualdad ante la ley que establece el artículo 14 de la Constitución española, el artículo 32 del mismo Texto proclama que el "hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

Lógicamente, y tras esta declaración de nuestro Texto Fundamental, el Código Civil tuvo que adecuarse a ella y, aunque ese principio constitucional de igualdad tal vez pueda presentar en su desarrollo civilista puntos de expresión feliz junto a otros de cierta confusión (no en vano es materia que, aun cuando iniciada en 1958, podría ser considerada como nueva, dado su lento y tímido desarrollo), es lo cierto que su filosofía y su espíritu no se quiebran en ningún momento a lo largo del Código Civil; filosofía que ha consistido en la introducción, por fin, de algo insólito en las sociedades españolas: supresión, sin parches, de la eterna incapacidad de

la mujer, rechazo de su ancestral consideración de *imbecilitas sexus* y limitaciones contundentes al tradicional poder del marido casi omnímodo.

Consecuentemente, el Reglamento Hipotecario, norma adjetiva encargada de desarrollar aspectos de la publicidad formal, no pudo por menos que plegarse a las directrices sustantivas y cumplir con el principio constitucional de igualdad. De ahí nació la reforma del artículo 144.

Este principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Carta Magna, preconizado como presupuesto indispensable para el reconocimiento de otros derechos concretos, como es el de igualdad jurídica en el matrimonio, es el que preside la reforma del Código Civil de 1981 y su corolario del Reglamento Hipotecario (art. 144), pero no en el sentido unidireccional que le atribuyen la Resolución de 1983 y gran parte de la doctrina, sino en un doble sentido. Veamos:

— La Dirección General, en la mentada Resolución y en otras posteriores concordantes con ella, se esfuerza en demostrar que la igualdad jurídica de los cónyuges, conseguida a través de la Ley de 1981, consiste en lo siguiente: si antes de dicha Ley era el marido el único que podía actuar individualmente, es ahora, después de esa misma Ley, cuando tanto el marido como la mujer pueden actuar individualmente y de forma indistinta.

**La mentada Resolución de 28 de marzo de 1983 así lo reconoce en uno de sus últimos Considerandos: “En una sociedad tan singular como es la de gananciales, en que históricamente ha correspondido sólo al marido la facultad de obligarla dado su carácter de administrador único, lo que se traducía en que era sólo a él a quien se podía demandar, si bien con el añadido de ser necesaria la notificación de la demanda a la mujer (tras la reforma en 1958 del art. 1.413 del Código Civil), este mismo criterio permanece después de la nueva regualción introducida por el Código Civil en donde en base al principio constitucional de igualdad se ha extendido a los dos cónyuges las facultades que antes sólo ostentaba el marido”.**

— No se nos ocurrirá negar —y no lo haremos— que la indiscriminada facultad de actuar individualmente concedida a ambos cónyuges, existe en nuestras leyes tras la reforma de mayo de 1981; pero tampoco podemos silenciar que esa posibilidad de actuar es la excepción y, por ende, menos importante que la actividad conjunta de los esposos que es la regla general impuesta por el Código Civil.

**Y es que, a pesar de que en la repetida Resolución de 1983 se alude, en principio, a la actividad conjunta de los cónyuges concebida como regla general, y a la actividad individual, reconocida como excepción**

utilizable sólo para casos determinados, inmediatamente se olvida o se quiere olvidar el significado de la regla general y el de la excepción. A la regla general, la Dirección la llega a llamar “ejercicio por ambos cónyuges de la *facultad compartida*”; y preguntamos: ¿cuándo se va a disponer de un bien ganancial los cónyuges tienen *facultad* para actuar conjuntamente o, más bien, tienen obligación? Y a la excepción la viene a convertir en regla general como hemos tenido ocasión de señalar. A nuestro entender, el legislador ha comprendido que para lograr una mejora en la posición de la mujer dentro de la familia, no tanto se debe acudir a empujarla hacia posiciones que antes eran de posesión y disfrute exclusivos del marido (actividades individuales o en solitario) y que, ahora, tras la reforma, podrán ser realizadas indistintamente por el marido o por la mujer, sino, lo que es más importante, a rebajar los privilegios del marido impidiéndole en la gestión y disposición de gananciales la actuación individual y obligándole, por el contrario, a actuar conjuntamente con su mujer.

Así pues, la igualdad proclamada por la Constitución y recogida en el Código Civil se manifiesta en este último texto no en una dirección, sino en dos: en las actuaciones conjuntas de los cónyuges (en donde la participación de la mujer merma el privilegio del hombre) y en las actividades individuales (con igualdad de oportunidades para uno y otro cónyuge), intentándose acabar, al menos en el plano legal, con el predominio del marido. Pero bajo ese principio de igualdad subyace una directriz: la actuación conjunta de los cónyuges se impone como regla de aplicación general y como norma básica para lograr la unidad de dirección en el matrimonio. En cambio, la actividad individual se subordina a aquella otra y se permite como excepción y para casos específicamente determinados (13).

Consecuentemente:

A) *La regla general*, o de actuación conjunta, tiene como principios básicos los artículos 1.375 y 1.367 del Código Civil; uno —el primero—, para fijar los supuestos de la conjunción de voluntades y, otro —el segundo—, para determinar la responsabilidad por los actos conjuntos.

**Art. 1.375.** “En defecto de pacto en capitulaciones matrimoniales, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.”

**Art. 1.367.** “Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.”

---

(13) Ver Considerandos 2.º a 4.º de la Resolución de 28 de marzo de 1983 de la Dirección General de los Registros.

A la vista de estos dos preceptos puede sustentarse la siguiente doctrina:

a) *Supuestos de actuación conjunta.*

1. Quedan, *por definición*, sometidos a la conjunción de voluntades:

— Los actos de gestión y disposición que tengan por objeto los bienes gananciales (art. 1.375).

— Dicha conjunción se *presume* como obligatoria, a menos que, mediante pacto en capitulaciones matrimoniales, fuere excluida expresamente (art. 1.375).

— La actividad conjunta puede manifestarse o mediante la *actuación simultánea* de ambos cónyuges (codisposición o cogestión) o mediante *consentimiento expreso* que uno de los cónyuges prestare a lo hecho por el otro. Excepcionalmente el consentimiento del cónyuge puede sustituirse por la *autorización judicial* expresa y concreta (art. 1.367) (14).

Lógicamente no caben dentro de los *supuestos definitivos de la actividad conjunta*:

— Ni los actos de *administración* sobre gananciales a que aluden los artículos 1.384 del Código Civil y 94.2 del Reglamento Hipotecario.

— Ni los actos de gestión o disposición sobre bienes propios no gananciales.

No obstante conviene hacer una pequeña “paradina” sobre algún que otro aspecto de los supuestos que acaban de enunciarse:

*Actos de administración:*

**Art. 1.348.** “Serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren...”

**R.R.: Art. 94.2.** “Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral” (15).

(14) Entendemos que, tal como viene redactado el art. 1.367, la formulación de la intervención conjunta difiere de aquella otra que preconizaba el art. 1.413 del mismo Código. Así:

— Cuando regía el derogado art. 1.413, el marido era el que disponía u obligaba, aun cuando en el documento comparecieran ambos cónyuges, lo único que hacía la mujer era *asentir*, tanto si su consentimiento lo manifestaba junto con el marido, como si lo prestaba *a posteriori*.

— Con las nuevas disposiciones el consentimiento exigido es de cogestión o codisposición, ya sea expresado simultáneamente o de forma separada.

(15) Las fincas a las que se refiere el art. 94.2 del Reglamento Hipotecario son las llamadas “presuntivamente gananciales”, es decir, las que se han adquirido por uno solo de los cónyuges, sin expresar que se adquieren para la sociedad de gananciales.

El fundamento del precepto reglamentario se encuentra en el artículo 1.348 Código Civil, sobre la base de considerar como actos de administración a todos esos actos que el 94.2 enumera.

*Los negocios jurídicos de individualización*, dentro de cuya rúbrica pueden encuadrarse las declaraciones de obra nueva, agrupaciones, segregaciones, agregaciones, divisiones y constitución de propiedad horizontal, han tenido siempre una naturaleza jurídica poco definida, doctrinalmente hablando: simples hechos jurídicos que sólo exigían capacidad de administrar, actos de riguroso dominio, actos de disposición que no implicaba enajenación ni, por tanto, sería exigible capacidad para transmitir, o negocios jurídicos de individualización del objeto a través de los cuales se alteraba su contenido, se reducía su número (agrupación), o se multiplicaba (segregación o división). De cualquier modo, si el artículo 94.2 del Reglamento Hipotecario tiene por objeto desarrollar el artículo 1.384 del Código Civil enumerando los actos que podrían ser considerados como de administración, tal vez el precepto reglamentario haya ido demasiado lejos, porque:

¿Es que una agregación, segregación o división, que puede dejar a una finca sometida a las normas de unidades mínimas de cultivo o tan escasa de superficie que limite su futura transmisión por causa de algún retracto legal, no supone una alteración sustancial que represente algo más gordo que un simple acto de administración?

¿Es que una propiedad horizontal no lleva consigo un estatuto del dominio del inmueble que provoca en los pisos y locales resultantes, toda una serie de limitaciones recíprocas y que, en aras de una mejor convivencia, su alteración se somete a un régimen de mayorías e, incluso, de unanimidad?

¿Es que un obra nueva para poner en circulación viviendas de protección oficial no supone el establecimiento y aceptación de un concepto de dominio delimitado, muy diferente al que existía antes de la promoción pública del inmueble y que, por alterar sustancialmente su contenido y funciones, excede con mucho lo que es o debe ser un acto de administración?

#### *Actos de gestión o disposición sobre bienes no gananciales*

Lo normal es que tales actos queden fuera de la conjunción de voluntades y, por tanto, puedan ser gestionados o dispuestos individualmente por el cónyuge que resulte titular de los mismos.

No obstante, hay un supuesto en que, incluso tratándose de bienes o derechos que pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se hace necesaria la actividad conjunta o, en su defecto, la autorización judicial. Es el caso contemplado por el artículo 1.320 del Código Civil.

**Art. 1.320. “Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.**

**La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.”**

2. Quedan, *por extensión*, sometidos a la actividad conjunta de los cónyuges:

2.a) Aquellos supuestos que desarrollan la norma general (arts. 1.363, 1.376, 1.377, 1.378, 1.383 y 1.385).

2.b) Aquellos otros que, no comprendidos en la *definición*, exigen la actividad conjunta por el efecto expansivo de la regla general; son los casos previstos en los artículos 1.320 y 1.355 del Código Civil.

3. Resultado de la conjunción de voluntades:

Puede sintetizarse del siguiente modo:

3.a) La responsabilidad directa y primaria de los bienes gananciales (art. 1.367).

3.b) La posibilidad, cuando falle la actividad conjunta, de ser anulados los actos realizados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos (art. 1.322).

3.c) La nulidad absoluta de los actos a título gratuito, cuando falte el consentimiento (art. 1.322).

B) *Excepción o actividad individual*.—Presenta como disposiciones básicas: los artículos 1.319 y 1.365.

**Art. 1.319. “Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.**

**De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.**

**El que hubiera aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial.”**

El Considerando que hace el número 5 de los de la Resolución de 28 de marzo de 1983 hace referencia a este precepto resaltando las dos clases de responsabilidad que tienen lugar cuando “cualquiera de los cónyuges”, ejercitando la “potestad doméstica”, actúa individualmente; pero lo que no dice la Dirección es en qué consiste y bajo qué condiciones ha de ejercitarse tal potestad para que válidamente surjan esas dos clases de responsabilidades. En efecto:

La *potestad doméstica* consiste en la posibilidad atribuida de forma indiscriminada a cualquiera de los cónyuges de poder actuar individualmente, sin contar con el otro cónyuge, para atender las necesidades ordinarias de la familia, siempre que se den las circunstancias que proclama el párrafo primero del artículo 1.319; es decir:

- 1.º Que se trata, efectivamente, de necesidades ordinarias de la familia.
- 2.º Que estén encomendadas a su cuidado.
- 3.º Que lo sean conforme a las circunstancias de la familia.
- 4.º Y que los actos sean conforme al uso del lugar.

Así pues, cuando se den esas circunstancias, y sólo cuando se den, se producirán las responsabilidades de que habla el precepto y a las que alude la Dirección. Estas responsabilidades son:

a) *Externas* las unas, o lo que es igual, frente a terceros, respondiendo:

- 1) *Solidariamente* los bienes comunes con los del cónyuge que contrae la deuda, y
- 2) *Subsidiariamente*, los bienes del otro cónyuge.

b) *Internas* las otras, lo cual significa el derecho a ser reintegrado por el otro cónyuge cuando el cónyuge actuante ha aportado caudales propios para satisfacer tales necesidades.

**Art. 1.365. “Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:**

**1.º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.**

**2.º En 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.”**

Puede observarse que el artículo 1.319 ha sido dictado para el supuesto excepcional del ejercicio de la *potestad doméstica* y que el artículo 1.365 queda redactado para acoger a los supuestos de esa misma potestad y el ejercicio de profesión, arte u oficio o actividad comercial.

Si estos dos son los preceptos básicos de la excepcional actividad individual, otros del mismo texto se ocupan de regular casos concretos o específicos de esas potestades domésticas o actividades profesionales: son los artículos 1.368 (gastos para atención de los hijos, caso de separación de los cónyuges); 1.369 (deudas de un cónyuge y de la sociedad, responsabi-

lidad solidaria de los bienes de aquél y los de ésta), 1.370 (responsabilidad por el precio aplazado de un bien adquirido por un cónyuge sin consentimiento del otro), 1.371 (pérdidas moderadas en el juego), 1.373 (deuda personal de uno de los cónyuges y responsabilidad subsidiaria de los gananciales), 1.382 (toma de numerario ganancial por alguno de los cónyuges), 1.384 (actividad individual para actos de administración) y 1.386 (actos urgentes realizables por uno solo de los cónyuges). En todos ellos se puede observar la nota de que existe una situación *extraordinaria o excepcional*.

Así pues, del examen detenido del Código Civil resulta claro que la regla general, por definición, tiende a la expansión, ya por su misma fuerza, ya porque a ella se acojan los cónyuges sin necesidad de previa o expresa declaración, mientras que la excepción, no tiende a nada, sino que nace ya concreta para unos supuestos y en ellos, y no en otros, se agota. En otras palabras, la actividad conjunta podría considerarse como el bien deseado hacia el cual se tiende y la actividad individual, como el mal menor que en ciertos casos se soporta.

En base a todo lo anterior, entendemos como no válidos los argumentos siguientes aducidos por la Dirección General:

**“... Cuando la Ley establece que uno de los cónyuges, como órgano social, puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias...”**

**(Octavo Considerando de la Resolución de 28 de marzo de 1983.)**

A nuestro modo de ver, para admitir como válido ese argumento, es necesario determinar previamente si cualesquiera de los cónyuges está realmente facultado por el Código para, como órgano social, poder obligar por sí solo y en todo caso a la sociedad conyugal; por ejemplo, si la firma de una o varias letras de cambio para comprar un automóvil entra dentro de la potestad doméstica de los artículos 1.319 y 1.365 o forman parte del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o de la administración ordinaria de los bienes propios, o bien quedan inmersos en alguno de los supuestos excepcionales comprendidos en los artículos 1.368, 1.369, 1.371, 1.382, 1.384, 1.386...

¿Con la declaración transcrita del Considerando 8.º relacionado quiere dar a entender la Dirección que esas dos posibilidades de actuación de los cónyuges (conjunta, una; individual, la otra) son de libre elección?

Para nosotros está claro que no es así:

— La actividad conjunta de los cónyuges es, como es sabe, la regla general, cosa que, no sólo decimos nosotros, sino que, también, lo admite y proclama la Dirección General de los Registros en la mentada Resolu-

ción de 1983. Como tal regla general, los cónyuges pueden acogerse a ella incluso en aquellos supuestos en que cabría su actividad individual y, además, deberán someterse a la misma en los casos en que *imperativamente, por mandato legal*, así se establezca.

— La actividad individual que contempla una situación extraordinaria o urgente, no es susceptible de extensión, por ello, los cónyuges no pueden, sin más, rechazar la actividad conjunta y acogerse a la individual: en primer lugar, porque los preceptos que la regulan, lejos de ser un mandato legal (como alude la Dirección), son una permisión excepcional, y, en segundo término, porque sólo se puede utilizar para aquellos casos taxativamente determinados por la Ley, no para otros e, incluso, cabría decir que la utilización de esta actividad individual, como excepcional que es, debería ser justificada y probada. Tal vez resulte duro, pero los maridos, acostumbrados a toda clase de privilegios, deberán acostumbrarse a perderlos. De otro modo, ¿para qué se han promulgado las leyes?

B) *La pequeña historia de un —por el momento— progresista precepto reglamentario*

a) Etapa inicial favorable al marido

En una primera etapa, aquella en que el marido era dueño y señor del matrimonio y de la sociedad, sufriendo la mujer las vejaciones propias de una legislación obsoleta, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario hubo de plegarse a las directrices imperantes y mostrar su disposición discriminatoria, así: cuando se embargaban bienes de la sociedad conyugal como consecuencia de endeudamientos individuales del marido, no exigía ni la más mínima notificación a la mujer para que pudiese defenderse.

b) Segunda etapa: tímidas y no aceptadas limitaciones para el varón

En otra etapa posterior, iniciado un tímido intento de reforma con limitaciones para el marido en cuanto a la enajenación y gravamen de los bienes gananciales, el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, junto a su postura tradicional, hubo de admitir algunas trabas para hacer patente la limitación impuesta. Por ello:

1. Manteniendo en parte —su anterior redacción— vino a reconocer que la facultad de disposición de bienes gananciales, a pesar de las limitaciones del artículo 1.413 del Código Civil, seguían correspondiendo al

marido y sólo excepcionalmente, de modo subsidiario o delegado, a la mujer. Así se podía deducir de los términos que todavía conservaba y a los que se mostraba apegado: “Cuando por deudas y obligaciones contraídas por el marido (regla general), o la mujer, *en su caso* (excepción)...”

2. Recogiendo la reforma, facilitaba a la mujer la posibilidad de impugnar los actos del marido en contravención a lo dispuesto por el artículo 1.413 del Código Civil —por eso exigía que la demanda se dirigiese contra ambos cónyuges.

Así pues, el Reglamento Hipotecario, siguiendo las normas sustantivas, se mantenía a caballo entre una legislación tradicional, que iniciaba su declive, y otra progresista, que, con timidez, comenzaba su andadura. Y como todos los primeros pasos son difíciles y las limitaciones impuestas al marido, aunque no muy extensas, representaban un trago penoso de digerir para quienes estaban acostumbrados a no tragar nada que supusiese una merma en sus privilegios, la demanda conjunta contra ambos cónyuges que preconiza el artículo 144 del Reglamento Hipotecario fue sustituida en la práctica por una comunicación dirigida a la mujer, durante el proceso y mediante una providencia judicial.

c) Etapa reina: igualdad. ¿Posibilidad de lo que parecía imposible?

En la última fase, iniciada por el principio de igualdad de la Constitución y seguida por la profunda reforma de las leyes civiles, el Reglamento Hipotecario, en su artículo 144, mantiene, como cabía esperar, una posición concreta y consecuente con la reforma:

1.º Reconociendo que la actividad conjunta de los cónyuges ha de ser la regla general durante la vigencia de la sociedad conyugal, exige una conjunción procedimental imponiendo que la demanda sea dirigida contra ambos cónyuges. Pero

2.º Reconociendo, a su vez, la posibilidad de casos especiales previstos en la legislación, introduce para ellos normas y exigencias concretas:

— Para el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil, notificación del embargo al otro cónyuge para que éste no quede indefenso y pueda pedir, en su caso, la disolución de la sociedad conyugal.

— Para los casos en que el reconocimiento como privativo de un determinado bien haya sido hecho por confesión de uno de los cónyuges, la demanda contra el cónyuge a cuyo favor aparecen los bienes inscritos, aunque no fuere el deudor.

— Para los casos de disolución de la sociedad de gananciales no inscrita en el Registro se mantiene la regla general de demanda conjunta

contra ambos cónyuges o sus herederos, por cuanto, al no haberse registrado aquella disolución, es como si la sociedad de gananciales estuviese viva aunque, ante la posibilidad de que uno de los cónyuges hubiese fallecido, sus herederos habrían de sustituirle en una especie de sociedad conyugal continuada.

— Para el supuesto del artículo 1.320 del Código Civil (vivienda habitualmente utilizada por la familia), notificación del embargo al otro cónyuge.

Pues bien, a pesar de que el Reglamento Hipotecario es profundamente consecuente con la reforma operada... también ahora, en la práctica, se quieren reducir a un solo término los dos tipos de exigencia previstos por el artículo 144, prescindiendo de la demanda conjunta cuando la tenga en gana a cualesquiera de los cónyuges (que, generalmente, es el marido), y quedándose tan sólo con la notificación al otro cónyuge como si nada hubiese pasado, como si, después de la reforma del Código Civil acaecida en 1958, no hubiese habido ninguna otra.

Piénsese que en la última fase evolutiva del artículo 144, las cosas son muy diferentes de las que acontecieron en la fase precedente de reforma sustantiva de 1958 y reglamentaria de 1959. Efectivamente:

— *En la fase anterior:*

◦ No existía igualdad jurídica entre los cónyuges que hubiese necesidad de proteger, pues la mujer, sometida al marido, debía seguir y obedecer a éste, ser representada y protegida por él, y ni siquiera podía disponer de sus propios bienes sin licencia de su señor.

◦ El marido era considerado como órgano de disposición de los gananciales y como generador único de responsabilidades para tales bienes, incluso en el supuesto del artículo 1.413 del Código Civil, ya que el consentimiento de la mujer se producía como adhesión, no como conjunción.

◦ En tal sentido, como, por regla general, el marido podía contraer obligaciones con cargo a la sociedad de gananciales (porque así se lo permitían las leyes), resultaba un tanto fuerte exigir que la demanda se dirigiese contra ambos cuando, en realidad, en muchos casos (piénsese en una cambial), resultaba imposible procedimentalmente hablando. Tal vez por ello estuviese justificado que lo que se pensaba en principio, como demanda conjunta contra ambos, se convirtiese en notificación del embargo para uno solo de ellos, ya que con ello no se violaba ningún principio legalmente establecido y, en cambio, se permitía a la mujer que pudiese impugnar los actos del marido contrarios al artículo 1.413 o ejecutados en fraude.

— *Pero en la fase actual, las cosas han cambiado totalmente:*

- Como principio constitucional aceptado (como no podía por menos) por el Código Civil se halla el de igualdad jurídica entre los cónyuges, que se ha conseguido, no ya solamente mediante la elevación de la dignidad de la mujer, sino a través de la merma de privilegios en el hombre.

- El marido ya no es el órgano de gestión y disposición nato, sino que, como regla general y como bien deseado para lograr la unidad concorde en el matrimonio, se establece la actividad conjunta de los esposos, a la cual *han de someterse* en los casos previstos por la Ley o en aquellos otros que todavía no hubiesen tenido regulación expresa, y a la que *pueden acogerse* también incluso en los casos que la Ley les permitiría una actividad individual. Es decir, la actividad conjunta se *expande hacia el más allá*.

- A la actividad individual no pueden acogerse los cónyuges libremente desechando la conjunta, sino sólo en aquellos casos taxativamente permitidos. O lo que es igual, la actividad individual se *constríne en el más acá*.

- El artículo 144 del Reglamento Hipotecario no establece en sus preceptos un sistema alternativo de notificaciones que intente exclusivamente salvaguardar unos derechos individuales, sino que hace algo más: en primer lugar, exige unos requisitos *diferentes* aplicables a supuestos *diferentes*. (De ahí que no quepa englobar en uno solo lo que ha nacido para varios.) En segundo término, no se trata ya de proteger a una persona, sino de ser consecuente con la profunda reforma que se ha introducido en nuestras leyes y hacer que se cumpla el principio de igualdad y ese otro que subyace como es el de actividad conjunta por regla general y bien deseado para la unidad del matrimonio dejando en sus justos límites la actividad individual, como excepción.

Como consecuencia de todo lo anterior, entendemos que no es lícito al intérprete prescindir de la demanda conjunta y acogerse a la notificación del embargo, entre otras razones, por estas dos:

1.<sup>a</sup> Porque no son requisitos alternativos de elección libre, sino taxativos y destinados a supuestos diferentes.

2.<sup>a</sup> Porque si después de la reforma que se ha introducido en nuestras leyes se siguen con los procedimientos de la fase anterior, ¿para qué surgió la reforma?, ¿para qué el principio constitucional de igualdad?, ¿para qué la conjunción de actividades de los cónyuges, como regla general?, ¿para qué legislar contra los privilegios?

C) *Desde mi triste soledad, mis modestas conclusiones*

Con lo que venimos argumentando a lo largo de este trabajo no pretendo —y hemos de insistir en ello— negar a los cónyuges la posibilidad que tienen de actuar individualmente. Lo que intentamos señalar es que, tras la reforma del Código Civil por Ley de 1981, su individualismo debe ser concretado en sus justos términos para que lo legislado como excepción no se llegue a convertir en regla general, dando así al traste con toda la reforma. Por ello entendemos:

Primero.—Si antes de la reforma de 1981 correspondía al marido la actividad individual, por cuanto era el administrador nato de la sociedad conyugal y órgano de disposición de sus bienes y de esa actividad unitaria resultaba una responsabilidad, la de los gananciales, a partir de la reforma indicada las cosas han cambiado de forma sustancial, y

— ya no es sólo el marido el que puede actuar individualmente, también puede la mujer;

— ya no son únicamente los bienes gananciales los que, con esa actividad individual, habrán de responder de forma primaria y directa, sino que, también, otras masas de bienes podrán quedar respondiendo.

Segundo.—Seguimos proclamando que en la gestión y disposición de gananciales resulta obligado para los cónyuges actuar conjuntamente, sin perjuicio de que, en ciertos casos y como excepción, valga la actividad individual de cualquiera de ellos, con las consecuencias que se derivan a efectos de responsabilidad.

Podrían disculparse los intentos de convertir en regla general lo que es mera posibilidad excepcional de actuar, si esa actividad individual (que la Ley, ahora, reconoce en favor de ambos cónyuges) no llevase aparejada una alteración sustancial de la responsabilidad y unos diferentes requisitos procedimentales a la hora del embargo, pero se da la coincidencia de que:

a) *Desde el punto de vista de la responsabilidad:*

— Cuanto mayor es la participación (actuación conjunta), más concreta es la responsabilidad (bienes propios, bienes comunes e, incluso, bienes del cónyuge no deudor).

O sea, ante un supuesto de gestión o disposición de bienes gananciales:

1. ¿Se quiere obtener o se ha de producir una responsabilidad primaria y directa de tales bienes?, pues una de dos:

— o se actúa conjuntamente (arts. 1.375 y 1.367 del Código Civil)

— o se invoca alguno de los *preceptos excepcionales* que el Código prevé para la actividad individual.

Incluso ante estas dos actitudes, en las que la Ley proclama la responsabilidad primaria de los bienes comunes, la misma Ley (Código Civil), marca diferencias en la atribución de responsabilidades. Así:

1.a) *Actuación conjunta*: responsabilidad de los gananciales (artículo 1.367).

1.b) *Actuación individual*:

a) Ejercicio de la “potestad doméstica”: responsabilidad solidaria de los bienes comunes con los del cónyuge actuante y subsidiaria de los bienes del otro cónyuge.

a”) Ejercicio de las actividades reconocidas en el artículo 1.365: los gananciales responden directamente.

2. *¿Se quiere obtener o se ha de producir una responsabilidad primaria y directa de los bienes propios y subsidiaria de los comunes?* Pues se actúa individualmente asumiendo personalmente la deuda ya de modo expreso, ya tácitamente (por actos concluyentes).

En este caso (art. 1.373 del Código Civil), los bienes del deudor responden, en primer lugar, y ante la carencia de bienes propios o insuficiencia de los mismos, responden los gananciales (con la posibilidad de exigir la disolución de la sociedad conyugal por parte del cónyuge no deudor).

b) *Desde el punto de vista de la tramitación*. Lógicamente, la alteración de la responsabilidad exige un tratamiento distinto a la hora de producirse el embargo:

1. *Actividades participativas*:

— Suponen la actividad conjunta de los esposos; es la regla general que, como tal, se presume y a la que no han de acogerse los cónyuges de manera expresa. Ambos toman contacto con los datos procesales en el momento de contraerse la obligación.

— Consecuentemente, como se ha de producir una “corresponsabilidad”, se exige que la demanda sea dirigida contra ambos cónyuges.

2. *Actividades no participativas*:

— Consiste en la actividad aislada o individual de cualquiera de los cónyuges. No es la regla general, sino la especialidad o la excepción y, como tales, no se presumen ni se expanden a supuestos diferentes de aquellos para los que se crearon.

— Si esa actividad se realiza sin invocación expresa a ninguna norma concreta, debe entenderse que la deuda no es del matrimonio, sino puramente personal. La responsabilidad es de los bienes propios —como ya dijimos antes— y, subsidiariamente, de los gananciales. Consecuentemente, la demanda debe dirigirse contra el cónyuge deudor, dándose traslado de ella al otro cónyuge, y, como los gananciales sólo responden subsidiariamente, deberá acreditarse en el procedimiento, que se han perseguido bienes del deudor y que, ante su inexistencia o insuficiencia, se afectan los gananciales.

No debiera permitirse, en modo alguno, la responsabilización directa y primaria de los gananciales sin previa excusión de los bienes del deudor y, sin embargo, por mor de seguir los dictados de la Dirección al pie de la letra, en los mandamientos judiciales no se acredita y, ni siquiera se señala, la persecución de los bienes del deudor.

Se dice que no es facultad del Registrador exigir la justificación de esa demostración en los mandamientos en donde se ordena un embargo. Bueno, yo lo único que pido es que los Jueces sean los que hagan excusión previa de los bienes del deudor y, luego, ¿qué trabajo les habrá de costar decir que se han perseguido los bienes del cónyuge actuante y que, por no tener, o por ser insuficientes, se embargan los gananciales? De otro modo, ¿cómo sabe el Registrador que se ha cumplido con la Ley?

— Si esa actividad se produce invocando cualesquiera de los poderes individuales excepcionalmente permitidos (arts. 1.319, 1.365, 1.366, 1.368, etcétera), como la deuda no puede ser personal sino del matrimonio, aunque actúe uno solo de los cónyuges, se debe compaginar esa actividad aislada con la corresponsabilidad, de ahí que:

- la demanda habrá de dirigirse contra el deudor único que será el cónyuge actuante, dándose traslado de ella al otro cónyuge, que también ha de responder;
- puesto que se trata de deudas del matrimonio, los gananciales responden de modo directo, y, por último,
- deberá justificarse qué norma excepcional se ha invocado para que resulte válida la actividad individual realizada y válidas, también, la configuración de la deuda como matrimonial y la responsabilidad de los gananciales.

Se volverá a repetir que no es facultad del Registrador exigir todos esos justificantes... Yo me conformo con que los exijan los Jueces y luego me lo cuenten a grandes rasgos.

Tercero.—Rechazamos toda esa teoría que ha sido montada sobre la indefensión de los acreedores y que tiene un doble origen:

- Las quejas amargas voceadas por acreedores impenitentes.
- Los argumentos que, por vía indirecta, esgrime la Dirección.

Aunque de este montaje ya nos hemos ocupado con anterioridad, conviene aclarar a modo de conclusiones:

a) Frente a ese acreedor que arguye que, contra un sólitario aceptante de una letra de cambio no cabe la demanda conjunta (contra él y su cónyuge), porque el Juez no la admitiría y sobrevendría la indefensión del acreedor, cabe volver a razonar lo que ya no ha sido razonado antes, es decir:

— si la letra de cambio no admitiese más que un solo aceptante, habría que dar la razón al acreedor, ya que, siendo imposible la existencia de dos deudores dentro de la cambial, una de dos, o se admitía la demanda individual, o se producía la indefensión del acreedor al no poder ser admitida la demanda conjunta; pero

— si la letra admite varios aceptantes (cosa que resulta posible según se desprende del artículo 507 del Código de Comercio), entonces, el argumento del acreedor no sirve y habrá de ser cambiado por estos otros:

◦ ¿Era válida la actividad individual del cónyuge aceptante? Pues a demandar individualmente y a cumplir, además, con todos los requisitos procedimentales, esto es: norma excepcional que ha sido invocada, persecución de bienes propios del deudor, en su caso, y notificación de la demanda al otro cónyuge.

◦ ¿No debía haberse actuado individualmente, sino conjuntamente acudiéndose, por ello, a la aceptación plural de la cambial según dispone el artículo 507 del Código de Comercio?, pues en ese caso, tampoco la demanda individual debería ser admitida por el Juez y el acreedor llevaría en su pecado su propia penitencia y si resultase indefensión, él y sólo él sería el culpable.

b) Frente a la Dirección que dice "...sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno de ellos...", argüir simplemente que la demanda conjunta o individual no es la resultante de lo que haya sido, sino la consecuencia de lo que debió ser, o lo que es igual:

- actividad conjunta, que es la regla general, demanda conjunta;
- actividad individual por asunción personal de la deuda o invocación de precepto excepcional, demanda individual y cumplimiento de las demás normas procedimentales.

Queremos significar con esto que si, para la gestión y disposición de gananciales existe una regla general consistente en la actividad conjunta, a ella deben acudir los cónyuges y, si no acuden, deben justificar en el procedimiento el por qué de su actuación individual. No se niega que actúen en solitario, ni se les prohíbe; se debe exigir, empero, que causalicen y legitimen su actividad aislada, cosa que, por otro lado, no está dispuesto a admitir el Centro Directivo.

Cuarto.—Para nosotros está muy claro que en la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 se han de distinguir dos aspectos que se nos antojan fundamentales:

1.º Que la reforma no es una simple mejora o un amplio desarrollo del sistema económico-matrimonial tradicionalmente admitido, sino algo, más grave y más profundo.

2.º Que como suele suceder en todo trastoque sustancial, el cambio no se lleva a efecto en solitario y de modo aislado, sino que requiere, como complemento, la alteración de todo aquello que depende de la sustancia cambiada; es decir, si el cambio fundamental se ha producido en el Código Civil, de nada sirve la alteración de sus principios, por muy profunda que fuese, si, a la vez, no se alteran las normas adjetivas o procedimentales que han de servir para la aplicación y desarrollo del principio alterado.

Veamos:

La reforma del Código Civil no fue pensada como un simple cambio de normas dentro de un sistema que habría de permanecer inalterado. Es, en realidad, un cambio de sistema promovido por la Constitución española consistente en desechar la tradicional prepotencia del hombre dentro de la sociedad y de la familia para dar a la mujer, en estricta igualdad, el puesto que le corresponde como ciudadana de primera fila. El sistema anterior de omnipresencia y omnipotencia masculina tiende a convertirse en sistema participativo, en donde la mujer pueda tener los mismos derechos que el hombre. Para ello —y como se dice en otro lugar—, no tanto se ha escogido la medida de aupar a la mujer hacia peldaños tradicionalmente ocupados por el hombre, cuanto la de hacer que el hombre pierda privilegios dispositivos o de gestión en aras de la participación deseada y, en definitiva, de la igualdad de los sexos.

Los artículos 10, 14 y 32 de la Constitución española dieron la pauta para “el CAMBIO” (16), el Código Civil la recoge y mal que bien la

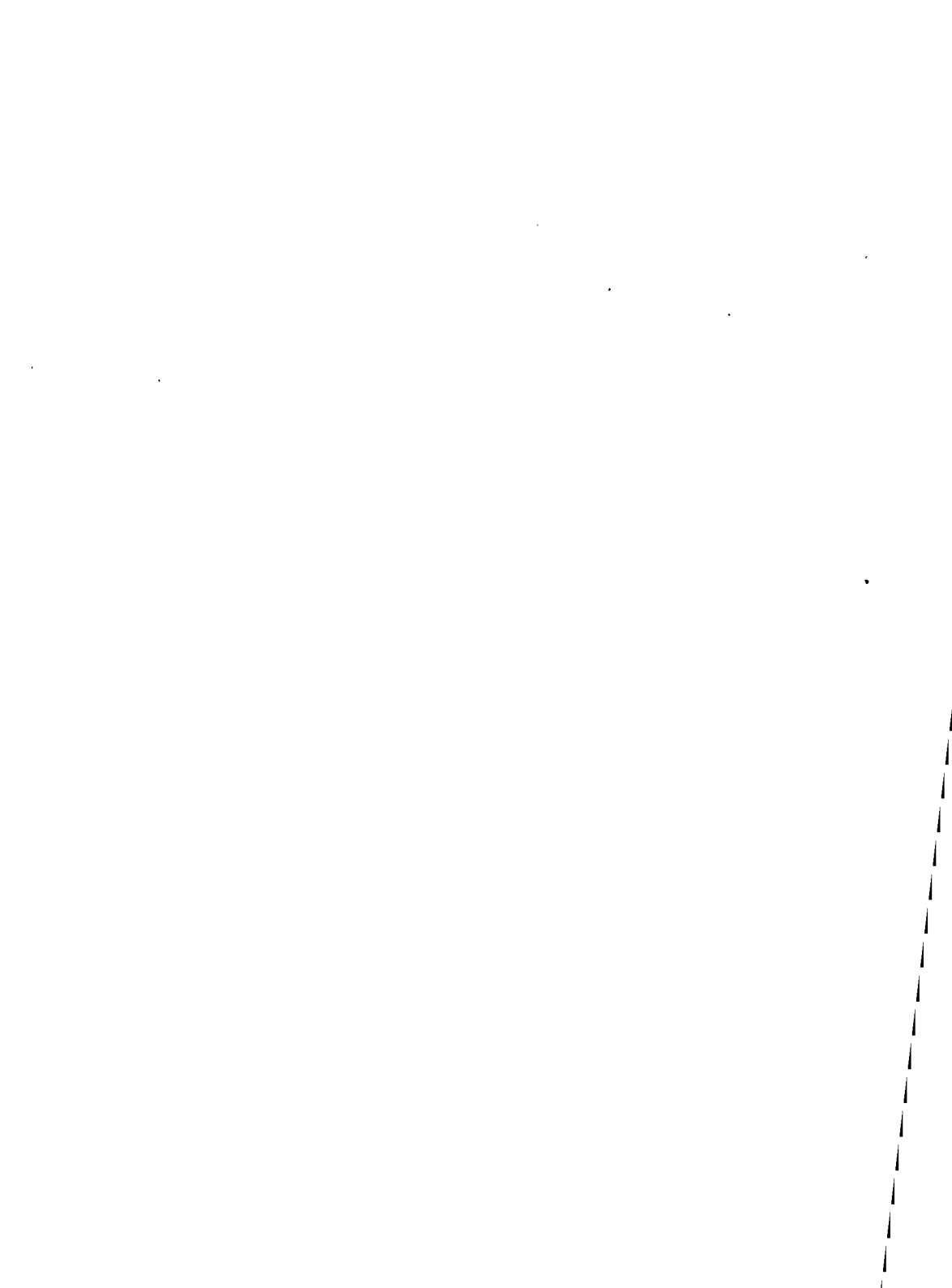
---

(16) Escuchada u oída la palabra “CAMBIO”, son permisibles toda clase de gestos: desde la sonrisa que tímidamente se esboza y que acaba en una incrédula mueca, hasta la risotada abierta y estruendosa que puede ir seguida de un contundente corte de mangas. ¿Será porque sabemos que en este bendito país no se produce más cambio que el de chaqueta en busca, claro está, de mejores pesebres?

desarrolla; ciertamente, la “letra del cambio” deja algo que desear, pero la “idea del cambio” se muestra con claridad en toda la reforma: se trata de un cambio político que lleva, consecuentemente, la alteración de unas normas jurídicas y no se trata sólo de una sustitución de preceptos que permita mantener inalterado un sistema liberal obsoleto.

Es un error —al menos así lo estimamos nosotros— contemplar la reforma desde un ángulo jurídico-continuista desechando todo el trans-fondo constitucional que la inspira y mantiene; y el continuismo parece patente si observamos cómo una regla general de conjunción de voluntades entre cónyuges se convierte en “facultad compartida”, para que, a lo peor, no choque con el sistema anterior; cómo un artículo 144 reglamentario no se aplica porque no se ha querido transformar otra norma procedimental (concretamente la del art. 1.467.5 de LEC); cómo una actividad aislada concedida excepcionalmente a los cónyuges se eleva a general, en aras de un posible acercamiento al sistema de “actividad solidaria” sustitutivo del sistema de actuación conjunta de los cónyuges. Por ello, se nos ocurre pensar que en toda esta materia se está produciendo un consenso generalizado para que las cosas queden prácticamente como estaban antes de 1981.

J. F. BONILLA ENCINA  
Registrador de la Propiedad



# Venta por el propietario desposeído: ¿anotación (Resolución de 25 de enero de 1990) o inscripción (art. 1.526, 2, CC)?

**SUMARIO:** INTRODUCCION: 1) *Interpretación de la Administración: Resolución de 25 de enero de 1990.* 2) *Criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna.*—I. ALBACEA AUTORIZADO PARA VENDER Y TRACTO SUCESIVO REGISTRAL: 1) *Inscripción solicitada.* 2) *Heredera propietaria y albacea autorizada para vender.* 3) *Prórroga del plazo a la albacea.* 4) *Manifestación de la desposesión.* 5) *Cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor titulado.* 6) *Inscripción de la cesión.* 7) *Comparación con la doble venta.*—II. CONTRATO DE VENTA DE COSA NO POSEÍDA O CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO INCORPORAL DE PROPIEDAD 1) *Cesión del derecho incorporal de propiedad:* 1. El contrato de compraventa y la tradición en el Derecho español. 2. La herética tradición instrumental *incorporal.* 3. Opinión de Luis Díez Picazo. 2) *Contrato de compraventa, dispositivo y obligatorio:* 1. Venta de cosa poseída por el vendedor. 2. Cesión del derecho incorporal de propiedad. 3) *Sentencia del 30 de junio de 1989.* 4) *Resolución de 25 de enero de 1990.* 5) *Desposesión no manifestada.* 6) *Desposesión manifestada:* 1. Contrato de cesión. 2. Contrato de venta de cosa. 7) *Opinión de Lacruz y criterio de Pedro Gómez de la Serna.* 8) *Momento de la transmisión.*—III. ¿ANOTACIÓN O INSCRIPCIÓN?: 1) *Resolución del 25 de enero de 1990.* 2) *Criterio de Pedro Gómez de la Serna:* 1. Artículo 2, 1, LH. 2. Artículo 20 LH. 3. Opinión de Manresa y Morell. 3) *Actualización del criterio de Pedro Gómez de la Serna:* 1. *Desposesión no manifestada.* 2. *Desposesión manifestada.* 4) *Principios de legalidad y de certidumbre:* 1. Legalidad. 2. Certidumbre 3. Artículo 1.526 CC y artículo 34 LH. 5) *Legitimación registral.* 6) *Inoponibilidad, a tercero inscrito, de lo no registrado.*— RESUMEN FINAL.

## INTRODUCCIÓN

### 1) *Interpretación de la Administración: Resolución de 25 de enero de 1990*

1. Según reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del día 25 de enero de 1990 (publicada en el *BOE* del

día 14 de febrero, rectificado el 2 de marzo), se presenta a inscripción una escritura notarial de venta de una finca por una albacea solidaria, facultada para vender en el testamento del titular registral actual y con prórroga documentada del albaceazgo conferida por la heredera única, en la que manifiesta que el precio se destina al ejercicio de acciones judiciales dirigidas contra el que fue administrador del difunto, y aparece como adjudicatario en un falso cuaderno particional privado, acordando que si el comprador no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal.

2. El Registrador deniega la inscripción porque estima que existen tres defectos insubsanables:

“1.º Del texto de la escritura resulta que el comprador no ha entrado en posesión de los bienes, por lo que no ha surgido aún derecho real susceptible de inscripción (arts. 609, 1.095 y 1.462 del Código Civil y arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria).

2.º Falta la intervención de la heredera instituida en la venta concertada por la albacea, en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 del Código Civil).

3.º Carece la albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior y que, por consiguiente, han dejado de pertenecer al patrimonio relicto (arts. 901, 902, 903 y 911 del Código Civil.)”

3. La Dirección General argumenta y resuelve lo siguiente:

1. Deben enjuiciarse antes las cuestiones que plantea el tercer defecto de la nota de calificación, pues la decisión de estas cuestiones determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota (si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: Cfr. arts. 1.462 y 1.464 del Código Civil). En opinión del Registrador y conforme expresa el defecto tercero, carece la “albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior”. Es cierto que la albacea —nombrada en el testamento con otras dos personas con facultades que cada una de ellas puede ejercitar indistintamente en la escritura de venta presentada, otorgada por ella en ejercicio del poder que ostenta— admite la existencia de un cuaderno particional privado en el que las fincas que ella vende ya están adjudicadas a otra persona (aunque no se expresa por dicha albacea el concepto en que fueron adjudicadas). Pero es cierto también que afirma que la autenticidad y veracidad de ese cuaderno particional es objeto de acciones judiciales. Resulta, pues, de las mismas

manifestaciones de la albacea, que no se sabe si está o no vigente el poder de disposición que ella ejerce o si está ya agotado por haberse ejercitado debidamente por otro de los albaceas solidarios. El principio de legalidad —garantía de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos sólo los negocios que por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean ciertos y válidos. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no queden dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decidirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien verificarse la subsanación, bien pedirse anotación preventiva, bien interponerse demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta.

2. En el segundo defecto de la nota se acusa que en la venta “falta la intervención de la heredera instituida”, dadas “las especiales condiciones” en que la venta “se celebra (art. 903 del Código Civil)”. La nota, que en este punto adolece de imprecisión, se apoya, según el informe del Registrador, en que el albacea, en la venta, como en todos los actos que acometa, “ha de ceñirse estrictamente a su función que no es otra que la ejecución del testamento” y en la escritura de venta “tal cometido o función aparece ampliamente rebasado”. Limitándonos a la cuestión planteada —y no a las que pueda plantear la prórroga del albaceazgo, que quedan fuera del recurso— ha de partirse de que la albacea fue nombrada según el testamento “con las más amplias facultades, incluso la de vender inmuebles y cualesquiera otros bienes”. De acuerdo con el artículo 901 del Código Civil y no habiendo legitimarios, los poderes para enajenar han de enjuiciarse por lo previsto en el testamento y no por lo previsto en el artículo 903. No se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación, pero ni es el Registrador a quien tiene que rendir cuentas la albacea, ni se puede en la calificación registral afirmar, por los documentos presentados, que exista tal abuso, en términos oponibles incluso al comprador mismo, cuando, además, de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten, en este caso, a los gastos funerarios.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente la nota y auto apelados:

1.º No hacer pronunciamiento en cuanto al primer defecto de la nota.

- 2.º Revocar el segundo defecto.
- 3.º Confirmar el defecto tercero, pero estimando que es subsanable.

4. La Dirección General, *implícitamente*, considera cierta y aplicable al caso la interpretación del artículo 1.462, párrafo 2.º, que propugnó el Profesor LACRUZ, al calificar tácitamente el contrato concertado como contrato de compra de una cosa, que obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (art. 1.445 CC), contrato *por* el que el derecho queda transmitido *en el momento* de la tradición (arts. 609, 2, al final, y 1.095 CC), a la que equivale el otorgamiento de la escritura notarial (art. 1.462, 2, CC), como tradición instrumental *incorporal*.

Considera que es *dudosa* la validez de la venta por ser dudosa la subsistencia de la facultad dispositiva de la albacea después de la adjudicación por los otros dos albaceas solidarios, y que sólo si la adjudicación se declara nula será cierta dicha subsistencia y será válida la venta.

Entiende que, entretanto, esta *duda* es un defecto que impide la inscripción, pero no es un defecto insubsanable sino un defecto subsanable, así que puede practicarse anotación preventiva de suspensión de la inscripción solicitada por existir dicha duda, en cuanto a la validez de la venta, y puede practicarse anotación de la demanda en la que se pida la declaración de validez de la venta. (Defecto tercero.)

Sólo después de quedar declarada la nulidad de la adjudicación, y así subsanada la duda, se podrá pasar a considerar “si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: cfr. arts. 1.462 y 1.464 del Código Civil”. (Defecto primero.)

En un segundo plano, la Resolución interpreta que en el contrato concertado no ha de intervenir la heredera, atendidas las normas vigentes aplicables a las circunstancias del caso. (Defecto segundo.)

## 2) *Criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna*

5. La Dirección General, al igual que la heredera o la albacea, el comprador, el adjudicatario, el Notario y el Registrador, parece desconocer que, según el criterio del legislador registral PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el contrato concertado debe ser calificado como un contrato de cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído, también llamado contrato de cesión de la acción reivindicatoria:

1. Como un contrato de compraventa que ontológicamente, por ser su objeto un derecho incorporal o sea un derecho no acompañado con la posesión de su objeto mediato (la finca), no obliga a entregar una cosa según dispone “la ley” (art. 1.526, 1, CC).

2. Como un contrato de compraventa que es causa de la inmediata transmisión del derecho que pertenece al cedente, porque su transmisión no está condicionada a la transmisión de la posesión de la cosa que es el objeto del derecho, por no ser aplicables los artículos 609, 2, al final, 1.095, 1.445, 1.462 y 1.464 Código Civil.

3. Como un contrato de compraventa que puede ser inscrito (art. 1.526, 2, CC), aunque claro que no como un contrato de venta de cosa poseída sino como lo que es: un contrato de cesión, de la acción reivindicatoria, utilizando la expresión del legislador GÓMEZ DE LA SERNA, o lo que es lo mismo un contrato de cesión del derecho del propietario que está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, utilizando una expresión más actual y fácilmente comprensible.

#### I. ALBACEA AUTORIZADA PARA VENDER Y TRACTO SUCESIVO REGISTRAL

##### 1) *Inscripción solicitada*

El testador, aunque haya instituido heredero único, puede autorizar al albacea para que venda bienes del patrimonio hereditario, *por sí solo* (arts. 901 y 903, 1, *a contrario*), y así ocurre en el caso comentado según interpreta la resolución al considerar el defecto 2.º de la nota.

La facultad de vender conferida por el testador al albacea hace innecesario que se inscriba el título del heredero para que se pueda inscribir el título de venta otorgado por el albacea, expresando en la inscripción que está autorizado para vender la finca inscrita a favor del causante, según conocida doctrina de la Dirección General. Esto es lo que intentaba el comprador: El causante aparecía como titular registral. La heredera única no había presentado para inscribir su título de herencia testada. Tampoco se había presentado para inscribir el título del adjudicatario quien sólo podía probar su pretendida adquisición con un documento privado en el que se formalizó un denominado cuaderno particional, que no consta fuera elevado a escritura pública ni protocolizado mediante acta.

##### 2) *Heredera propietaria y albacea facultada para vender*

Según el Derecho español, el heredero único que aceptó la herencia, como sucesor universal del causante, es el propietario de la finca que el albacea está autorizado para vender, y lo es desde el fallecimiento del causante hasta el momento de la adquisición por el que compra, ya que, entretanto, la propiedad no puede ser atribuida al causante, ni a una

herencia sin personalidad jurídica, ni al albacea autorizado para vender, ni al comprador, dando a la compra efecto retroactivo desde el fallecimiento del testador, por lo que sólo imprecisamente puede decirse que, una vez vendida la finca, el heredero ha de ser considerado como si nunca hubiera sido propietario de ella (args. arts. 661, 657, 989, y arts. 1.010, 1.026, 1.030, 1.032 CC).

El albacea que acepta el encargo del testador queda *autorizado* (art. 901) y obligado (art. 899) a realizar actos de cooperación gestora de asuntos ajenos en relación necesaria con terceros (*vid.* DÍEZ PICAZO: *La representación en el Derecho privado*, Ed. Civitas, 1979, págs. 129 y 130).

El albacea, en sentido técnico estricto, ni es un mandatario ni es un representante del testador, que ya ha fallecido; ni de la herencia, que no tiene personalidad jurídica; ni del heredero, sin cuya intervención puede vender cuando el testador le ha autorizado.

Pero el albacea, prácticamente, se encuentra en una situación similar a la del mandatario representante. El mandatario no puede traspasar los límites del mandato (art. 1.714) y en lo que el mandatario se ha excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (art. 1.727). El albacea no puede traspasar los límites resultantes de la voluntad del testador, interpretada por el heredero, o por el Juez en su caso, a quienes ha de rendir cuentas el albacea (art. 907), los que pueden rechazar la actuación del albacea si interpretan que no se ajusta a la voluntad del testador. Por lo tanto, para la firmeza de la venta que puede otorgar el albacea resulta conveniente el conocimiento y el beneplácito del heredero, aunque no sea necesaria su intervención.

### 3) *Prórroga del plazo a la albacea*

La heredera conoció la adjudicación realizada por dos albaceas a favor del Administrador del causante, *a posteriori* de la formalización en documento privado, y no sólo rechazó la actuación de éstos sino que la denunció como delictiva, por lo que se siguen actuaciones penales contra el adjudicatario poseedor, por la falsedad del “documento particional privado”, que es determinante de la nulidad de la adjudicación.

“En vista de la mala fe de los dos albaceas solidarios adjudicantes, quienes, por actuar dolosamente, no han ejecutado correctamente la voluntad del causante”, sino que se han confabulado fraudulentamente con el administrador del causante, la heredera *cre*e que el cuaderno particional privado es falso y nula la adjudicación al administrador del causante, es decir, que rechaza la validez y la eficacia traslativa de la adjudicación.

Por esto, la heredera considera vigente el albaceazgo y documental-

mente lo prorroga a favor de la albacea que no participó en la confabulación.

La albacea que, atendidas las circunstancias del caso, actúa con el conocimiento y el beneplácito de la heredera, vende la finca para cumplir la voluntad testamentaria y costear las actuaciones judiciales.

Por lo tanto, para el calificador no puede ser indudable sino dudoso que el albaceazgo terminó y quedó extinguido al firmar dos albaceas el cuaderno particional privado.

#### 4) *Manifestación de la desposesión*

Teniendo en cuenta la situación de hecho (que el administrador del causante es el poseedor en concepto de dueño de la finca, con título de adquisición por adjudicación que realizaron dos de los tres albaceas solidarios facultados para venderla, título que está denunciado criminalmente como falso y, en consecuencia, nulo), en la escritura de venta se toman las usuales precauciones contractuales, conviniendo que "si el comprador no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal".

La albacea reconoce en la escritura notarial de venta que un tercero (no la heredera propietaria) es el poseedor en concepto de dueño de la finca, titulado, falsamente. Esto, naturalmente, no implica que reconozca que el derecho pertenece al poseedor en concepto de dueño: expresamente, manifiesta que ha impugnado la validez del título que exhibe el poseedor. Tampoco implica que reconozca que es dudosa la pertenencia del derecho a la heredera porque no quiera reconocerlo el poseedor que se atribuye la pertenencia. Aunque los que intervienen en la controversia puedan llegar a dudar del resultado favorable a la heredera y al comprador, que siempre es inseguro y, en cierto modo, aleatorio.

#### 5) *Cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor titulado*

En las actuaciones penales puede entenderse que subyace el ejercicio de la acción reivindicatoria por la heredera, quien dice ser la verdadera propietaria (art. 348, 2, CC) contra el poseedor en concepto de dueño, quien no sólo está amparado por la presunción legal de que está titulada (fundada) su posesión (art. 448 CC), sino que alega un concreto título, el de adjudicación del dominio, que la heredera afirma y ha de probar que es falso y, por tanto, civilmente nulo y sin eficacia traslativa del dominio.

El derecho de propiedad sobre la finca es un derecho de pertenencia

controvertida, pero no es un derecho litigioso en el sentido legal (artículo 1.535, 2, CC), porque todavía no se ha interpuesto la demanda civil para obtener la posesión.

#### 6) *Inscripción de la cesión*

Puesto que es posible que el albacea facultado para vender no llegue a ejercitar su facultad, sobre todo si su ejercicio resulta innecesario o inconveniente atendidos los fines del albaceazgo y las circunstancias de la realidad, resulta evidente que cuando el titular registral del dominio de una finca ya ha fallecido y en su testamento nombra heredero único, a la vez que designa un albacea al que confiere la facultad de vender la finca, se puede inscribir a favor del heredero su título de herencia testada (art. 14, 3, LH, y art. 79 RH) y hacer constar en la inscripción la facultad de vender conferida al albacea, aunque esta inscripción resulte innecesaria en cuanto se puede inscribir directamente la venta otorgada por el albacea del titular registral, sin que conste previamente inscrita la adquisición por el heredero y la facultad del albacea (art. 20, 4, LH) y sin que ello implique estrictamente un supuesto de tracto abreviado.

El análisis del caso comentado resulta más simple si hipotéticamente se piensa que está inscrito a favor de la heredera única su título de herencia testada, sin perjuicio de la facultad dispositiva de los albaceas solidarios. Así se puede ver claramente que la heredera, en cuanto titular registral, queda amparada por el principio de legitimación registral (art. 38, 1, 2, LH) es decir por la presunción registral de que la finca le pertenece por el título inscrito de herencia testada, contraria a la presunción civil de que el poseedor en concepto de dueño es un poseedor con título (art. 448 CC) a los efectos del artículo 41, 6, 2.<sup>a</sup>, LH, frente a un poseedor *no* titulado. También se podría ver clara la aplicación del principio de inoponibilidad contra tercero inscrito a favor de sus causahabientes a título oneroso inscrito (arts. 32 y 34 LH), aunque ella no gozara de más protección que la correspondiente a su causante en cuanto titular registral anterior (artículo 34, 3, LH).

Pero lo cierto es que la heredera no ha inscrito su título, que el titular registral ha fallecido y que se solicita inscribir, directamente, la venta otorgada por la albacea.

El título de venta que se pretende inscribir ha de fundamentarse, registralmente, en la inscripción vigente, que es la del título adquisitivo del causante, ha de expresar el fallecimiento del titular registral y ha de referenciar el testamento (unido o acompañado), con el nombramiento de la heredera única y con la designación y facultades de la albacea que forma-

liza la venta, actuando en ejercicio de las facultades gestoras y dispositivas de un derecho ajeno (que fue del titular registral pero ya no lo es), conferidas por el anterior propietario (el testador) y prorrogadas por la actual propietaria (la heredera única), a la que ha de rendir cuentas para que apruebe o rechace su gestión (art. 911 CC).

Así puede decirse, en definitiva, que un representante interviene por poder del propietario actual, mientras que la albacea interviene por voluntad y autorización del propietario anterior, ya fallecido, que ha de acatar su heredera, como sucesora y propietaria actual.

### 7) *Comparación con la doble venta*

Civilmente se puede comparar el caso resuelto con otro hipotético en el que un propietario confiere mandato representativo para vender una finca a dos representantes solidarios, de los que uno formaliza una primera venta seguida de la entrega de la finca vendida, que el propietario mandante considera que es falsa, resultado de una confabulación fraudulenta del representante y el comprador, por lo que da su beneplácito al otro representante para que formalice una segunda venta, en la que el vendedor hace constar que inmediatamente no puede entregar la finca al comprador porque otra persona, un tercero, la posee en concepto de dueño y exhibe un título de compra anterior, que es nulo según el vendedor. Esta segunda venta es, en realidad, un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, históricamente denominado contrato de cesión de la acción reivindicatoria, un contrato que por ser su objeto un derecho incorporal, es decir, no acompañado con la posesión de una cosa aunque sea circunstancialmente como en el caso propuesto, no obliga al vendedor a entregar la posesión de una cosa y es inmediatamente traslativo del derecho vendido, presuponiendo que pertenece al vendedor (art. 1.526 del Código Civil).

También civilmente se puede comparar con el supuesto de una primera venta y tradición por medio de representante, que el propietario considera nula, por lo que otorga, sin mediar representante, una segunda venta sin tradición.

Civilmente distinto es el caso de una primera venta no seguida de la entrega de la cosa y de una segunda venta complementada con la entrega de la cosa (art. 1.473, 1, y art. 1.473, 3, 1.ª parte, CC).

Pero similar es el caso en que el titular registral del dominio y poseedor real de la finca otorga una primera venta complementada con entrega instrumental (art. 1.462, 2, CC), sin que el comprador presente a inscribir su título adquisitivo, y después otorga una segunda venta en escritura

notarial cuando ya no es poseedor ni propietario, aunque parezca serlo (art. 38, 1, LH), y el comprador, que *presuntamente* es el nuevo propietario, según su título de compra y entrega (art. 1.462, 2) y según la inscripción del título del vendedor (art. 38, 1 y 2, LH), presenta a inscripción su título y logra que se inscriba en el Registro (art. 1.473, 2, CC, y art. 32 LH).

## II. ¿CONTRATO DE VENTA DE COSA NO POSEÍDA O CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO INCORPORAL DE PROPIEDAD?

Es evidente que las cuestiones que plantean los defectos primero y tercero están íntimamente relacionadas, y creo que la cuestión esencial consiste en precisar, en el Derecho español, civil, la naturaleza jurídica del contrato de compraventa y la naturaleza jurídica de la tradición, y diferenciar el contrato de *venta de cosa poseída* en concepto de dueño por el vendedor, del contrato de *cesión del derecho incorporal* del propietario que está desposeído de la cosa porque la posee un tercero en concepto de dueño, sin o con título, distinto del contrato de *venta* de cosa no poseída *con cesión impropia* (cesión del ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor) y *eventual tradición futura*, y mal calificado como contrato de *venta* de cosa no poseída *con tradición incorporal actual*.

### 1) *Cesión del derecho incorporal de propiedad*

#### 1. El contrato de compraventa y la tradición en el Derecho español

Un reciente estudio propio acerca de este tema ha sido incluido por la redacción de la *RCDI* en el número presentado como homenaje a don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS con ocasión del centenario de su nacimiento, el mismo año en que fue publicado el vigente Código Civil español de 1889 (*RCDI*, núm. 594, septiembre-octubre 1989, págs. 1595 a 1821), acaso porque lo denominé “Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889”, pensando en que su publicación también coincidía con el mismo centenario.

En el estudio de 1989, de entrada, resumo y actualizo mis otros dos estudios anteriores, uno del año 1980 y otro del año 1987, sobre el tema de la cesión de la acción reivindicatoria (“Venta por el propietario desposeído: cesión de la acción reivindicatoria”, *RCDI*, 1980, núms. 537, 538 y

539. "Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción", *RCDI*, 1987, núm. 582).

Pero, como resulta del sumario, dicho estudio de 1989 se refiere, más exactamente, al "Sistema español de disposición y adquisición derivativa de derecho de propiedad por contrato de compraventa", es decir, que tiene una amplitud de tema y un alcance sistemático mayor que el exclusivo de la cesión de la acción reivindicatoria, si bien ésta, al quedar incardinada en el sistema, permite una mejor comprensión de la cesión y del sistema.

Intento en él *dignificar el contrato de compraventa y desmitificar la tradición*, para dejar aclaradas coherentemente muchas cuestiones que es usual presentar sin la conveniente y necesaria conexión e interdependencia.

A su contenido remito al lector, porque el presente estudio sólo puede ser considerado como anexo y complemento del último de dicha trilogía de estudios.

## 2. La herética tradición instrumental *incorporal*

Al enviar a la redacción de la *RCDI* mi estudio de 1989 decía que "Fue concebido como ensayo pormenorizado que intenta eludir la usual exposición en la que se deforma la realidad, por inspirarse en una visión desajustada de la llamada teoría del título y el modo, y en un excesivo Savignyismo, del que son consecuencia *dos errores muy arraigados*, uno iniciado por IHERING, aquí seguido por VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, con su teoría de la cesión impropia como única posible, y otro, más moderno, representado por LACRUZ, ALBALADEJO, PEÑA, GARCÍA GARCÍA y todos los demás que son *más papistas que nuestro gran Papa de la tradición, el admirado PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, porque creen en la existencia de una herética tradición incorporal*."

Después de muchos proyectos, para decir de qué se trata sin usar las palabras equívocas "título y modo", pero aludiendo a ellas de manera que todos lo puedan suponer, y para destacar la españolidad, aproveché la ocasión del centenario y bauticé el estudio con el nombre de "El contrato de compraventa y la tradición en el Código Civil español de 1889".

Aparte de un alegato contra el germanismo infiltrado, quiere ser un homenaje implícito al legislador, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que marcó el rumbo vigente con su oposición al proyecto de Código Civil de 1851 y con su intervención decisiva en la Ley del Registro.

Pienso que puede ser útil para los opositores y los estudiantes universitarios, como perspectiva unitaria de un jurista práctico acerca de bastantes cuestiones dispersas y muy discutidas por no tener en cuenta nuestra

Historia y los sistemas francés e italiano, a los que más se parece el nuestro, por su visión realista y pragmática de lo que es el contrato de compraventa en la mente de los que contratan y no en la de SAVIGNY, en su escuela y en el sistema alemán actual.

Este estudio es algo que me sentía obligado a exponer para que se viera con claridad cómo encaja sistemáticamente la cesión de la acción reivindicatoria, algo que, de entrada, parece sonar a chino, aunque es la clave para entender qué es el contrato de compraventa y qué es la tradición en el Derecho español, y cómo se coordinan en las escrituras notariales de compraventa, que son el pan nuestro de cada día, para los Notarios y para los Registradores”.

2.1. En mi estudio de 1989 (pág. 1.798) dije:

“Contradecir la opinión generalizada sobre los artículos 609, 2, 1.095 y 1.462, 2, es el motivo ocasional de este estudio, porque después de haber publicado otros dos estudios sobre la cuestión planteada aún confío en que, al fin, lograré exponer el auténtico criterio de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que también es el de MORELL y el de MANRESA, y parece ser el de DÍEZ PICAZO, debidamente actualizado, con claridad suficiente, para que, en verdad, llegue a ser leído y pueda ser asumido por el lector. Para que, excluidos los motivos de confusión, dicho criterio auténtico no continúe siendo desconocido y prejuizado peyorativamente o incomprendido y rechazado sin argumentos congruentes.

Para que se escuche el eco actual de la menospreciada voz de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (que clama en el desierto desde que se publicó la Ley Hipotecaria de 1861) y sea comprendido y asimilado por cuantos deseen conocer la buena nueva del hallazgo de una clave olvidada, única que permite demostrar la inexistencia del grave problema registral que se dice existir y parece que existe cuando el titular registral vendedor no es poseedor; lo que, en realidad, sólo es un pseudoproblema registral, un problema imaginario, porque el problema civil subyacente históricamente existió, pero quedó resuelto hace muchos siglos; sin tener que recurrir a imaginar la existencia de una tradición *incorporal*, que no es tradición (corporal, siempre, por definición).

Trato de explicar que muchos opinantes, proclives a sustituir la tradición española de GÓMEZ DE LA SERNA por la inscripción de LUZURIAGA, atribuyen a la tradición distinto sentido y mayor importancia que le atribuía GÓMEZ DE LA SERNA, el *Papa del principio romano de la publicidad por la tradición*, enfrentado y victorioso contra el *Antipapa del principio prusiano de la publicidad por la inscripción* sustituyente de la tradición

respecto a inmuebles (CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA) y contra el *Anti-papa del principio francés de la clandestinidad del consentimiento contractual* excluyente en todo caso de la tradición (FLORENCIO GARCÍA GOYENA). Resultan *más papistas que el Papa de la tradición* al interpretar el artículo 609, 2, del Código Civil, exigiendo masoquistamente que se realice una tradición actualmente imposible, que el Papa tradicionalista excluye. Sin darse cuenta, debilitan la institución registral, el Registro de la Propiedad y la inscripción, en su confrontación con la magnificada tradición, que puede determinar el momento del comienzo de la posesión apta para la usucapión contra el Registro.

Acaso muchos opinantes puedan considerar suficiente y conveniente imaginar, siguiendo el parecer de los Profesores LACRUZ y ALBALADEJO, que la escritura notarial de venta por el propietario desposeído equivale a una tradición incorporal (art. 1.462, 2, según ellos), porque “se non é vero é ben trovato”, y como “ya vale”, con el “yavalismo” de que hablaba JULIÁN MARÍAS, les parece ocioso y aun incómodo el comprobar si es cierta cualquier otra argumentación y les basta pensar que, en el mejor de los casos, sólo servirá para apoyar la *moderna invención teórica* de LACRUZ y ALBALADEJO, porque —según ellos dicen— es la piedra filosofal, *única “teoría” posible* para resolver el problema de la validez y eficacia de la inscripción del que compra al titular registral desposeído e inscribe su compra, sin infringir la “teoría” del título y el modo recogida como principio civil en los artículos 609, 2, y 1.095”.

2.2. En mi estudio de 1989 (págs. 1604 a 1606) me refería a *dos errores derivados de un error fundamental*.

“Vaya por delante el decir que nunca he pretendido que se inscriba la cesión de la acción reivindicatoria con separación o independencia del derecho de propiedad, porque esto es imposible legalmente, según creo haber probado en aquellos estudios.

Además, en ellos y en éste, me opongo a la interpretación de algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO, al que aún hoy sigue ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, para quienes la cesión de la acción reivindicatoria sólo puede ser y sólo es la autorización para el ejercicio por el cesionario de la acción del cedente, y nunca puede ser ni es una cesión propiamente dicha, inmediatamente traslativa del derecho.

Es decir, me opongo a quienes entienden que, en el caso de compra al vendedor propietario desposeído, el comprador que conoce la desposesión no es propietario sino que sólo está facultado para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor, por lo que sólo llegará a ser propietario en el momento en que obtenga la posesión por tradición, y me opongo porque eso no es lo que dispone el Código Civil (art. 1.526).

Aunque, por algún tiempo y respecto del Derecho romano, lo creyera el genial IHERING, quien, al parecer, aún tiene fieles seguidores que magnifican y quieren fortalecer el sentido social de la posesión y la función de la tradición, de tal manera que, a la vez, menosprecian el sentido social de la propiedad y minimizan y debilitan el sentido y eficacia de la inscripción registral (JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho inmobiliario registral*, Editorial Civitas, Madrid, 1986. En particular páginas 131 y 143).

La Ley resultante de la evolución histórica secular (arts. 1.526 y 1.460, 2, por analogía) no obliga al vendedor propietario desposeído a que reivindique y recupere la posesión para poder entregarla al comprador, y preconiza que el comprador reivindique como propietario (S. 20 enero 1912). Claro que la ley no impide que el vendedor y el comprador puedan contratar, excepcionalmente, una cesión *impropia*, para que el comprador reivindique por *autorización* del vendedor y recuperada la posesión para éste, seguidamente la adquiera para sí (por tradición *brevi manu*).

Asimismo, es innecesario y resulta perturbador imaginar la existencia de una tradición *incorporal* o idealizada cuando el vendedor está desposeído y la venta se otorga en escritura pública, aunque sea ésta la opinión de los Profesores LACRUZ y ALBALADEJO; de MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 43); de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, t. I, págs. 661 a 671), y de otros muchos autores y profesionales del Derecho, como ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, ciclo de conferencias del centenario de la Ley de Bases del Código Civil, CNRP, Madrid 1989, págs. 185 a 188).

Cuenta la fábula que todos los cortesanos de cámara elogian la sutil-camisa de dormir que el Rey lleva puesta, hasta que la ingenua veracidad de un espectador advierte que el Rey está desnudo. Simboliza la verdad que enmascara dicha elucubración teórica, al magnificar la importancia de la posesión y de la tradición, hasta llegar a imaginar y ver la existencia de una tradición que no es transmisión de la posesión, de una tradición que no es tradición, para que el contrato quede imaginariamente vestido con la tradición y no desnudo de ella, porque, según el principio romano, los contratos desnudos de tradición no transmiten el dominio (*...dominia rerum non nudis pactis transferuntur*) —en todo caso, según interpretación conceptualista y no teleológica ni sistemática—, para no verse forzados los opinantes a reconocer que el Rey de los contratos desnudo de la tradición transmite el dominio desnudo de la posesión, aunque resulta conveniente que el Rey de los contratos se invista con el manto real de la

escritura notarial, porque es prueba documental pública y aparente de su existencia y de su inmediata eficacia traslativa del derecho que no está investido con la posesión porque otra persona se ha apropiado de la vestidura posesoria, que es prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho (art. 448, frente a arts. 348, 2, 1.526, 1, y 1.218).

El Rey de los derechos, desnudo de la posesión (no investido con la posesión de la cosa que tiene un poseedor en concepto de dueño) queda transmitido inmediatamente por el Rey de los contratos, solo, no acompañado con una adicional tradición que es imposible mientras no se recupere la posesión que tiene el tercero poseedor.

El Rey de los contratos, el contrato genéricamente nombrado *compraventa*, en tal caso se denomina, específicamente, contrato de *cesión* (de derecho incorporal) y conviene que se invista con la escritura notarial, que será la prueba documental de su existencia y de su efectividad inmediata, de la transmisión del derecho del *verdadero propietario desposeído*, para oponerla a la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño, al *presunto* propietario en cuanto *poseedor*.

Imaginar lo que imaginan el profesor LACRUZ y sus seguidores es lo mismo, en realidad, que hacer caso omiso de la tradición en el caso contemplado, por lo que *parece* no andan descaminados los que patrocinan tal interpretación; precisamente, dicho caso es el único en que el derecho de propiedad se transmite voluntariamente por el contrato de venta sin mediar transmisión de la posesión, voluntaria (art. 1.095) o forzosa (art. 1.096, 1, y 2), como es lógico y legal (art. 1.526).

Pero no se transmite mediante una imaginaria tradición instrumental incorporal o idealizada, que se dice visible en el artículo 1.462, 2, porque ni es tradición, ni es lógica, ni es legal, ni es jurisprudencial, y así, *en realidad*, andan descaminados quienes olvidan que, desde hace muchos siglos, el caso contemplado por ellos se denomina cesión de la acción reivindicatoria y bajo esta "advocación" está acogido en el artículo 1.526 del Código Civil, aunque tenga otros nombres más conocidos y tranquilizadores como el de venta por el propietario que no es el poseedor en concepto de dueño.

Se trata de dos errores, el de VALLET y el de LACRUZ, que, como otros muchos, nacen de un gran error conceptualista: el error de creer que el artículo 609, 2, excluye la posibilidad de la transmisión por venta sin tradición cuando el vendedor es el propietario pero no es el poseedor en concepto de dueño. Es el mismo error lógico en que incurrió IHERING al no interpretar sistemática y teleológicamente dos preceptos romanos (C. 4, 39, 9 y D. 6, 1,63), forzando la interpretación de otro (D. 6, 1, 47),

para mantener la interpretación conceptualista de otros dos (D. 41, 1, 31, pr. de PAULO, y C. 20, 30, 20).

El aludido error conceptualista, acerca del principio romano y acerca del Derecho español vigente, se demuestra con la interpretación histórica y sistemática, lógica y teológica, que expuse en mis dos anteriores estudios.

Es más, al error se oponen dos argumentos, literales y sistemáticos.

Si el artículo 609, párrafo segundo, se lee entero, no sólo su final sino también su principio, se comprueba que existen otros modos de adquirir el dominio, por transmisión, que no son la donación, ni la sucesión, ni la compraventa mediante la tradición, y que están regulados “por la ley”, que en este caso concreto es la ley del Código Civil en general y, en particular, la ley del artículo 1.526, distinta de la ley del artículo 1.445, ambas leyes referentes al “contrato de compra y venta”, pero una ley relativa a la venta que obliga a entregar la cosa poseída por el vendedor (art. 1.445) y la otra ley relativa a la venta (llamada cesión) que no obliga a entregar porque el objeto vendido no es una cosa poseída por el vendedor sino un derecho incorporal (art. 1.526), como el derecho de la propiedad sobre la cosa que otro posee en concepto de dueño (art. 348, 2).

Si el artículo 1.095 se lee sin olvidar el artículo siguiente, el artículo 1.096, 1, se deduce que la voluntad de entregar y la tradición puede ser suplida por la ejecución forzosa judicial, lo que no puede ocurrir con el consentimiento contractual, dispositivo primordialmente, y obligatorio consecuentemente.

“En la actualidad, se admite por todos que el artículo 1.526 incluye la cesión del crédito hipotecario, aunque el crédito sea lo principal y el derecho real no posesorio e incorporal de hipoteca sea lo accesorio, pero también se ha de admitir que el artículo incluye la cesión del derecho de propiedad incorporal (es decir, de la acción reivindicatoria), porque en definitiva la cesión de la acción reivindicatoria, con eficacia inmediata, mas que una excepción al ‘principio de la tradición’ es una consecuencia necesaria del mismo, si se atiende a que es imposible la tradición actual de la posesión que no se tiene, y al fundamento probatorio de la exigencia de la tradición, para aquel que puede entregar (art. 448), pero no para el que no puede entregar porque está enfrentado al poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2).”

### 3. Criterio de Luis Díez Picazo

En mi estudio de 1989 (pág. 1.645) añadí lo siguiente:

“Acaso por las razones que expuse en otra ocasión (en mi estudio de

1980, págs. 583 y sigs.), el criterio auténtico de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA parecía olvidado y aun traicionado por la doctrina española, que prácticamente sólo ve en el artículo 1.526 a la cesión de créditos.

No obstante, como ya apunté (en mi estudio de 1980, pág. 827) el Profesor LUIS DÍEZ PICAZO observa que 'de acuerdo con la técnica de nuestro Código debe incluirse en la referida regulación —de la cesión— incluso la cesión de una acción, como por ejemplo la acción reivindicatoria' (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, pág. 789).

Expone su opinión en otro párrafo (*Fundamentos...*, pág. 793) que estimo ha de entenderse referido a que 'la transmisión se produce por el negocio consensual de cesión... como efecto del simple contrato', implicando que la denominada cesión de la acción reivindicatoria es la cesión del derecho de propiedad del que la acción deriva para su defensa y del que es inseparable negocialmente, por lo que en verdad se dice que se transmite el derecho de propiedad no acompañado de la posesión al decir que se transmite la acción; es decir, que no sólo se genera un derecho personal que autoriza al cesionario para el ejercicio de la acción del cedente, como entendía IHERING en 1857, al que siguen otros muchos y entre ellos VALLET DE GOYTISOLO, al que hoy se suma ALVAREZ CAPEROCHIPI.

Del mismo párrafo resulta, expresamente, que el profesor DIEZ PICAZO entiende que el contrato de cesión es un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el solo consentimiento, de manera que el artículo 1.526, 1, se refiere no a una forma esencial sino a la prueba del contrato de cesión.

En el mismo párrafo dice el profesor DIEZ PICAZO que el contrato de cesión es un contrato traslativo por sí solo, que la transmisión se produce como efecto del "simple contrato", acaso recordando la expresión *nudis pactis*, es decir, excluyendo la tradición, lo que determina la eficacia inmediata al desaparecer el condicionamiento suspensivo que supone la tradición."

## 2) *Contrato de compraventa, dispositivo y obligatorio*

El contrato de compraventa, en el Derecho español, no es, simplemente, un contrato obligatorio, sino que primordialmente es un contrato *dispositivo*, por el que el vendedor *dispone* de su derecho para que lo adquiera el comprador.

Sin embargo, en el supuesto de que el vendedor sea el poseedor de hecho en concepto de propietario de la cosa vendida, la presunción de pertenencia del dominio al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC)

determina que la eficacia traslativa del contrato está condicionada legalmente a la adquisición de la posesión de la cosa por el comprador, bien sea mediante la entrega de la cosa por el vendedor (art. 1.095 CC) o bien sea, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez, pese a la voluntad rebelde del vendedor (art. 1.096 CC).

Por la misma razón, cuando el vendedor está desposeído por un tercer poseedor en concepto de dueño, amparado en la presunción de pertenencia del dominio al poseedor (art. 448 CC), que el verdadero propietario ha de desvirtuar ejercitando la acción reivindicatoria para recuperar la posesión (art. 348, 2, CC), entonces, la transmisión del dominio del vendedor propietario al comprador, salvo pacto, se realiza *por* el contrato y *en* el momento de la perfección del contrato (art. 1.526 CC), es decir, no en el mismo momento futuro de la entrega de la cosa al comprador previa recuperación de la posesión de la cosa por el vendedor.

A este aspecto *dispositivo*, que es el primordial del contrato de compraventa, se refiere el artículo 609, párrafo segundo, del Código Civil.

### 1. Venta de cosa poseída por el vendedor

El supuesto de hecho ordinario o normal del vendedor que al vender es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, además de ser el propietario de ella, está contemplado *al final* del párrafo citado, cuando dispone que la propiedad se transmite “por consecuencia de ciertos contratos —de los que el contrato de compraventa es el más importante y modélico— mediante la tradición”, o sea mediante la entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa por el vendedor al comprador (art. 1.095 y art. 1.462, 1, CC), aunque también, supletoriamente, no hay que olvidarlo, mediante la puesta en posesión en concepto de dueño de la cosa por actuación judicial (art. 1.096 CC).

La condición legal expresada, la obtención de la posesión por el comprador, se ha de considerar fundada en la legal presunción probatoria de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC), salvo prueba en contrario (art. 348, 2, CC). La ley quiere que la prueba por presunción posesoria (art. 448 CC) corresponda al comprador y no al que le ha vendido si éste es el beneficiario de la presunción en el momento de vender.

A este contrato, pero sólo a su aspecto *obligatorio*, y no a su aspecto *dispositivo* que es el primordial, se refiere el artículo 1.445 CC al imponer al vendedor, que es el poseedor en concepto de dueño, la obligación de entregar la cosa al comprador, es decir, la obligación de ponerle “en poder y posesión” en concepto de dueño de la cosa (art. 1.462, 1, CC), si bien

cuando la venta se formaliza en escritura notarial, y no se manifiesta en ella reserva alguna en contra, la ley considera cumplida la obligación de entregar, de manera que el comprador ya no puede pretender que el vendedor le entregue, lo que ya le entregó y recibió según la escritura y la ley (art. 1.462, 2, CC).

Este es el significado cierto del precepto y no el que propuso el Profesor LACRUZ y ha sido adoptado por muchos seguidores que creen ver en el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil la articulación de una forma de tradición, por ellos denominada tradición instrumental incorporal, a efectos de lo dispuesto en el artículo 609, párrafo segundo, al final, del Código Civil, opinión que considero infundada (ver mi estudio de 1989, págs. 1788 a 1798).

## 2. Cesión del derecho incorporal de propiedad

En cambio, al supuesto especial del vendedor propietario que está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, alude el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil, pero no con dichas palabras finales sino con las palabras que *al principio* del precepto se refieren a los diversos supuestos de hecho configurados “por la ley” como suficientes para la transmisión del derecho de propiedad.

“La ley” aplicable, en este supuesto especial, es el artículo 1.526 del Código Civil, referido a un contrato de compraventa que ontológicamente, por razón de su objeto que siempre es un derecho incorporal, o sea un derecho no acompañado con la posesión de una cosa (caso de desposesión si se trata del derecho de propiedad de una cosa), *no obliga al vendedor a entregar una cosa*, cuando es el verdadero propietario pero está desposeído de ella porque otro es el poseedor en concepto de dueño, y, por lo tanto, *actualmente*, en el momento de contratar, no puede entregar la posesión de la cosa y, además, nunca la podrá entregar a menos que logre recuperar la posesión, porque se la devuelve el poseedor, o reivindicándola, a lo que no está obligado por la ley (S. 20 enero 1912).

En este caso, la legal presunción probatoria de la pertenencia del derecho de propiedad deducida de la posesión (art. 448 CC) no favorece al vendedor sino al poseedor en concepto de dueño, y el verdadero propietario ha de desvirtuarla probando que el derecho le pertenece (art. 348, 2, CC). Claro que el propietario desposeído puede preferir no reivindicar sino vender su derecho, como lo tiene, sin la posesión.

En el momento de la perfección de esta venta es inaplicable el condicionamiento legal del traspaso posesorio normalmente exigido para la transmisión del dominio por contrato de venta (art. 609, 2, al final) y la ley

(art. 1.526) excluye su aplicación; no impone al vendedor desposeído una obligación de entregar, que le obligaría a recuperar la posesión de la cosa para entregarla, sino que considera vendido un derecho incorporeal, un derecho de propiedad sin la posesión que normalmente le acompaña.

Al ser inaplicable al caso la condición legal suspensiva de la efectiva transmisión del dominio, *la voluntad dispositiva* del vendedor *es inmediatamente eficaz* y su derecho de propiedad queda transmitido en el momento de la perfección del contrato, tal como lo tiene el vendedor, controvertido por otro que es el poseedor en concepto de dueño, quien se lo atribuye (amparado en la presunción legal probatoria deducida de la posesión) y se niega a devolver la posesión de la cosa al que dice ser el verdadero propietario y ha de reivindicar y probar su afirmación (arts. 448 y 348, 2, CC), es decir, que ha de probar su título de adquisición y, en su caso, la nulidad del título opuesto por el poseedor titulado.

Si la sentencia declara que el título del poseedor es nulo y que el vendedor era el verdadero propietario al vender, quedará declarado que el comprador reivindicante pasó a ser el nuevo propietario desde el momento de la perfección del contrato. Así lo entendía el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, seguido por MORELL y MANRESA, y hoy, a mi entender, LUIS DIEZ PICAZO.

Si, por el contrario, la Sentencia declara que el título del poseedor es válido, de manera que el vendedor no era el verdadero propietario al vender, se tratará de un supuesto de venta o cesión de derecho ajeno y no de venta del derecho propio, que es la hipótesis contemplada.

### 3) *Sentencia de 30 de junio de 1989*

Al igual que la resolución que comento, también es muy reciente, y posterior a mi estudio de 1989, una sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo del día 30 de junio de 1989 (Aranzadi, Jurisprudencia, ref. 4.800), de la que hice un pequeño comentario en la publicación *Lunes 4,30* (núm. 43, págs. 21-25).

Esta sentencia no entra a considerar si la desposesión del vendedor por un poseedor en concepto de dueño implica la no transmisión del dominio hasta la recuperación de la posesión por el vendedor seguida de la entrega al comprador, porque según la sentencia se trata de una “cuestión nueva”, es decir, planteada en el recurso de casación pero no propuesta, debatida y probada, en primera instancia. Observa el Tribunal, además, que la sentencia de instancia no califica al poseedor como un poseedor titulado en concepto de dueño sino como un mero *detentador*.

La sentencia cita a las otras dos sentencias, sobradamente conocidas,

que analicé en mi estudio de 1987 (págs. 1347 a 1361) y en el de 1989 (págs. 1647 a 1651 y 1778 a 1788), en las que se plantea el tema de la desposesión del vendedor (S. 21 diciembre 1905 y S. 20 enero 1912), pero nada nuevo y definitivo añade a lo que estas dos sentencias declararon.

No obstante, al relacionarlas con el caso sentenciado en 1989 viene a recordar que, si bien directamente resuelven la cuestión planteada por el comprador contra el vendedor (fundada en que el vendedor estaba desposeído y el comprador no recibió la posesión de la cosa), denegando la pretensión del comprador, también declaran incidentalmente que el comprador puede reivindicar contra el poseedor *en concepto de dueño*. Así da a entender que, con mayor razón, cabe la reivindicación contra el *detentador* en el caso sentenciado en 1989.

Lo que no dice expresamente es que, en el caso sentenciado, también cabría la reivindicación por el comprador, como propietario, contra el poseedor, aunque se hubiera probado que era un poseedor titulado en concepto de dueño y no sólo un mero detentador.

#### 4) Resolución de 25 de enero de 1990

En el caso ahora resuelto por la Dirección, entiendo que la albacea ha contratado la *cesión del derecho de propiedad que se atribuye el poseedor* en concepto de dueño, quien exhibe un documento privado de adjudicación, tachado de falso por la albacea.

Por esta razón, la albacea manifiesta en la escritura de venta (cesión) que “si el comprador *no pudiera tomar posesión* de la finca por cualquier causa no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal”, aunque la representación del comprador en el recurso entendió que “lo único que hacen las partes intervinientes en dicho dispositivo, presuponiendo el nacimiento del derecho real (quiere decir presuponiendo realizada la transmisión del derecho de propiedad) es formular un pacto de exoneración de responsabilidad en el caso de evicción o vicios ocultos (arts. 609, 1.095, 1.462, 1.474, 1.475 y 1.481)”. Es claro que el comprador estima transmitido el dominio como lo tiene el vendedor (es decir, controvertida su pertenencia y sin la posesión de la cosa), aunque por olvido de lo que es el contrato de cesión de un derecho incorporal su técnica jurídica no sea acertada.

A mi entender, insisto, se trata de un contrato de compraventa (del título IV del libro IV del Código Civil), pero no de un contrato de compraventa *de una cosa* poseída por el vendedor (al que se refieren los capítulos I a VI del mismo título), que obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (art. 1.445 CC), sino que se trata de un contrato de

compraventa *de un derecho incorporal* (al que se refiere el capítulo VII del mismo título) que *no obliga al vendedor a entregar una cosa* que no posee y que *es inmediatamente traslativo del derecho* de propiedad no acompañado de la posesión (art. 1.526 CC).

Claro que, a menos que el poseedor reconozca extrajudicialmente que la heredera era la verdadera dueña al vender la albacea, autorizada por el testador, tendrá que ser una sentencia firme de juicio declarativo la que así lo declare, una vez probada la nulidad del título de adjudicación al administrador, demandado por acción reivindicatoria como poseedor en concepto de dueño con título nulo. Si la sentencia estima la reivindicación pretendida queda *aclarado* que la venta es válida y eficaz e inmediatamente traslativa al comprador del derecho que la heredera dijo que le pertenecía, aunque no lo reconociera así el adjudicatario poseedor en concepto de dueño.

##### 5) *Desposesión no manifestada*

Si, en la escritura de venta, la situación de desposesión del vendedor no se hubiera manifestado (bien porque la desposesión *conocida* se hubiera silenciado, bien porque la desposesión fuera *desconocida* al vender) y, al no manifestarse la desposesión, el registrador, sin dudar, hubiera inscrito el título de compra (pese a no haberse realizado realmente la transmisión de la posesión en concepto de dueño), nos encontraríamos ante el pseudo problema que los hipotecaristas estudian al tratar de las llamadas relaciones entre la tradición y la inscripción, que unos creen zanjar diciendo que, en tal caso, la *inscripción* suple a la tradición (LA RICA) y otros diciendo que, en tal caso, la *escritura* notarial *equivale* a la tradición y es una tradición instrumental *incorporal* (LACRUZ, ALBALADEJO, MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL GARCÍA GARCÍA, etc.), para salvar a la inscripción *ya practicada* del descrédito que supone la tesis según la cual, en tal caso, la propiedad no quedará transmitida hasta que el comprador obtenga la posesión, para lo que tendrá que accionar como cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, salvo que al comprar desconociera la desposesión del vendedor, por aplicación entonces —se dice— del principio de fe pública registral (VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ).

En mi estudio de 1989, como ya antes dije, analizo (págs. 1.788 a 1.811) dos errores de Derecho resultantes del olvido de la aplicabilidad de la norma civil vigente (art. 1.526 CC) al supuesto de desposesión del vendedor: el error de configurar el contrato como venta de cosa con cesión *impropia* de la acción reivindicatoria y *eventual tradición futura* (histori-

cismo involucionista de IHERING, seguido por VALLET y ALVAREZ CAPE-ROCHIPI entre otros muchos), y el error de configurar el contrato como venta de cosa con *tradición instrumental incorporal actual* (paralogismo metahistórico de LACRUZ y otros muchos).

Cuando se trata de la inscripción *ya practicada* de una escritura notarial de compra al vendedor desposeído, en la que no se manifiesta esta situación anómala, cabe que la desposesión fuera conocida pero *silenciada* (y este es el supuesto más particularmente contemplado en mi estudio de 1987, en relación con el artículo 36, 2, LH, y el art. 41, 6, 2, LH) o bien cabe que la desposesión fuera *desconocida* (y este es el supuesto particularmente contemplado en mi estudio de 1989, en relación con los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2 CC).

## 6) *Desposesión manifestada*

Ahora, en el caso resuelto por la Dirección General, se trata de una escritura notarial de compra que *se quiere inscribir* pero que el Registrador no inscribe porque en la escritura se manifiesta, expresamente, la situación de desposesión de la heredera propietaria de la finca que vende la albacea (ya que se prefiere litigue el comprador contra el poseedor).

### 1. Contrato de cesión

Según mi tesis, teniendo en cuenta que la naturaleza jurídica del contrato concertado no depende de las palabras con las que lo denominan las partes, cuando el vendedor está desposeído, aunque los contratantes aludan a un contrato de compraventa, sin más aclaraciones, el intérprete ha de entender que se ha convenido un contrato de compraventa específicamente referido a la transmisión de un derecho incorporal, es decir, un contrato de cesión (art. 1.526), porque, en caso de desposesión, según la ley (art. 1.526), lo excepcional será contratar una compraventa de cosa que obligue al vendedor a reivindicar, aunque sea el comprador quien *ejercite* la acción reivindicatoria del vendedor que continúa siendo el propietario y el titular de la acción hasta el momento en que haga tradición de la posesión después de recuperarla.

En este sentido, el Tribunal Supremo (S. 21 diciembre 1905) aclaró que el comprador de una finca que está poseída en concepto de dueño por un tercero *sin que se manifieste* en la escritura de venta la situación de desposesión del vendedor, si *conoce* la desposesión, no puede pedir al vendedor la entrega, pero sí que puede, como comprador, reivindicar

contra el poseedor, pedir al poseedor la devolución de la posesión de la cosa de la que ha comprado el derecho de propiedad incorporal.

La solución ha de ser la misma cuando el comprador *conoce* la desposesión del vendedor y *la manifiesta* (véase mi estudio de 1987, al analizar esta Sentencia de 1905 y la de 20 de enero de 1912, págs. 1347 a 1361, y también mi estudio de 1989, págs. 1647 a 1651 y págs. 1778 a 1788).

## 2. Contrato de venta de cosa

Pero la resolución comentada, evidentemente, no interpreta que la albacea ha otorgado un contrato de venta de un derecho incorporal.

2.1. Según la opinión errónea de IHERING, en su interpretación del Derecho romano, *en todo caso* de desposesión del vendedor la *única solución* para que se transmita el derecho de propiedad consiste en que el vendedor, que continúa siendo el propietario, recobre la posesión —aunque sea el comprador quien ejercite la acción reivindicatoria por cesión impropia o cesión del ejercicio de la acción derivada del derecho ajeno (el del vendedor)— y después de haberla recuperado la entregue al comprador, aunque la tradición será *brevi manu* si el comprador ya ha recobrado la cosa para el vendedor, de manera que en el momento de recobrarla para el vendedor la recibe de éste para sí mismo.

2.2. A mi modo de ver, la Dirección General superpone a esta opinión de IHERING la opinión infundada del profesor LACRUZ acerca de la denominada tradición instrumental incorporal, dando a entender, aunque no lo diga expresamente, que si la sentencia declara que el derecho vendido *no* pertenecía al adjudicatario en el momento del *otorgamiento de la escritura notarial* de venta (o, mejor dicho, del otorgamiento de la venta en escritura notarial), en este mismo momento quedó válidamente perfeccionada la venta y, además, quedó cumplida la tradición, antes de que el comprador hubiese obtenido la posesión.

En consecuencia, si se presenta nuevamente a inscripción la escritura notarial de venta, ahora acompañada del testimonio de la correspondiente sentencia firme —como documento que subsana un defecto puramente registral, que es la *duda* acerca de la nulidad de la adjudicación al administrador del causante— puede practicarse la inscripción, mas no porque el comprador acaso ha recibido la posesión de la finca, sino porque el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición, aunque el vendedor no era el poseedor al vender y aunque el comprador no haya obtenido la posesión después de recaer la sentencia.

2.3. Sin embargo, también puede entenderse que la Dirección General

no ha querido llegar directamente a esta interpretación, no propuesta por el recurrente, dejando en libertad al Registrador para que, al calificar nuevamente la escritura y por primera vez la sentencia, estime si la tradición ha quedado cumplida *realmente*, porque el comprador ya ha obtenido la posesión en ejecución de la sentencia, cuando así resulte de la documentación presentada, o bien si la tradición ha quedado cumplida *por equivalencia*, porque la escritura notarial de venta *equivale* al cumplimiento de la tradición, de manera que la transmisión de la propiedad quedó consumada en el momento del otorgamiento de la escritura.

2.4. La interpretación por la Dirección General del caso resuelto podría resumirse así: Como sólo se transmite el derecho de propiedad por contrato de compraventa si éste es válido y si queda complementado con la tradición, por ahora hay que esperar hasta que una sentencia aclare que la venta es válida porque la anterior adjudicación al administrador del causante es nula, y después, una vez presentada nuevamente la escritura a la que se acompañará el testimonio de dicha sentencia firme, se podrá calificar si también en este caso el otorgamiento de la escritura de venta equivale a la tradición, en el sentido de que la transmisión del dominio se produjo en el momento del otorgamiento del contrato, o bien en el sentido de que la transmisión del dominio se produjo en el momento de obtener el comprador la posesión, judicialmente pero en mérito de la voluntad del *tradens* manifestada en la escritura.

Hasta entonces se puede practicar anotación de la suspensión de la inscripción por el defecto subsanable de ser actualmente incierta o dudosa la validez de la venta, o sea, la nulidad de la adjudicación anterior; y, por si no se consigue subsanar el defecto durante la vigencia de esta anotación, no se quiere solicitarla, se puede practicar la anotación de la demanda reivindicatoria dirigida contra el adjudicatario poseedor.

2.5. Cabe pensar que la Dirección General interpreta, *a contrario sensu*, que si en la escritura notarial se manifiesta la desposesión del vendedor pero no se atribuye al poseedor un título específico (que ha de ser nulo para que sea válida la compra al propietario desposeído), es decir, si se manifiesta que existe un poseedor sin título (poseedor no titulado) y no un poseedor con título nulo (poseedor titulado), entonces, la propugnada tradición instrumental incorporal es inmediatamente aplicable porque no se alude en la escritura a un contrato (o adjudicación) anterior que haya de ser declarado nulo, de manera que el comprador adquiere el derecho de propiedad por el contrato de compraventa y en el momento de la tradición instrumental incorporal, o sea, *en el momento del otorgamiento de la escritura* notarial de compraventa (art. 1.462, 2, según la interpretación de LACRUZ).

Pero es más probable que si un calificador registral se encuentra ante un supuesto de poseedor *no titulado*, buscará otro defecto subsanable, como podría ser la *duda* acerca de si el poseedor al que alude la escritura acaso tiene un concreto título válido y es el verdadero propietario, incluso por título de usucapión consumada *contra tabulas*.

### 7) *Opinión de Lacruz y criterio de Pedro Gómez de la Serna*

1. La interpretación comentada no considera que el verdadero “defecto subsanable” para que la tradición *corporal* se realice es la falta de posesión del vendedor y que este “defecto” sólo se subsana cuando el vendedor recupera la posesión porque el poseedor la devuelve, bien voluntariamente o bien en trámite de ejecución de sentencia firme recaída en juicio reivindicatorio, en el que quedó probada la nulidad del título del poseedor cuando se trata de poseedor titulado.

2. Es más, no considera, al menos con claridad, expresamente, que la *duda* aludida no se refiere a la *nulidad* de la anterior adjudicación al administrador, determinante de la *validez* de la venta, como he venido diciendo por seguir la línea expositiva de la resolución, sino que dicha *duda* se refiere, en el fondo, a la *pertenencia* del derecho a la heredera en el momento de vender la albacea, pues no es segura e indudable la *hipótesis* de que el *verdadero* propietario sea la heredera, como ella afirma.

3. No tiene en cuenta, la resolución, que cuando el vendedor está desposeído (por un poseedor sin título concreto, o por un poseedor con título concreto, y no sólo con título inconcreto, presunto según el art. 448 del CC), la escritura notarial de venta, en realidad, formaliza un contrato de cesión del derecho incorporal de propiedad, del derecho sin la posesión, contrato que no requiere una entrega o tradición, ni corporal ni incorporal (ver mi estudio de 1989, págs. 1788 a 1811).

3.1. Los seguidores del profesor LACRUZ creen ver un contrato de venta de cosa con *tradición incorporal* actual y efecto traslativo actual, cuando en realidad están viendo un contrato de venta de *derecho incorporal*, es decir, un contrato de cesión, que ontológicamente no obliga a hacer tradición y que, por sí solo, sin tradición alguna, transmite el hipotético derecho del vendedor, como lo tiene sin la posesión. Lo incorporal no es la tradición, que se cree ver en el artículo 1.462, 2, sino que lo incorporal es el derecho, al que se refiere el artículo 1.526. Y la voluntad de transmitir el derecho es elemento del contrato; no es elemento de la tradición como lo es en el Derecho alemán mobiliario.

El resultado de aplicar la teoría de LACRUZ parece ser el mismo que el resultado de aplicar el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: la transmisión del derecho se realiza en el momento de la perfección del contrato (en el momento del otorgamiento de la escritura dice LACRUZ). Pero a este resultado llega LACRUZ por el camino equivocado de confundir el contrato de cesión, que no obliga a hacer tradición (art. 1.526), con un contrato de venta que obliga a hacer tradición (art. 1.445), lo que impone considerar cumplida la obligación sin tradición *corporal* alguna (aunque sea “desmaterializada”), proponiendo que en el caso considerado la tradición corporal se suple o sustituye por el otorgamiento de una escritura notarial, que es una “forma” de tradición, pero *incorporal*.

3.2. En cambio, la calificación como contrato de cesión de derecho incorporal permite el tratamiento coherente de todas las cuestiones relacionadas con la situación de desposesión del titular registral del dominio, tanto si la desposesión es conocida y *manifestada* al vender, como si la desposesión es conocida pero no manifestada al vender (desposesión *silenciada*), como si la desposesión es *desconocida* al vender. No sólo desde el punto de vista civil sino también desde el punto de vista registral, sustantivo y procesal (principios registrales de legitimación y de inoponibilidad a tercero, de legalidad, de tracto sucesivo, de prioridad, procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, etc.).

Se trata de un punto de vista que arranca de la profundización en el conocimiento del sistema español de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad por contrato de compraventa, y también por otros contratos asimismo traslativos del dominio, bien diferenciado del sistema alemán y liberado de algunas teorías propuestas con más buena voluntad que fundamentación jurídica.

3.3. Mi estudio de 1989 creo que demuestra la inconsistencia de la teoría de LACRUZ, como simple consecuencia de la tesis que mantengo, fundada en el criterio del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA. Rechazada dicha teoría en mi estudio de 1980, con argumentación adicionada en mi estudio de 1987, en el de 1989 reiteradamente insisto en el rechazo y al final del estudio resumo las *diferencias* de la teoría de LACRUZ y del criterio actualizado de GÓMEZ DE LA SERNA (págs. 1794 a 1811, en particular págs. 1804 y sigs.).

## 8) *Momento de la transmisión*

En el supuesto de desposesión del vendedor, es fundamental determinar el momento en que queda transmitido el derecho del vendedor al comprador, y más concretamente si la sentencia del juicio *declarativo* reivindica-

torio seguido por el comprador contra el poseedor en concepto de dueño (enfrentado al titular registral del dominio en su caso) ha de declarar propietario al que lo era antes de vender y lo será hasta que el comprador obtenga la posesión en concepto de dueño por contrato de compra con adicional cesión *impropia* de la acción reivindicatoria que hasta entonces tiene el vendedor (solución IHERING); o bien la sentencia ha de declarar propietario al comprador desde el momento de la perfección del contrato de compra, aunque sólo cuando está otorgado en escritura notarial, si fuera cierto que en tal supuesto existe una tradición incorporal que no transmite la posesión pero complementa el contrato para que quede transmitido el derecho de propiedad (solución LACRUZ); o bien la sentencia ha de declarar propietario al comprador desde el momento de la perfección del contrato de compra denominado contrato de cesión de derecho incorporal, sin ninguna entrega o tradición adicional, ni siquiera la ficticia tradición instrumental incorporal (solución GÓMEZ DE LA SERNA).

1. De entrada, contra la solución IHERING, es muy importante observar que cuando el vendedor está desposeído, la Sentencia estimatoria de la reivindicación significa que se considera probada la pertenencia del derecho, en el momento de la perfección de la venta, al vendedor y no al poseedor, de manera que después de la sentencia la posesión del demandado deja de tener la virtualidad probatoria que le liberaba de exhibir su título adquisitivo (art. 448). En el momento de la sentencia, la presunción legal del artículo 448 ha cedido ante la prueba contraria del reivindicante (art. 348, 2). Después de la sentencia, la posesión que pueda continuar teniendo el demandado vencido, hasta el momento de la obtención de la posesión por el demandante vencedor en el trámite de ejecución de la sentencia, ya no es una posesión en concepto de dueño apta como prueba de la pertenencia del derecho. Recaída la sentencia estimatoria firme, prácticamente, desaparece la fundamentación del condicionamiento legal de la transmisión de la posesión, es decir, *desaparece el fundamento de la exigencia legal de la tradición* al efecto de quedar transmitido el dominio al comprador (art. 609, 2, al final).

2. Según la solución LACRUZ, la sentencia estimatoria de la reivindicación declarará que se ha producido el efecto traslativo en el momento de la perfección del contrato, pero en cuanto éste es el momento del otorgamiento de la escritura que lo formaliza, porque este otorgamiento *equivale* a la tradición que es necesaria para que se transmita el dominio por consecuencia del contrato según el artículo 609, 2, al final.

3. Según la solución GÓMEZ DE LA SERNA, la sentencia estimatoria declarará que se ha producido el efecto traslativo en el momento de la

perfección del contrato, porque no es necesaria tradición alguna para que por el contrato quede transmitido el derecho de propiedad del vendedor, sin tradición corporal y sin tradición incorporal (art. 609, 2, al principio, “por la ley” del art. 1.526).

La sentencia desestimatoria de la reivindicación, según la solución GÓMEZ DE LA SERNA, declarará que el contrato de cesión, con terminología española, es nulo o inválido, mas no por defecto del contrato sino por faltar un presupuesto del acuerdo: la *pertenencia* al disponente del derecho de que dispone, ya que ha resultado probado que dispuso de un derecho ajeno como si se tratara de un derecho propio. El vendedor no era un propietario desposeído; el vendedor era un no propietario enfrentado jactanciosamente al poseedor y verdadero propietario.

### III. ¿ANOTACIÓN O INSCRIPCIÓN?

Una vez examinada la naturaleza jurídica del contrato concertado procede considerar si la inscripción pedida ha de ser denegada o debe ser suspendida o puede ser practicada.

En principio, parece que se trata de una cuestión exclusiva y típicamente registral, por lo que los hipotecaristas y la Dirección General tienen la última palabra, pero esto sólo será así en cuanto su interpretación no desvirtúe el sistema español de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad por contrato de compraventa tal como lo plantearon los legisladores o, si se prefiere, como ordenan las leyes vigentes.

#### 1) *Resolución de 25 de enero de 1990*

Según la resolución: “El principio de legalidad —garantía de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos sólo los negocios que, por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean *ciertos y válidos*. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no queden dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien verificarse la subsanación, bien pedirse anotación preventiva, bien interponerse demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta”.

## 2) *Criterio de Pedro Gómez de la Serna*

Pero procede recordar lo que a propósito del tema dijo el legislador hipotecario PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el autor de la Ley que ampara a la propiedad y al crédito territorial, al tercero hipotecario y a muchos profesionales del Derecho, criterio auténtico que siempre he considerado muy fiable y que he intentado actualizar en mis tres estudios citados.

En 1862 publica sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, de los que, por su importancia decisiva para el tema que se trata, conviene transcribir algunos textos.

1. Al estudiar los títulos sujetos a inscripción traslativos de dominio y comentar el artículo 2.º, 1, de la LH, afirma que **la enajenación de las acciones reivindicatorias de inmuebles está sujeta a inscripción** (pág. 260), argumentando así:

“El célebre juriconsulto PAULO dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el *Digesto* entre las reglas del Derecho: *Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (Ley 15, título XVII, libro L del *Dig.*). Esta regla no debe ser entendida literalmente, porque sin duda es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribió POMPONIO (Ley 204 del mismo título y libro); lo que quiere decir es que, por ficción del Derecho, el dominio de la cosa no poseída por el dueño está *reemplazado* por la acción reivindicatoria, a lo que es consiguiente que ésta toma el carácter de cosa inmueble cuando se refiere a la propiedad de cosas raíces. Esta ha sido la doctrina corriente entre los juriconsultos de todas las épocas. POTHIER (*Communauté*, núm. 69) dijo a este propósito: *actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis*. Entre nosotros esta doctrina ha sido aceptada: nuestros juriconsultos han seguido la escuela de los romanos, como lo han hecho por regla general los demás Estados de Europa. El Código Civil francés ha ido más adelante: ha elevado a ley la máxima romana, declarando que por el objeto a que se aplican son bienes raíces las acciones reivindicatorias de cosas inmuebles, ejemplo imitado en otros Códigos modernos. A esto parece adherirse nuestro proyecto de Código Civil (art. 380. Son bienes inmuebles: Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles). No creemos, pues, que haya motivo para excluir de la inscripción las acciones reivindicatorias de inmuebles: haciéndolo nos pondríamos en contradicción con nuestros precedentes.

Pero no sólo por esta consideración opinamos así: hay otras más fuertes que nos moverían a ello, aunque no encontráramos ni textos expresos ni doctrina recibida en este sentido. El que traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la misma cosa; lejos de

esto, al adquirente se transfiere solamente un derecho, más o menos dudoso, más o menos contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito; pero si llega a triunfar, si la acción que antes representaba al dominio es reemplazada por la declaración judicial del dominio del mismo, no puede decirse que este dominio, que esta propiedad, tiene como título la sentencia; ésta sólo se ha limitado a hacer la declaración de una cuestión litigiosa, no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente arranca *de la compra*, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción: el fallo ha hecho solamente depurar el derecho, dar al adquirente lo que a no habérselo traspasado la acción no le correspondería, poner límite a las alternativas y terrores del litigio, y considerar como dueño al cesionario, no desde el día de la ejecutoria, sino desde el traspaso de la acción, lo que es una prueba de que este acto fue el traslativo del derecho real.

Ni se crea que esta cuestión es más especulativa que práctica: si lo creyéramos así no la habríamos propuesto. El caso de comprar, de ceder acciones reivindicatorias y de celebrar otros contratos o actos relativos a su enajenación es bastante frecuente: puede suceder muy bien que aquel a quien corresponde la acción la cede primero a uno y después, u olvidado de la cesión hecha, o por mala fe, y cometiendo un estelionato, se la ceda a otro; y este caso, si bien no frecuente, no es tan raro como de desear fuera: si no se considerase como bien inmueble la acción reivindicatoria sucedería en este caso que aquel a quien se hubiesen entregado los documentos sería el verdadero dueño de la acción, porque la entrega le transfirió el dominio, sin que ningún otro pudiera disputárselo; mas si se reputa raíz, como creemos, el dueño será el que haya inscrito su derecho, aunque sea el segundo cesionario. Y si el que recibió documentación e hizo escritura no hubiera inscrito su derecho y, sin embargo, siguiese el pleito y, lo que es más, triunfara, el triunfo en último resultado no vendría a aprovecharle a él, sino al que oportunamente hubiese inscrito en el Registro su derecho si entablara un segundo litigio, porque no podría menos que sucumbir en él el que por su negligencia había dejado de cumplir con el requisito de la inscripción.”

2. En otro lugar, como apéndice final al *comentario del artículo 20* de la LH de 1861 (pág. 553, nota *a*), dice PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA que “se ha impugnado la tesis de que las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción” y manifiesta textualmente: “Respetamos todas las opiniones, y con la mejor voluntad reconocemos los errores en que, a pesar de la más detenida reflexión, podemos incurrir. No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han

hecho conocer que nos habíamos equivocado. Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que las enajenaciones de las *acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*. [La bastardilla está en el original].

Para demostrarlo hemos dicho lo bastante en el comentario al artículo 2.º (págs. 260 a la 261 de este tomo), donde, aunque sucitamente, examinamos la cuestión bajo el doble aspecto de la teoría y de la práctica. Dando, pues, por reproducido lo que allí dijimos, nos limitaremos a añadir algunas palabras sobre el argumento con que se nos impugna [por ARIZA y ESCOSURA].

Redúcese a decir que el que tiene inscrito el dominio no necesita reivindicarlo, y que si no lo tiene inscrito y enajena la acción reivindicatoria, el adquirente no podrá inscribirla, porque encontrará para ello obstáculos en el artículo 20 de la Ley, que dejamos comentado.

Para que se conozca la ninguna fuerza del argumento que se ha querido presentar con la forma de dilema, basta considerar que no es exacto que aquel a quien corresponde el dominio no tenga a veces la necesidad de reivindicarlo; por el contrario, sólo el que es dueño puede reivindicar, y éste es el único medio que tiene para obtener material y físicamente la cosa que legalmente es suya y está poseída o detentada por otro. La acción real por excelencia o reivindicatoria sólo se da al que es dueño contra el que posee, para que entregue la cosa que indebidamente retiene. *In rem actio est*, dice ULPIANO (par. inicial de la ley 25, título VII, libro XLIV, del *Digesto*), *per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et ex empto adversus eum est qui rem possidet*. Esta es también la doctrina de nuestras leyes, como la de todas las naciones: es la ciencia; la ley 2.ª del título III, partida III, dice: "Pidiendo el demandado en juicio alguna cosa por suya, deve catar el demandado a quien la pide, que non entre en pleito sobre ella, si la non teniese". Así, se ha dicho siempre que la reivindicación es la acción que compete al dueño de la cosa contra el que la posee o es considerado por el Derecho como poseedor, para que la entregue con sus frutos y accesiones.

Esto es lo que también diariamente sucede en la práctica, en que son tan frecuentes los juicios de reivindicación de inmuebles contra los que sin ser dueños las poseen de buena fe unas veces, y de mala fe otras. No creemos que haya quien crea que lo que sucede hoy cese por completo desde que empiece a ejecutarse la Ley Hipotecaria, si bien es de presumir y de desear que sea en mucha menor escala. Lo demás sería suponer el imposible de que esta ley había de producir el milagro de que no hubiera

en adelante poseedores injustos, ni usurpadores, ni personas que creyéndose de buena fe dueños de la finca ajena que poseían estuvieran dispuestos a sostener el que conceptuaron su derecho, negándose por lo tanto a dejar libre al que extrajudicialmente reclamase. Por más confianza, y es grande la nuestra, que tengamos en que la Ley Hipotecaria ha de atajar muchas de estas cuestiones, en que ha de cortar frecuentemente el vuelo a usurpaciones y fraudes, en que ha de dar más fijeza y seguridad al dominio y a los demás derechos en las cosas inmuebles y en que ha de impedir adquisiciones que se han hecho hasta ahora con buena fe, reputando por dueño al que no lo es, estamos muy lejos de imaginar que produzca el resultado prodigioso de hacer desaparecer las reivindicaciones, lo que supondría imposible el caso de que la finca cuyo dominio estuviera inscrito a nombre de uno pudiera ser poseído injustamente por otro. Esto sería alcanzar el bello ideal a que nunca llegaron las obras de los hombres.

De lo dicho se infiere que el que tenga el dominio inscrito a su favor podrá reivindicar la finca en todas las ocasiones en que otro la posea, y diremos más, que no tendrá otro remedio legal para conseguirlo. Véase, pues, cómo el propietario que tiene inscrito su derecho tiene la acción reivindicatoria para poder reclamarlo del que posee la finca. Y no tendrá, como se supone, que provocar la cuestión de quién es el dueño aquel que posee la finca registrada a su nombre con el número... al folio... del libro de la propiedad. Esto no sería reivindicar: el que reivindica, según las leyes, tiene que formular su petición de modo diferente: tiene que afirmar que es dueño de la cosa, asegurar que está poseída por otro, expresar la persona determinada que la posee y presentar los *títulos en que funda su acción*, que en el presente caso partimos del supuesto de que están inscritos, y en virtud de todo, solicitar que el Juez mande que el poseedor deje libre y desembarazada la finca, restituyéndola con todos los frutos y rentas que haya producido o podido producir desde el tiempo en que injustamente se haya detentada. [A esto se refiere hoy el art. 41 LH].

Pero el que tiene el dominio inscrito cuando su cosa se halla poseída por otro puede preferir, para libertarse de las molestias, de los gastos y de las responsabilidades de un juicio, traspasar a un tercero la acción reivindicatoria, y así implícitamente todos los derechos que tenga en la cosa inmueble: de esta facultad nadie puede dudar, porque las acciones reales del mismo modo que las personales y mixtas son enajenables en los casos en que no hay una prohibición expresa en la ley. Esto es incuestionable, y la práctica ha enseñado el modo de ejecutarlo, satisfaciendo la condición que suelen poner los enajenantes de que se entienda que sólo traspasan o ceden el derecho que les corresponde, sin que estén obligados a la evicción o saneamiento en el caso de no salir el adquirente airoso de su pleito; al

efecto, después de hacer mención de que la finca objeto de la escritura es propia del enajenante y que está poseída injustamente por otro, en lugar de expresar que se transmite su dominio, se dice que se traspasa el derecho que ha y tiene en la expresada finca, y en lugar de la cláusula de saneamiento y evicción se pone la que es propia de las cesiones de derechos, a saber, que responde el enajenante de la certeza y pertenencia del título, y se limita a obligarse ulteriormente sólo a las responsabilidades que dimanen de sus actos, como si molesta al cesionario o hace a favor de otro cosa que puede perjudicarlo. Es verdad que estas cláusulas pueden ser sustituidas por otras a voluntad de las partes; pero las personas previsoras, que al enajenar las acciones suelen hacerlo con condiciones muy ventajosas, si se comparan con los que traspasan el dominio de lo que poseen, no suelen descuidarse en fijar cláusulas que los pongan a cubierto de tener que resarcir a los adquirentes de las acciones, en el caso de que no les sea favorable el éxito del pleito. Estas acciones reivindicatorias de bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro por las razones que dejamos expuestas cuando examinamos esta cuestión, y damos aquí por reproducidas.

No debe perderse tampoco de vista que aun contra el que tiene inscrito un derecho real y está en posesión o cuasi posesión de él puede haber lugar a la reivindicación, porque los actos o contratos a que debe origen su derecho pueden ser ilegales, tal vez falsos, y, con arreglo al artículo 33, la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos, que son nulos con arreglo a las leyes; y, por consiguiente, a pesar de la inscripción el poseedor puede perder el señorío de la cosa en un juicio de reivindicación.

Concluimos diciendo que ni hemos dicho ni podíamos decir que se puede inscribir el título de enajenación de una acción real sobre un inmueble, sin que antes esté inscrito a favor del enajenante o cedente. Siempre hemos procurado hablar dentro de las condiciones de la ley, explicándolas rectamente, aun que desconfiando de nuestro trabajo.

Destruida una de las proposiciones disyuntivas del dilema, pierde éste por completo su fuerza, y no necesitamos decir en justificación de lo que hemos escrito respecto a que las enajenaciones de las *acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción.*”

3. Hasta ahora no se ha dado a estos concretos Comentarios la *trascendencia* que realmente tienen, probablemente porque entonces no se comprendió el tema, como demuestra el mismo comentario y las opiniones de algunos autores coetáneos. Es más, actualmente, nadie cita este texto de GÓMEZ DE LA SERNA, lo que resulta sorprendente.

Como resumen de dichas opiniones, basta considerar lo que, mucho más tarde, escribe MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil español*:

“¿Puede en el Registro ser objeto de inscripción la cesión de acción reivindicatoria? No creemos sea inoportuno el tratar, aunque sea a la ligera, esta cuestión, tan íntimamente relacionada con la propiedad.

El señor LASERNA [GÓMEZ DE LA SERNA], al comentar la Ley Hipotecaria, sostenía la afirmativa.

Sostienen la opinión contraria, esto es, la no inscripción de dicha cesión, los señores ARIZA y ESCOSURA fundando su criterio en que si el dueño del inmueble lo tiene inscrito en el Registro no necesita reivindicarlo, y si no lo tiene inscrito no podrá inscribirse la cesión sin que previamente conste inscrito el dominio [del cedente].

Los señores GALINDO y ESCOSURA creen que, anotada una demanda presentada en virtud de acción reivindicatoria, puede anotarse el traspaso de dicha acción (tomo I, pág. 372, ed. 1880).

El señor MORELL, en sus modernísimos *Comentarios*, resuelve con claridad y exactitud el problema de que se trata: Las acciones, dice, no son otra cosa que medios concedidos por las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete. El derecho no se concibe sin acción para hacerlo valer en caso necesario; pero las acciones por sí solas no son derechos. *La cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representa o sólo envuelve un apoderamiento o mandato.* En el primer caso el acto será inscribible si el derecho recae sobre bienes inmuebles o derechos reales, no en cuanto cesión de acciones, sino en cuanto cesión de derechos. En el segundo caso no hay acto inscribible (tomo I, pág. 437)”.

### 3) *Actualización del criterio de Gómez de la Serna*

Hay que reconocer que el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA no desarrolló su criterio concretando todas sus consecuencias prácticas o de aplicación, ni concretamente indicó las circunstancias de la inscripción que preconizaba.

Pero estimo que estas dificultades no deben arredrar a nadie que haya llegado al convencimiento de que, en el Derecho civil puro, sin interferencias registrales, la transmisión *actual* del *derecho* del propietario desposeído no está suspensivamente condicionada por la ley a la transmisión actual de la posesión (corporal) ni a la transmisión futura de la posesión una vez recuperada por el vendedor, ni a una imaginaria tradición *incorporal* actual mediante el otorgamiento de la venta en escritura notarial, sino que el derecho *incorporal*, sin la posesión, queda transmitido en el momento del otorgamiento *del contrato de cesión* del derecho incorporal, dando por supuesto, naturalmente, que el derecho pertenece al cedente, de

manera que incumbe al cesionario, como propietario, obtener para sí la posesión que tiene un tercero, si es preciso reivindicando en juicio declarativo y probando en él la nulidad del título concreto en que el poseedor intente fundamentar su posesión.

En mi estudio de 1987 (pág. 1362) dije:

“El *Registrador* ha de calificar la compra y la entrega documentadas en la escritura y la solución de la cesión traslativa permite enfocar adecuadamente la problemática de la calificación de la tradición como requisito necesario para que se transmita el derecho de propiedad del vendedor.

En la inmensa mayoría de los casos, de la escritura no resultará que el vendedor está desposeído o que, por acuerdo de las partes, el otorgamiento no equivale a la entrega. La inscripción se practicará porque se presume que el propietario vendedor es poseedor y realiza la entrega, según resulta de la inscripción del vendedor (art. 38, 1 y 2) y de la escritura (art. 1.462, 2).

Aunque el vendedor haya sido desposeído, si no se manifiesta la desposesión en la escritura, porque se desconoce o porque se oculta, la inscripción se practicará, pues la apariencia documental es la misma que cuando el vendedor es poseedor.

Según la opinión común, si acaso en la escritura se manifiesta la desposesión del vendedor el Registrador tendrá que *denegar* la inscripción; sin embargo, supuesta la posibilidad de la cesión traslativa por compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, no es descabellado que se pueda *practicar* la inscripción.

1. Es decir, que conviene considerar la realidad registral, el hecho cierto de la inscripción practicada de la escritura en la que no se declaró la situación de desposesión del vendedor, cuando la desposesión era conocida por el comprador, pero no se manifiesta y se oculta, disimula o silencia en la escritura, para registrar la compra (el caso silenciado, el supuesto de “mala fe” en sentido impropio), y cuando la desposesión era desconocida por el comprador (el caso desconocido, el supuesto de “buena fe” en sentido impropio). Ambos casos son los verdaderamente importantes y a los que se refiere el presente estudio [de 1987], porque en ellos, aunque no lo parezca, realmente consta registrada la compra al propietario desposeído, es decir, la cesión de la acción reivindicatoria, la excepcional adquisición del dominio por compra, sin entrega adicional por ser actualmente imposible, frente al principio general de adquisición por compra y entrega inmediata al pago del precio. Una vez más, al referirse a la inscripción en el Registro, contrasta la apariencia, de una tradición por el otorgamiento del contrato en escritura, con la realidad, de la transmisión de la propiedad incorporal y controvertida por el contrato solamente.

*En resumen*, hay una realidad que no cabe desconocer. El oponerse,

conforme a la opinión común, a la inscripción de la compra a un vendedor desposeído, no impide el hecho real de la inscripción de las escrituras en las que no se manifiesta la desposesión, que el comprador desconoce o que el comprador oculta que conoce para lograr la inscripción y ampararse en el artículo 41 para lograr fácilmente la posesión, y hay que explicar la eficacia de tal inscripción.

No parece descabellado inscribir la hipotética escritura en la que se manifiesta la desposesión del vendedor, pero, de todos modos, la práctica imposibilidad de que se inscriba puede orillarse, pues basta no manifestar la desposesión del vendedor, lo que es perfectamente lícito, aunque decidir con cierta seguridad responsable este silenciamiento y las cautelas adecuadas exige una cuidadosa atención y no olvidar los vericuetos por los que se llega a la salida o final del laberinto”.

2. Respecto al supuesto de *conocimiento manifestado de la desposesión*, dije (pág. 1332):

“Desde luego, si se entiende que el derecho de propiedad sólo se transmite por compra desde el momento en que se transmite la posesión del vendedor al comprador, sin excepción alguna, es evidente que no se puede inscribir una hipotética escritura de compra en la que se manifiesta que el vendedor no es poseedor, que no puede entregar y que, por tanto, no lo hace pese a la presunción de entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2).

Pero si se estima que es posible la cesión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, la cesión de la acción reivindicatoria, traslativa del derecho desde la perfección de la compra (art. 1.526), supuesta la sentencia estimatoria de la pretensión del reivindicante, entonces hay que considerar el tema con mayor atención.

2.1. Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, GÓMEZ DE LA SERNA, colegislador y comentarista auténtico de la Ley, venía a decir lo siguiente, con otras palabras (págs. 574-580):

Al Registro no han de acceder derechos dudosos y el derecho del cesionario de la acción reivindicatoria es un derecho controvertido, por lo que no es posible practicar inscripción de inmatriculación por título de compra o cesión de la acción reivindicatoria.

En cambio, si el vendedor es titular registral, aparente y presunto propietario, al parecer injustamente desposeído, ya que el poseedor no ha contradicho registralmente la presunción a favor del titular registral (hoy art. 38, 2), el comprador cesionario adquiere el mismo derecho que ya está inscrito a favor del vendedor y podrá reivindicar para recuperar la posesión, al igual que podía hacerlo el vendedor inscrito. Por ello, la compra de la acción reivindicatoria al titular registral del dominio se puede inscribir cuando la escritura se refiere a la desposesión del vendedor.

Además, esta compra se ha de poder registrar para evitar que la protección registral llegue a perjudicar al primer cesionario con título no inscrito porque no se le permitió inscribir la escritura de compra en la que se manifiesta la desposesión del vendedor, frente al segundo cesionario con título inscrito porque en su escritura de compra no consta la desposesión del vendedor.

2.2. Desde los orígenes del actual Registro, la opinión del legislador (GÓMEZ DE LA SERNA), favorable a la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, contratada expresamente por el vendedor inscrito (pág. 577), tropezó con la oposición de insignes juristas, como GALINDO y ESCOSURA, oficiales letrados de la Dirección General de los Registros (págs. 577 y 581), aunque otros juristas insignes entendieron que su criterio era acertado, entre ellos MANRESA, que fue Director general de los Registros (pag. 581). Pero más tarde, aproximadamente desde 1925, se empezó a perfilar (J. GONZÁLEZ, en la *RCDI*, cuando ya era Subdirector de los Registros y del Notariado), y luego prosperó entre los más ilustres publicistas, como opinión, que civilmente sólo es posible la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, pues no es posible la cesión traslativa al comprador de la acción reivindicatoria inseparable del derecho, al dar como válido en el Derecho español histórico y en el Código Civil el criterio interpretativo de IHERING referente al Derecho romano que como Derecho común estaba vigente en Alemania antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900, y al desenfocar el sentido de la jurisprudencia referente al artículo 1.462, 2, en relación con el deshaucio por precario.

La reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 parece inspirada en el mismo criterio de IHERING, aunque no impide aplicar el criterio de GÓMEZ DE LA SERNA a la inscripción de la escritura en la que no se manifiesta la desposesión del vendedor, pues el efecto traslativo de la cesión de la acción reivindicatoria explica, sin duda ni inconveniente alguno, lo que dispone la Ley a propósito de la posesión *contra tabulas* (art. 36, 2).

2.3. Pero si la escritura manifiesta la desposesión del vendedor, parece que deja en entredicho la presunción de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto primero), o sea, que se opone al fundamental principio de exactitud y de legitimación registral, quedando dañado el de fe pública registral, con lo que se perjudica la seguridad del tráfico jurídico para la que se instituyó el Registro de la Propiedad en 1861 y se reformó en 1862 la actuación notarial, condicionada por la conveniencia de que la inscripción se practique. Resulta, pues, necesario examinar tales apariencias y matizar algunas afirmaciones.

2.3.1. En primer lugar, la declaración o reconocimiento por el vende-

dor de que no es poseedor se opone a la presunción de posesión, pero no implica el reconocimiento de que el poseedor es el propietario. El poseedor tiene a su favor, a efectos probatorios, la presunción, resultante de la apariencia posesoria, de que tiene un título adquisitivo del derecho de propiedad, que no exhibe (art. 448), mientras que el titular registral tiene a su favor la presunción, resultante de la apariencia registral, de que le pertenece el derecho de propiedad, por su concreto título inscrito, como causahabiente de los titulares registrales anteriores (art. 38, 1, LH).

Si el titular registral se limita a reconocer que no es poseedor, reconoce el hecho en que se funda la presunción de posesión titulada, derivada de la apariencia posesoria, pero ni reconoce la consecuencia legalmente deducida en principio, que el poseedor tiene título adquisitivo, ni reconoce que esta consecuencia implique una prueba incontrovertible, sin posibilidad de prueba contraria, como si se tratara de una presunción *juris et de jure*, ni reconoce que tener título adquisitivo implique tener el derecho. Esto, tanto en juicio declarativo ordinario como en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria del artículo 41 LH.

2.3.2. El poseedor puede esperar a que el titular registral le demande para actuar desde la cómoda posición del demandado (art. 448), pero cabe que el poseedor, pese a la menor comodidad procesal, demande al titular registral y se anote la demanda de propiedad (art. 42, 1) y de contradicción formal del Registro (art. 38, 2) en la que pretenda se declare que le pertenece, por usucapación consumada o por título derivativo, el derecho inscrito a favor del titular registral, para evitar que la protección del Registro a un tercero adquirente de buena fe llegue a perjudicarlo (art. 36, 1; 34 y 32; 69 LH), impidiendo así la eventual inoperancia de la sentencia declaratoria de su derecho, porque el titular registral vendedor no poseedor no era propietario al vender. Hay que pensar ahora en el poseedor que afirma e incluso cree tener el derecho de propiedad y no en el mero usurpador.

En tal caso, el titular registral podrá vender y transmitir su derecho, incorporal y controvertido, y el comprador podrá registrar la compra sin perjuicio de la efectividad de la sentencia correspondiente a la demanda anotada (art. 71 LH). Obsérvese que en este caso hipotético se trata de la compra a un vendedor desposeído y que con la anotación de la demanda queda registrada la causa de una posible declaración de la ineficacia transmisiva de dicha compra, de la inexistencia del aparente efecto; incluso podría constar la desposesión del vendedor, si resulta de la anotación de la demanda de contradicción del poseedor.

De esto cabe deducir que no es muy lógico negar la posibilidad de inscribir una escritura de compra al titular registral desposeído cuando se solicita la inscripción antes de practicar, eventualmente, tal anotación de

la demanda de propiedad y de contradicción del Registro (art. 38, 2), si se admite la posibilidad de inscripción de la misma escritura de compra cuando es solicitada después de practicada dicha anotación”.

2.4. Por otra parte es cierto que “la constancia registral de acciones rescisorias o resolutorias o revocatorias (art. 37 LH), o de nulidad (ROCA SASTRE) o de ineficacia, ha de admitirse con cierta prevención, para evitar que las llamadas “escorias registrales” lleguen a “ensombrecer la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros, y puedan constituir verdaderas trampas para incautos, incluso para el Registrador que debe certificar de las cargas registradas” (ROCA SASTRE, ed. 1968, II, pág. 738). Pero obsérvese que, según la opinión común, se trata de la inscripción de la constitución de un *jus ad rem*, pues no hay transmisión del derecho de propiedad hasta que se cumpla la condición legal de la tradición, que es condición suspensiva del efecto transmisivo de la compra, mientras que si se entiende que se registra la transmisión de la acción reivindicatoria, la sentencia desestimatoria de la acción ejercitada implica la inexistencia de la cesión y no sólo la resolución de su efecto, porque se trata de la inexistencia de un presupuesto de la adquisición, de la falta del derecho del vendedor que no ha sido subsanada”.

Hasta aquí lo que dije en 1987.

Ahora hay que añadir algo más.

#### 4) *Principios de legalidad y de certidumbre*

1. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, cuando considera el supuesto de desposesión del titular registral vendedor manifestada en la escritura notarial de venta, no estima que el Registrador pueda calificar (art. 18 LH) que existe una eventual invalidez que daña al principio de *legalidad*, pese a que se plantea, expresamente y con todo su alcance, la cuestión de la *duda* o *incertidumbre* a que se refiere la resolución comentada, porque, para el autor de la Ley Hipotecaria de 1861, la inscripción correspondiente no es una normal inscripción de un título de venta y entrega de una finca, sino una especial *inscripción de un contrato de cesión de la acción reivindicatoria*, de la venta por el titular registral del derecho de propiedad cuando está desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño, de manera que en la inscripción ha de quedar claramente registrada la posibilidad de que una sentencia declare la nulidad del título de cesión que se inscribe, porque el vendedor acaso no sea el verdadero propietario. Al igual que en el supuesto de venta sometida a *condición resolutoria* expresa ha de constar claramente registrada la posibilidad de que una sentencia

declare la resolución del contrato de venta que se inscribe, porque se ha llegado a cumplir el hecho futuro e incierto en que consiste la condición pactada.

El artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la de 1861 y la vigente, contempla los supuestos de posible *nulidad* declarada por causas registradas en el cuerpo de una inscripción (no sólo mediante anotación preventiva) y éste es uno de ellos.

La inscripción ha de publicar, de una u otra forma pero claramente, que el Registrador inscribe a favor del cesionario su título de cesión del derecho de propiedad, o sea, su título de adquisición del derecho de propiedad que, por *hipótesis* y según *presunción legal*, pertenece al titular registral, que se manifiesta está desposeído por un poseedor en concepto de dueño de la finca, contra el que el cedente podría ejercitar (o está ejercitando) la acción reivindicatoria para recobrar la posesión.

Es más, la inscripción podrá publicar, en su caso, que el poseedor ostenta un título que el vendedor manifiesta que es nulo, acaso por falsedad o simulación o estafa punibles.

Así quedaría publicado que se cede un derecho de pertenencia controvertida, de manera que una sentencia puede declarar que el cedente no era el propietario, que el título de la cesión es nulo por falta de derecho del cedente, por no pertenecerle el derecho.

2. Obsérvese que la condición resolutoria registrada en la inscripción del título de compra implica, por definición, que la transmisión del derecho al comprador puede quedar resuelta si se cumple un hecho futuro, posible pero no seguro, incierto, de manera que resulta *dudosa* la efectiva pertenencia del derecho al comprador, en cuanto puede consolidarse o quedar resuelta. El pacto condicionante expresa la *causa* determinante de la posible resolución futura del contrato.

Similarmente, resulta *dudosa* la efectiva pertenencia del derecho al cesionario que compra al titular registral desposeído. La manifestación en el contrato de la desposesión expresa un *indicio* de la posible declaración judicial de la pertenencia actual del derecho al poseedor, contraria a la hipotética nulidad del título concreto que opone en el juicio, en el que se ejercita la acción reivindicatoria y se intenta probar que el derecho pertenece al reivindicante y que no pertenece al poseedor.

Ni el denominado principio de *certidumbre* es absoluto ni la apreciación de la certidumbre o incertidumbre depende del criterio libre del calificador, sino que ha de matizarse en atención a otros principios, sin olvidar el de *legalidad*.

3. El contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído es perfectamente *legal* e hipotéticamente *válido* (art. 1.526), aun-

que la pertenencia del derecho al vendedor sea controvertida por el poseedor y aunque la transmisión (más que el contrato) pueda resultar judicialmente *invalidada* o *declarada nula* si se prueba que el derecho pertenece al poseedor.

Por otra parte, el Registro de la Propiedad da seguridad al tráfico jurídico de inmuebles, principalmente al comprador y al acreedor hipotecario, pero dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y *en la ley* está previsto que las acciones de nulidad y las acciones de resolución que civilmente afectan a un tercero civil, no dejan de perjudicarlo aunque haya pasado a ser un tercero registral (porque ha comprado a un titular registral y se ha inscrito su título de compra) si constan claramente registradas las causas de dichas acciones (art. 34 LH).

Lo que procede es precisar en qué supuestos y cómo podrá constar claramente registrada una causa de posible nulidad o resolución.

4. La ley, expresamente, no prohíbe que se inscriba un contrato de cesión del derecho incorporal de propiedad, y no hay ningún inconveniente absoluto para que se inscriba, al menos si en el cuerpo de la inscripción se hace constar, expresamente, su verdadera naturaleza (sin confundirlo con un contrato de compra de cosa poseída por el vendedor) y su posible ineficacia por nulidad si acaso se declara judicialmente que el poseedor es el verdadero propietario. En este sentido podría decirse que el asiento practicado sería, a la vez, una inscripción y una anotación de la acción *ya derivada* del derecho del titular registral del dominio contra el poseedor, sin perjuicio de que aun no se haya formalizado la demanda.

4.1. La resolución comentada aclara que la manifestación de la desposesión del vendedor no impone al calificador el *denegar* la inscripción solicitada.

4.2. Al interpretar que cabe *suspender* la inscripción por existir un defecto subsanable, permite prescindir de mi propuesta, planteada en el estudio de 1987, de *silenciar* en la escritura notarial de venta la situación de desposesión del vendedor, o de *omitir* en la inscripción la circunstancia manifestada en la escritura de existir un poseedor en concepto de dueño. Propuesta referida, en principio y sobre todo, al poseedor *no titulado*.

4.3. La interpretación de la resolución no impide *proponer* ahora el *inscribir*, pero no un contrato de venta de cosa con tradición incorporal instrumental, sino inscribir un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, si se entiende que no es defecto subsanable y ni siquiera es defecto alguno la *duda* que pueda plantearse al calificador acerca de la verdad o falsedad de la presunción de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto primero, LH), siempre que en la

inscripción se haga constar, claramente, la situación de desposesión del cedente del derecho incorporal de propiedad, de manera que quede claramente registrada la posibilidad eventual de que una sentencia declare que el derecho pertenece al poseedor y que es nula y cancelable la inscripción (art. 38, 2, LH), posibilidad que legalmente se puede deducir del hecho de estar desposeído el titular registral cedente.

5. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA insistió en la conveniencia de inscribir la cesión de la acción reivindicatoria, es decir, de inscribir la cesión del derecho incorporal del propietario desposeído, para evitar el posible perjuicio al primer cesionario que no inscribió, dando lugar a que lo hiciera un segundo cesionario de buena fe, desconocedor de la primera cesión.

5.1. Por ello dije en mi estudio de 1989 (págs. 1756 y 1773) que conviene pensar en la posibilidad de que el Registrador sea responsable del perjuicio que pueda causar al primer cesionario si *denegó* la inscripción de su título adquisitivo porque en la escritura se manifestaba la situación de desposesión del vendedor y, en cambio, practicó la inscripción de la compra por el segundo cesionario porque en la escritura no se manifestaba la situación de desposesión del vendedor.

5.2. Claro que, después de la resolución comentada, el Registrador podrá *anotar la suspensión de la inscripción* de la cesión cuando se manifiesta la desposesión del vendedor, de manera que en el folio registral quedará constancia de la primera cesión expresamente manifestada, y aunque la anotación haya caducado ya no será fácil que se inscriba una segunda cesión en la que *no se manifieste* la situación de desposesión del vendedor.

6. Cabe pensar que en el Derecho español sería conveniente que las acciones de nulidad sólo pudieran quedar registradas mediante anotación de la demanda en que se ejerciten. Pero esta es una cuestión de reforma del ordenamiento vista la norma vigente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

También en una reforma futura podría regularse una anotación especial, pero no de demanda, sino referida a la *suspensión* de la inscripción por la situación de desposesión del vendedor, aunque con la duración de las anotaciones ordenadas judicialmente (art. 199, 2, RH), que permitiera la anotación de una posterior venta (cesión) por el comprador (cesionario) y la *conversión* en inscripción de dichas anotaciones una vez terminada la *controversia* y aclarada la *duda*. Quizá GALINDO y ESCOSURA se referían a una anotación de esta índole. Obsérvese que el llamado derecho hereditario en abstracto, que antes se registraba en forma de inscripción, ahora se registra en forma de anotación, para evitar confusiones.

### 5) *Legitimación registral*

1. El contrato de cesión del derecho incorporal del propietario desposeído es un contrato que, según la ley (art. 1.526), tiene por objeto un derecho de pertenencia controvertida, tradicionalmente denominado acción reivindicatoria, porque el poseedor, *presuntamente titulado* como propietario (art. 448 CC), niega que pertenece a quien *por hipótesis es el verdadero propietario*, como afirma cuando demanda al poseedor (art. 348, 2, CC).

Claro que ni la *controversia* determina que el contrato sea *defectuoso* ni la *hipótesis* expresada impide que una sentencia judicial pueda declarar que, *en realidad*, el *verdadero* propietario es el poseedor y no el cesionario, porque no lo era el cedente cuando vendió el derecho que manifestó le pertenecía.

Es decir, que si la sentencia es *desestimatoria* de la pretensión del cesionario, declarará la *ineficacia originaria* del contrato, pero no por defecto de algún *elemento esencial* del mismo sino por faltar un *presupuesto* del contrato, que es la *pertenencia* del derecho al que dispone de él como propio manifestando su situación de desposesión.

2. En el juicio declarativo, el demandante que dice o afirma ser el verdadero propietario pero que está desposeído porque existe un poseedor en concepto de dueño que es el demandado, y que éste es un poseedor titulado, que ostenta un concreto *título* de pertenencia pero que es *nulo*, *reconoce una situación de hecho*, que dice ser *injusta* o infundada, *pero no reconoce la pertenencia del derecho al poseedor*, aunque la afirmación del demandante implique la necesidad de probar no sólo su título de adquisición sino también la nulidad del título de adquisición ostentado por el demandado, por la razón, evidente, de que no es posible la coexistencia de dos títulos que fundamenten la pertenencia actual y exclusiva a dos personas distintas.

El hecho injusto reconocido no “pone en duda” al que lo reconoce sino al Juez, o al que califica, porque le hace dudar de la exactitud, de la certeza, de la veracidad de la inscripción, es decir, del hecho básico de la presunción legal de justa pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto 1.º, LH), no puesto en entredicho mediante anotación de demanda de contradicción (art. 38, 2, LH).

La duda de que se viene hablando, aparentemente se refiere a la validez del título de venta, a la que alude la resolución, o lo que es prácticamente lo mismo a la nulidad del anterior título de adjudicación, pero en el fondo se refiere a la *pertenencia* del derecho a la heredera después de la adjudicación al administrador del causante que se afirma es falsa y nula, sin

olvidar qué “título” es el fundamento de la pertenencia del derecho, al cesionario, y ésta se funda en el contrato y en la verdadera pertenencia al cedente.

3. Sabido es que la presunción legal de derecho es una deducción que hace la ley, y no el Juez o el calificador, acerca de la pertenencia de un derecho a una persona determinada; que no es un medio de prueba sino un favor legal que libra de la carga de la prueba al favorecido por la presunción, es decir, una exclusión o exención de prueba; y que la prueba en contra de la presunción *juris tantum* es una prueba principal, y no una contraprueba, y que ha de ser una prueba *plena*, que ha de llevar al Juez a la plena convicción de que los hechos probados demuestran la falsedad de la presunción, pues no basta con que introduzcan la duda en el ánimo del juzgador o del calificador.

El *hipotético* propietario cedente, si es titular registral del dominio, es un *presunto* propietario (art. 38, 1, 1.ª parte, LH), sin dejar de estar el poseedor presuntamente titulado como propietario (art. 448 CC).

Es decir, que el *poseedor* se presume por la ley que es un poseedor *titulado*, con algún título de adquisición del dominio, salvo prueba en contrario (arts. 448 y 348, 2), y el *titular registral* se presume por la ley que es el *verdadero* propietario, que le pertenece el derecho de propiedad, precisamente por el título inscrito, salvo prueba en contrario (art. 38, 1 y 2, LH).

4. En el juicio declarativo de reivindicación por el titular registral, el Juez ha de atenerse a las reglas que determinan, en el momento de la sentencia, quién debió probar lo que no está probado: en este sentido se asigna la carga de la prueba a uno u otro contendiente.

4.1. El reivindicante ha de probar su título, que es el fundamento de su adquisición del derecho, que está publicado por la inscripción, y también ha de probar, en su caso, la nulidad del título concreto que acaso alega el poseedor como fundamento de su afirmación de la propia pertenencia del derecho.

4.2. Pero estimo que el poseedor demandado por el titular registral ha de desvirtuar la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 2, LH), acaso probando la usucapión consumada *contra tabulas*; de manera que ya no le basta con negar que el derecho pertenezca al demandante, sino que, por ser el demandante titular registral del dominio, el demandado ha de reconvenir y probar, con prueba *plena*, la inexactitud del Registro, lograr el pleno convencimiento del Juez de que el Registro es inexacto, para que pueda declarar su derecho y la nulidad del título inscrito y la cancelación de la inscripción (art. 38, 2, LH), puesto

que “los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen *todos sus efectos* mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos” en la Ley Hipotecaria (art. 1, pág. 3, LH).

La situación del poseedor demandado es similar a la del poseedor que demanda al que se jacta de ser el propietario desposeído, ejercitando la acción declaratoria del dominio, quien tendrá que probar su título de adquisición, aunque fuera el de usucapión consumada, y, además, tendrá que probar la nulidad del título del titular registral demandado, es decir, tendrá que contradecir la exactitud del Registro, la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 2, LH), aunque expresamente no aluda a la contradicción ni pida la declaración de la nulidad o la cancelación de la inscripción, según la jurisprudencia.

5. Y si el Juez ha de atenerse a dichas reglas, no parece que *extrajudicialmente* puede prescindir de ellas el Registrador que califica el valor probatorio de un título de cesión del derecho incorporal del propietario que está desposeído a efectos de practicar o no su inscripción, de manera que llegue a suspender la inscripción solicitada cuando estime que *acaso* el Registro no sea exacto, que acaso no coincida con la realidad jurídica extrarregistral, porque, al Registrador, “le pone en duda” el cedente, al afirmar que el poseedor ostenta un título, otorgado por el representante del cedente, que el cedente ha denunciado como falso ante el Juez de lo penal, y “le hace dudar” de la certeza o falsedad de la pertenencia del derecho al cedente, pese a que éste es el titular registral, sin contradicción alguna anotada.

No es éste el caso resuelto, exactamente, pero piénsese que un representante interviene por poder del propietario titular registral, mientras que los albaceas intervienen por voluntad y autorización del propietario titular registral, que ha de acatar su heredera como sucesora y propietaria actual.

Es cierto que, con anterioridad al otorgamiento del contrato de cesión, los otros albaceas solidarios intervinieron en la adjudicación “en representación” del testador y de la heredera, pero la heredera rechazó su gestión, que ha denunciado como falsa, al igual que un propietario puede rechazar como falsa la venta seguida de tradición realizada por su apoderado y, a continuación, otorgar otra venta mediante otro apoderado, o sin mediar apoderado, haciendo constar que está desposeído por consecuencia de una falsa venta y entrega realizadas por su primer apoderado.

6. Así, pues, conforme al principio de legitimación registral (art. 38, 2, LH) es el poseedor quien tendrá que oponerse a la apariencia registral, bien a la inscripción a favor del *causante*, pidiendo la inscripción de su título de adquisición o la anotación de suspensión de la inscripción solici-

tada si el título es defectuoso, como ocurre por tratarse de un cuaderno particional privado, bien a la inscripción a favor del *cesionario*, pidiendo la anotación de su demanda de contradicción de la exactitud del Registro, si acaso estima insuficiente la publicidad resultante de la constancia registral de la desposesión del vendedor en la inscripción de la cesión del derecho incorporal, presuponiendo que se ha practicado y en ella consta la desposesión y sus posibles consecuencias.

Es digno de observar que cuando el titular registral demanda reivindicatoriamente no procede practicar obligadamente asiento alguno, sin perjuicio de que el demandado logre que se anote su posible demanda reconvenzional, y que el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria se tramita sin que proceda registrar, mediante nota marginal, ni la instancia de ejecución contra el poseedor *no titulado* ni la llamada demanda de contradicción de la instancia por el poseedor *titulado* (art. 41, 6, 2.<sup>a</sup>, LH).

7. La Dirección General, en cambio, impone al cesionario ejercitar la acción reivindicatoria y anotar la demanda, en la que, según la resolución, ha de pedir que se declare la validez de la venta. Ya no le bastará esperar a que el poseedor pida que se inscriba su título (supuesto que no está inscrito el del cesionario, que es posterior), o esperar a que el poseedor demande al cesionario si acaso logró que se inscribiera su título, o demande a la heredera del titular registral y al cesionario si éste no logró la inscripción, pidiendo el poseedor que se anote su demanda de contradicción (art. 38, 2, LH).

Así pues, prácticamente, la resolución hace prevalecer la presunción de pertenencia del derecho de propiedad deducida de la *posesión* (art. 448) ante la presunción de pertenencia del derecho de propiedad deducida de la *inscripción* del título del cesionario (art. 38, 1, LH).

Esto, aparte de la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la suspensión de la inscripción del cesionario por el defecto subsanable de la duda acerca de la "validez" del título presentado a inscripción, por plazo de sesenta días hábiles, prorrogables por el Juez hasta ciento ochenta días hábiles (art. 96 LH), sin alcanzar la duración ordinaria de cuatro años, prorrogables hasta la terminación del procedimiento judicial (art. 199, 2, RH) que corresponde a las anotaciones ordenadas por la autoridad judicial.

#### 6) *Inoponibilidad, a tercero civil inscrito, de lo no registrado*

1. Cuando el titular registral del dominio que está desposeído cede expresamente su derecho incorporal a un cesionario y no se inscribe el

título de cesión, si después cede el mismo derecho incorporal, que ya no le pertenece, a un segundo cesionario de buena fe, porque desconoce la primera cesión, y se inscribe el título de esta segunda cesión, el primer cesionario pierde su derecho incorporal porque lo adquiere en firme el segundo cesionario.

Así resulta al aplicar lo dispuesto por el artículo 32, que es el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 al que aludía el legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA cuando resaltaba la conveniencia para el cesionario de la inscripción de su título, antes de que llegara a inscribirse el título de un segundo cesionario de buena fe.

2. Si se inscribe un contrato de cesión expresa del derecho incorporal del propietario desposeído, se debe hacer constar en la inscripción la situación de desposesión del vendedor (cedente), porque existe un tercero que es el poseedor en concepto de dueño de la finca, de manera que claramente resulte de la inscripción la posibilidad de que una sentencia judicial declare que el derecho pertenece al poseedor y no al vendedor (cedente).

El posible subcomprador (subcesionario) queda suficientemente informado del estado de desposesión de su cedente, y del cedente a éste, para que si se declara nulo el título inscrito de la anterior cesión, no pueda alegar ignorancia o buena fe al intentar ampararse en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Civilmente, la no pertenencia del derecho al vendedor (cedente) determina la *nulidad* del título del cesionario según la terminología española (*nemine plus juris ad alium transferre potest quam ipse sibi habet*), y la inscripción del título del cesionario, naturalmente, no impide oponerle dicho resultado, porque es parte en el contrato de cesión expresa declarado nulo (art. 33 LH).

3. Se da por supuesto que si el cesionario dispone del derecho incorporal a favor de un subcomprador (subcesionario), podrá ser inscrito el título del subcesionario. La inscripción, al referirse al estado de *cargas* de la finca, debe incluir el *arrastre* de la situación de desposesión del primer cedente, al igual que se arrastraría una condición resolutoria registrada en la inscripción anterior, y en el *acta* de la inscripción debe ser calificado el título que se inscribe como título de cesión de derecho incorporal y no como título de venta de cosa poseída por el vendedor.

4. No es conveniente una interpretación que implique *congelar* la apariencia registral a favor del titular registral originariamente desposeído, no incentivando al poseedor *contra tabulas* a que, mediante anotación de

demanda de contradicción (art. 38, 2, LH), logre dar publicidad a su afirmación de que el derecho le pertenece, y relegando así a la realidad jurídica extrarregistral el tráfico del derecho inscrito que ha pasado a ser incorporal en la realidad.

A lo más, podría entenderse conveniente aclarar reglamentariamente las especiales circunstancias de la inscripción del contrato de cesión de este derecho de propiedad circunstancialmente incorporal.

5. Por otra parte, el poseedor que contradice la inscripción sólo puede hacerlo anotando su demanda reconventional frente a la reivindicatoria o la demanda en que ejercite la acción simplemente declaratoria del dominio, porque, según la hipótesis, es el poseedor en concepto de dueño y no ha de reivindicar para recuperar la posesión que ya tiene.

Y para registrar la transmisión del derecho aducido por el poseedor no hay un cauce de anotaciones sucesivas, al que parece aludían GALINDO y ESCOSURA.

## RESUMEN FINAL

En un supuesto de contrato de venta (escriturada notarialmente por un albacea) el derecho de la propietaria (heredera única del titular registral del dominio de la finca, sucesora o continuadora de la “personalidad patrimonial” del causante) que está desposeída (por el administrador del causante, poseedor en concepto de dueño, con anterior título de adjudicación por otros dos albaceas solidarios, a quien se denunció en el juzgado de instrucción por haber cometido delito de falsedad).

1) La Resolución de 25 de enero de 1990 interpreta que el contrato concertado de venta ha de ser complementado mediante la tradición, en todo caso (arts. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 y art. 1.462, 1, CC); aunque la escritura notarial equivale a la tradición al efecto de quedar transmitido el derecho de propiedad, en el momento de su otorgamiento (art. 1.462, 2, CC), si el Juez declara ser cierto que la venta es válida en cuanto declara nula la anterior adjudicación al poseedor; y hasta que recaiga la sentencia se puede practicar anotación preventiva de suspensión de la inscripción solicitada, por el defecto subsanable de ser dudosa la *validez* de la venta (art. 18 LH), en cuanto en la escritura consta manifestada la existencia de un tercero poseedor en concepto de dueño de la finca, quien se atribuye la pertenencia del derecho, ostentando un título de adjudicación, denunciado como falso; sin perjuicio de poder anotar la

demanda del comprador para que judicialmente se declare la validez del contrato.

2) Pero existe otra interpretación, fundada en el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, legislador civil (opuesto a GARCÍA GOYENA y a LUZURIAGA) y registral (autor de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 e intérprete auténtico en sus Comentarios de 1862), según la cual, el contrato de venta concertado es, en realidad, un contrato de cesión del derecho incorporal del propietario que en la actualidad de la cesión está desposeído por un tercero que es el poseedor en concepto de dueño (contrato que, históricamente, se denomina contrato de cesión de la acción reivindicatoria):

1. Un contrato de compraventa especial por razón de su objeto, que es un derecho *incorporal*; en este caso el derecho de *propiedad* que en la actualidad y accidentalmente es incorporal en cuanto no está acompañado con la posesión de la finca que es el objeto del derecho (u objeto mediato del contrato); aunque generalmente el derecho incorporal es un derecho de *crédito*, que esencialmente no va acompañado con la posesión de una cosa y puede estar incorporado a un título valor.

Por lo que este contrato, según la ley, no obliga al vendedor a entregar una cosa, que es el objeto del derecho vendido (art. 1.526 y no art. 1.445 CC).

Por lo que este contrato, según la ley, no tiene la eficacia traslativa del derecho condicionada suspensivamente a la transmisión de la posesión de su objeto, del vendedor que no la tiene al comprador que no la recibe; de manera que, en el momento de su perfección, transmite al cesionario el derecho del cedente, como lo tiene, sin la posesión de la cosa propia. Según el artículo 609, 2, al principio, “por la ley”, que es la ley del artículo 1.526. No según el artículo 609, 2, al final; ni según el artículo 1.095, hasta la tradición; ni según el artículo 1.462, 2, ni según el artículo 1.464, referidos estos dos últimos a la prueba de la tradición cumplida, aunque sea por constituto posesorio.

2. *Puede* inscribirse el contrato de cesión de la acción reivindicatoria siempre que se inscriba como lo que es y de forma adecuada para que no sea una trampa para incautos, es decir, como un título traslativo de un derecho de pertenencia controvertida y sometido a la eventualidad de una declaración de nulidad (art. 34 LH), si el cesionario no logra probar que el derecho pertenecía al cedente y que es nulo el título del poseedor; quien puede anotar su demanda reconvenzional frente a la reivindicatoria (art. 38, 2, LH) o puede ejercitar la acción declaratoria del dominio que dice tener.

2.1. *Y es conveniente* que se inscriba este título para que los interesados no dejen en entredicho la seriedad del Registro silenciando la desposesión del vendedor, con el fin de que la inscripción lograda les permita ejercitar el procedimiento del artículo 41 LH contra el poseedor *no titulado*.

2.2. *Y es conveniente* que se inscriba “para evitar el posible perjuicio al primer cesionario que no inscribió, dando lugar a que lo hiciera un segundo cesionario de buena fe”. Por esto dije en mi estudio de 1989 (págs. 1756 y 1773) que conviene pensar en la posibilidad de que el Registrador sea responsable del perjuicio que pueda causar al primer cesionario, si *denegó* la inscripción de su título adquisitivo porque en la escritura se manifiesta la situación de desposesión del vendedor y, en cambio, practicó la inscripción de la compra por el segundo cesionario porque en la escritura no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor”.

3. El Registrador, al calificar la *validez* del contrato concertado (art. 18 LH), lo que califica es si puede rechazar la inscripción solicitada en atención a que la facultad de la albacea ya no subsiste al vender si fuera válida una adjudicación anterior determinante de la *pertenencia* del derecho al poseedor actual.

3.1. Pero ha de calificar teniendo en cuenta los principios que regulan la carga de la prueba y concretamente el principio de *legitimación*, en atención a tratarse de la venta en que interviene una albacea designada en su testamento por el titular registral formalmente actual (art. 38, 1, LH), con inscripción no contradicha (art. 38, 2, LH), que manifiesta no vende una cosa que posee sino un derecho que no ha dejado de pertenecer a la heredera sucesora del testador, aunque exista un poseedor con título de adjudicación por otros dos albaceas, rechazado por la heredera y denunciado como falso.

3.2. También ha de tener en cuenta el principio de inoponibilidad a tercero de lo no registrado (art. 32 LH) en relación con el principio de prioridad formal (art. 17 LH) al que alude el Notario en el recurso, y el principio de tracto sucesivo (art. 20, LH) al que aludió el legislador.

3.3. Asimismo ha de considerar que el artículo 36, párrafo 2.º, de la LH da por supuesto que está inscrita la compra a un propietario desposeído (sin que aluda a si éste desconocía la desposesión o la conocía y la silenció, o la manifestó al contratar), y ha de considerar que el artículo 41, 6, 2.ª, de la LH da por supuesto que el titular registral del dominio puede actuar un procedimiento especial en el que la presunción registral de pertenencia del derecho (art. 38, 1, LH) prevalece sobre la presunción

civil de posesión titulada (art. 448 CC), frente a un poseedor no titulado adecuadamente, pero no frente a otro que ostenta un concreto título que sólo pueda ser declarado nulo en un juicio declarativo (art. 41, 7, LH).

Valencia, abril 1990.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG  
Registrador de la Propiedad

# DICTAMENES Y NOTAS



# Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño. Dictamen

## CONSULTA

Se solicitó dictamen en Derecho al Letrado que suscribe acerca de los siguientes puntos:

- a) Diferencia o diferencias entre los conceptos de *domicilio*, *residencia* y *vecindad* en Derecho portorriqueño.
- b) Régimen jurídico existente para entender cambiado el domicilio, con pérdida del anterior y adquisición de uno nuevo, en Derecho portorriqueño.
- c) Valor que tiene la expresión “vecino de...”, empleada en los documentos notariales por la práctica cotidiana.

*Antecedentes de hecho.*—Don “X”, de nacionalidad española, inmigró a Puerto Rico hacia los años veinte. Asimismo, por aquellas fechas, lo hizo doña “Y”. Ambos contrajeron matrimonio. Hacia los años cuarenta ambos se instalaron en Nueva York, en donde el señor “X” cursó estudios de administración comercial, convencido de que sería en Estados Unidos donde podría hacer fortuna. Inició su negocio comprando al por mayor aceitunas españolas, que envasaba y distribuía para su venta en Estados Unidos. Con frecuencia el matrimonio venía a Puerto Rico, en donde “Y” tenía un inmueble, herencia paterna o materna, permaneciendo uno o dos meses. Posteriormente trasladaron su sede, personal y comercial, a New Jersey. Hacia los años cincuenta, aprovechando beneficios fiscales del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la —por llamarla de algún modo— compañía matriz instaló una fábrica en Puerto Rico. Hacia comienzos de los años sesenta, el señor “X” constituyó un fideicomiso *mortis causa*, al

amparo de las leyes de New Jersey, constituido fundamentalmente por los títulos representativos del conjunto de corporaciones de que eran propietarios el señor "X", sus hijos y esposa. Se convino con uno de dichos hijos, "Z", su renuncia a los derechos sobre los títulos corporativos, a cambio de una suma de varios millones de dólares. Y el fideicomiso prevenía la atribución a los nietos de "X" e "Y" de los títulos expresivos del dominio societario cuando llegasen a su mayoría de edad. "Z", luego de fallecido "X", interpuso demanda ante los Tribunales norteamericanos impugnando el acuerdo celebrado en su día, por estimarlo perjudicial y torticero. Se dictó sentencia en su contra. Antes de estos acontecimientos, "X" e "Y" venían regularmente a Puerto Rico todos los veranos, permaneciendo por tres o cuatro meses; con el tiempo, las estancias se hacían más largas, fundamentalmente debido a tratamiento médico que recibía "X" por razones de reuma. La última estancia se dilató por varios años, por consecuencia de complicarse el tratamiento de "X", asistido por un equipo médico que pretendía y estimaba poder superar el estado patológico de "X". En este proceso, "X" falleció.

Posteriormente, a la primera contención, volvió "Z" a interponer demanda ante el Tribunal de New Jersey, así como en el de Puerto Rico. Ante éstos alegaba ser nulo el pacto, por atentar al régimen de legítimas del Código Civil de Puerto Rico, Ley aplicable al estar "X" domiciliado en Puerto Rico. Alegaba daños en exceso de cien millones, imputando al fideicomiso valor sobre cuatrocientos millones de dólares.

Planteada cuestión de competencia por declinatoria se solicitó el dictamen, que ahora se evacua.

*Advertencia previa.*—Puerto Rico pasó de la soberanía española a la norteamericana en 1898. Por ello conviene distinguir una serie de etapas en que, por aquella circunstancia u otras diversas, la legislación fue objeto de modificación. Dichas etapas han sido:

- a) Etapa previa a la publicación del Código Civil español.
- b) Etapa correspondiente con la publicación y vigencia del Código Civil español, que se hizo extensible a Puerto Rico (1).
- c) Etapa posterior, en que se produce la compilación de textos legales aplicable a Puerto Rico, conocida como *Estatutos de Puerto Rico* (2), y subsiguientes reformas de diversos textos legales, referibles al tema objeto de consulta.

---

(1) Se hizo aplicable a Puerto Rico por Real Decreto de 31 de julio de 1889. El Código Civil comenzó a regir en Puerto Rico el día 1 de enero de 1890 (*Rodríguez vs San Miguel*, 1903, 4 DPR 208; *Torres vs. Rubianes*, 1914, 20 DPR 337)

(2) Cumpléndose lo ordenado por el art. 40 de la *Ley para proveer temporalmente de Rentas y un Gobierno civil a la isla de Puerto Rico* (Bill Foraker)

I. DOMICILIO, RESIDENCIA Y VECINDAD. SUS CONCEPTOS

A) *Etapa previa a la publicación del Código Civil español*

Siguiendo la tradición de algún texto romano (3), concluyó la *Glosa* que el domicilio requería dos elementos: ánimo de habitar perpetuamente y el hecho mismo de la habitación, si bien quedaba la *habitatio* en un segundo plano, por cuanto la *intentio* de conservar o perder el domicilio era determinante (excepto respecto del domicilio de origen —*origo*—, que se mantenía en todo caso).

El Derecho romano había puesto en conexión las nociones de domicilio y vecino. Los glosadores y la doctrina posterior de los autores unió los conceptos de *domicilio* y *vecino*, considerándose que el domiciliado estaba sujeto al príncipe o señor del lugar; además, que la domiciliación por cierto tiempo (regulamente diez años) atribuía la *vecindad*.

Los autores españoles del Derecho antiguo reprodujeron la concepción romanista —no siempre dotada de suficiente claridad y precisión—, aunque las leyes españolas significaron una relativa desviación, desde el momento en que la expresión *vecindad* adquiere un valor propio, en cuanto modalidad de *incolado*, quedando plenamente separada del concepto de *domicilio*.

*Las Partidas* y la *Novísima Recopilación* diferenciaban al *vecino* o morador y al *no vecino* transeúnte.

Era *vecino* o tenía *vecindad*, en sentido lato, cualquier residente, incluso temporal, en el lugar (también, y por ello, estudiantes, mozos de soldada, etc.), quienes podían ser testigos en los testamentos nuncupativos (4); era *vecino en sentido propio* quien tenía domicilio con ánimo de permanencia, ánimo que se estimaba probado por el transcurso de diez años (5). Era transeúnte el que vivía en el lugar sin ser vecino.

Al iniciarse el movimiento codificador, el *Proyecto de Código* de 1821 parte de la equiparación de las nociones de *domicilio* y *vecindad*, diciendo en su artículo 173 que “los derechos y las obligaciones se hacen efectivos en el lugar del domicilio o vecindad de la persona” (6).

(3) *Codex*, 10, 39 (40), 6, *Domicilii ratione*.

(4) *Novísima Recopilación*, 7, 5, 1.

(5) *Partidas*, 4, 24, 2. *Novísima Recopilación*, 7, 4, 6. Cfr. SALA, *Nueva ilustración del Derecho Real de España*, Valencia, 1803, tomo I, pág. 19.

(6) El art. 174, en consonancia con el Código Civil de Napoleón, configura al domicilio como sede y centro de los negocios de la persona; el art. 175 establecía como prueba del domicilio el registro de la matrícula de vecindad, siendo suficiente acreditar la residencia habitual para el cumplimiento de las obligaciones propias de la vecindad. El art. 176 fijaba la unicidad del domicilio, prohibiendo tener dos domicilios o vecinda-

Fracasado el *Proyecto*, la confusión de los conceptos de domicilio y vecindad originada en la práctica obligó a interpretar auténticamente las disposiciones de *Las Partidas* y de la *Novísima Recopilación*. A tal efecto, consultado el *Consejo Real* sobre el tema, la Sección de Gobernación del mismo emitió un dictamen, conformado con la *jurisprudencia consuetudinaria*, que recibió fuerza legal (7), fijando un sistema, que tendrá carácter decisivo en la posterior evolución del Derecho español en tema de domicilio, al decir de algunos autores (8).

Debe advertirse, sin embargo, que dichas Reales Ordenes tenían valor exclusivamente administrativo, no admitiéndose su alcance en el campo del Derecho civil (Sentencias del Tribunal Supremo de España de 6 de febrero de 1866 y 17 de enero de 1868).

Igualmente, debe señalarse que la vecindad tenía relevancia fundamentalmente al efecto del arraigo de extranjeros (funcionado de modo similar a como actúa hoy la nacionalidad o la ciudadanía).

La Real Orden de 20 de agosto de 1849 no distingue entre domicilio y vecindad (Regla 4.<sup>a</sup>), señalando que la vecindad de todo español es el pueblo en que se nace y se reside, o el pueblo al que uno se traslada libremente, si declara ante el Alcalde la voluntad de avecindarse en él. En ausencia de declaración expresa *equivale* a la misma "la residencia habitual con casa abierta por más de un año, sin que el mismo interesado declare que es su ánimo conservar el anterior domicilio y acredite que efectivamente lo conserva" (Regla 3.<sup>a</sup>, 1).

El *Proyecto de Código Civil* de 1851 señalaba la distinción entre domicilio y vecindad, conforme con los siguientes criterios:

- a) El lugar de vecindad es el lugar de domicilio, porque tener aquélla supone tener éste antes (9).
- b) El domicilio es el lugar de residencia habitual, acompañada del ánimo o intención de ganar el domicilio (10).

---

des; fijando en casos dudosos la prevalencia por donde se hubiese estado la mitad más un día del año. Finalmente, el art. 177 y sigs. se dedicaban a fijar diversos domicilios legales.

(7) Real Orden de 20 de agosto de 1849, reiterada por la Real Orden de 30 de agosto de 1853.

(8) DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Madrid, 1952, pág. 448.

(9) Y así se dice en el art. 35 del Proyecto que "son vecinos de un pueblo los españoles cabezas de familia que, residiendo en él con casa abierta, reúnan además algunas de las circunstancias siguientes: 1.<sup>a</sup> estar inscritos en el padrón del vecindario, y 2.<sup>a</sup> llevar dos años de residencia en él, ejerciendo su profesión o industria".

Diferencian entre vecindad administrativa y domicilio las Sentencias del Tribunal Supremo de España de 20 noviembre 1906, 13 octubre 1911, 14 junio 1919, 5 noviembre 1935, 18 septiembre 1947, 3 diciembre 1955. Ya antes, la de 1 junio 1909.

(10) Artículo 38: "El lugar en que una persona tiene su vecindad es también el de

Esta diferencia entre vecindad y domicilio no excluye que en tema de cambio o de adquisición de domicilio distinto al de origen se mantenga la exigencia del *animus*, muy por el contrario, la implica; siquiera la intencionalidad pueda apreciarse por medios objetivos (declaración ante la autoridad municipal). Este sentido está regularmente recogido en la jurisprudencia (Sentencias TS de 8 de marzo, 14 de noviembre y 18 de noviembre de 1859, 26 de marzo de 1861, 27 de noviembre de 1862, 18 de agosto de 1864, 2 de agosto de 1866, 24 de enero y 27 de noviembre de 1868, 19 de mayo de 1877) (11).

Tal diferenciación entre domicilio y vecindad se mantuvo en la legislación administrativa, en concreto en la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 (12).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reguló diversos domicilios legales, que aparecerían en el *Proyecto* de 1851. Lo que explica que el anteproyecto de Código Civil español el de los años 1882-1888, omitiera la regulación de la materia, limitándose a fijar en su artículo 27 que “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus obligaciones civiles, el domicilio de las personas es el lugar de residencia habitual”.

Resumiendo, hasta la publicación del Código Civil español se distinguía:

- a) *Domicilio*, como lugar de residencia habitual, destacándose el ánimo o intención, significativamente en tema de cambio o adquisición del domicilio voluntario.
- b) *Vecindad*, o lugar en que se está domiciliado por tener casa abierta o estar inscrito en el padrón municipal.

Junto a estos conceptos la legislación de enjuiciamiento señala:

---

su domicilio”. La primera redacción del precepto fue. “El lugar en que un español tiene su habitual residencia es el de su domicilio, aunque no reúna las circunstancias necesarias para ser vecino”, destacando GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, I, pág. 49) que dicha redacción se abandonó para señalar el *animus* como requisito normal exigible para el domicilio.

(11) Interesante, por demás, lo es la Sentencia de 2 agosto 1866, en tema de competencia judicial para entender en el juicio de testamentaria, de un testador, ausente de España hacia bastantes años, quien vivió y falleció en el Reino de Bélgica, de quien se estimó que la estancia en el extranjero, aunque dilatada, en ausencia de toda intención de abandonar o perder su domicilio en España, no podía estimarse sino meramente accidental e interina.

(12) En concreto, distingue: *residentes* y *transeúntes*, y entre los residentes, *vecinos* y *domiciliados* (art. 11). Es *vecino* todo español emancipado que reside habitualmente en el término municipal y se halla inscrito con tal carácter en el padrón respectivo; es *domiciliado* todo español que, sin estar emancipado, reside habitualmente en el término, formando parte de la casa o familia de un vecino; es *transeúnte* todo español que, no estando comprendido en las situaciones anteriores, se encuentra en el término municipal accidentalmente (art. 12)

a) *residencia*, o lugar en que se encuentra una persona, incidental o accidentalmente, por más o menos tiempo, sin intención de domiciliarse; b) *paradero* o lugar en que puede hallarse a una persona (art. 66, LEC). Diferencia residencia y domicilio la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 27 de abril de 1956.

### B) *Etapa correspondiente con la publicación del Código Civil*

Dice el artículo 40 del Código Civil: “Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de sus obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Este precepto es naturalmente correspondiente, en numeración y texto, al del Código Civil de Puerto Rico, hasta el cambio de soberanía. Por ello, todo lo que se dice para uno vale exactamente igual para el otro.

Dos son las exigencias del domicilio, conforme con el transcrito artículo 40 del Código Civil: a) *residencia* y b) *habitual*.

Por residencia se entiende la permanencia en determinado lugar, de forma estable —y no incidentemente o de modo transitorio, que sería mero *paradero*— (13).

Y, además, es requerida la misma con *habitualidad*, expresión ésta que

---

(13) Indica PUIG BRUTAU que “el proyecto de Código Civil de 1851 en su art. 39 delimitaba también el concepto de domicilio como el lugar de residencia habitual de la persona; pero para los casos en que faltaba esta residencia habitual, establecía el art. 44 del mismo proyecto que ‘el domicilio de una persona que no tiene residencia habitual es el lugar en que se halle’. Este artículo no pasó al Código Civil tal vez porque entendieron los codificadores que él mismo de alguna manera había pasado a informar el art. 69 LEC, según el cual cuando una persona carecía de domicilio podía ser demandada en el lugar de su residencia o, en último término, en el lugar en que se halle. Este último punto de localización, lugar en que se halle, cabe referirlo al paradero de una persona en el sentido ya indicado de permanencia en un lugar sin estabilidad, como es el caso del viajero (o transeúnte según la legislación administrativa). Por tanto, el art. 69 LEC, como su precedente el art. 44 del Proyecto de Código Civil de 1851, intercalaban entre el paradero y el domicilio —entendido como lugar de residencia habitual— un tercer concepto, cual es el de la residencia sin más, o si se quiere una residencia ocasional (en contraposición a la habitual). La residencia se distingue, pues, del paradero en que supone una permanencia más o menos estable en un lugar, mientras que el paradero supone tan sólo una permanencia accidental o transitoria en un lugar determinado. Pero la permanencia más o menos estable puede originar bien la residencia simplemente si se trata de una permanencia ocasional, o el domicilio si se trata de una permanencia o residencia habitual... La distinción puede establecerse con base a un criterio esencialmente subjetivo, es decir, atendiendo a la voluntad de la persona; sólo si ésta tiene intención de permanecer o residir en un lugar de una forma habitual, podrá entenderse que ha adquirido un domicilio en dicho lugar, concurriendo además el requisito objetivo de una efectiva residencia habitual” (*Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. I, págs. 135-136).

reclama atribuirle un significado, por cuanto la habitualidad no queda sujeta a plazo y hay que deducirla a la actuación del interesado.

a) La habitualidad como requisito del domicilio

Hay una clara tendencia entre los autores españoles a significar que la expresión del artículo 40 del Código Civil español no supuso alteración esencial del sistema anterior. No obstante, se da un grupo minoritario que estima, muy por el contrario, que el artículo 40 supone una brusca modificación de la tradición jurídica española en tema de domicilio.

Expresa bien la tendencia mayoritaria el que fue Fiscal del Tribunal Supremo y Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación, Federico PUIG PEÑA, quien, respecto de la expresión *residencia habitual*, escribe:

“Se fija, pues, al parecer, la Ley española sólo en la idea de ‘duración de la residencia’, siguiendo la práctica doctrinal de eliminar los problemas de intención. Pero esto es sólo una visión simplista y apriorística del problema, porque la expresión *habitualidad* supone un trasfondo intencional, que supera en mucho la simple permanencia. Esta refleja sólo una relación temporal; aquélla, en cambio, supone una postura anímica de la persona; una situación de ánimo, un estado de nuestro espíritu. Se forma el ‘hábito’ cuando nuestro interior, queriendo directamente o de una manera insensible, impulsa o acepta la reiteración de nuestra conducta, máxime en estos casos en que la relación con el lugar descubre en el ser humano un temperamento de inclinación gustosa si se cumple o un desplacer (*saudade*), si se imposibilita u obstaculiza. La interpretación, pues, del precepto del Código Civil patrio supone que el domicilio está constituido por tres elementos:

- 1) “la *residencia* de una persona en un lugar determinado (elemento de carácter espacial);
- 2) la *habitualidad* en ese residir (elemento de carácter temporal, y
- 3) la *intención* de permanecer (elemento de carácter intencional) descubierto generalmente a través del anterior, pero que tiene naturalmente condición autónoma y puede quedar acreditado por otros medios” (14).

Los anotadores de la traducción castellana del *Tratado del Derecho civil alemán*, de ENNECCERUS-KIPP-WOLF, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, escriben:

---

(14) PUIG PEÑA, F.: *Tratado de Derecho civil español*, Madrid, 1958, págs. 187-188.

“Si no se tuviera en cuenta este elemento intencional, el *animus perpetuo commorandi* del Derecho intermedio resultaría que el domicilio no podría distinguirse del paradero de la persona, o bien sería menester esperar a que desde el establecimiento de la persona en un lugar transcurriera un cierto tiempo para poder atribuir a su residencia el carácter de ‘habitual’” (15).

En similares términos se expresa Diego ESPÍN CÁNOVAS, quien indica:

“La habitualidad, pues, debe considerarse como la intención de establecerse permanentemente en un lugar. Esta interpretación es más conforme con el espíritu de la ley, ya que si seguimos la tesis de la habitualidad consumada habría que esperar, como dicen los anotadores de ENNECERUS, a que transcurriera cierto tiempo desde el establecimiento de una persona para poder atribuir a su residencia el carácter de habitual. Esta opinión espiritualista es, además, más conforme con el sentido de la jurisprudencia (argumento de las Sentencias de 20 de noviembre de 1906 y 28 de noviembre de 1940)” (16).

El, asimismo, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Vocal de la Comisión General de Codificación, Jaime GUASP, expresa, entre los procesalistas, la misma opinión, diciendo:

“Para que la persona pueda considerarse como domiciliada en un punto determinado han de concurrir dos requisitos: 1) que la presencia física en ese lugar se haya prolongado durante algún tiempo (residencia

(15) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECERUS-KIPP-WOLF *Tratado de Derecho civil alemán*, Barcelona, 1934, I, vol. I, pág. 408

(16) ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, I, págs. 145 y sigs. (hay varias ediciones). En parecidos términos, pero más tajante, se manifiesta GARCÍA AMIGÓ al escribir que “el Código Civil español, en su art. 40 citado, lo fija” (el concepto del domicilio) “en base a la *residencia* habitual, interpretado dicho precepto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 abril 1972, en estos términos: ‘de acuerdo con lo que se dispone en el art. 40 del Código Civil, el *domicilio real* de una persona es el lugar de su residencia habitual, es decir, no basta la *presencia física* de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio en él; hace falta, además, la residencia habitual, con *intención de permanecer* más o menos indefinidamente: *animus manendi*’; añadiendo la Sentencia de 21 enero 1958 que ‘para determinar el domicilio real no es bastante la *presencia física* de una persona en un lugar determinado, pues para juzgar de la habitualidad de la residencia, lógicamente se requiere la habitualidad de establecerse efectiva y permanentemente en él, es decir, que el hecho, que por sí sólo puede no ser trascendental, de permanecer en un lugar por un lapso de tiempo más o menos largo, no implica por sí voluntad cierta de permanecer en él —*animus manendi*— y propósito estimable de constituirlo en sede jurídica y legal de la propia personalidad’. En consecuencia, para el art. 40 del Código Civil el domicilio viene integrado por dos elementos. 1) uno, de carácter objetivo o fáctico: presencia física en un lugar, y 2) otro, de naturaleza subjetiva: *el ánimo de permanecer allí*” (GARCÍA AMIGÓ, M.: *Instituciones de Derecho civil*, I (parte general), Madrid, 1979, págs. 342-343, énfasis original).

habitual), y 2) que se tenga intención de permanecer más o menos indefinidamente en dicho lugar (*animus manendi*). La estancia momentánea en un lugar con la intención de permanecer en él es una simple residencia; la estancia en un lugar, aún prolongada, sin la intención de permanecer en él, es un simple paradero” (17).

El ex Magistrado del Tribunal Constitucional de España y Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid Luis DíEZ-PICAZO señala:

“¿Qué ha de entenderse por residencia habitual? No, desde luego, una residencia prolongada durante un espacio de tiempo. Se daría entonces el absurdo de que una persona que se traslada a vivir a una ciudad no adquiere domicilio hasta que no haya transcurrido un lapso de tiempo, consideración que repugna a la conciencia social. ¿Por qué?

La doctrina de la Glosa pensó certeramente que junto al hecho material de la residencia, del vivir en un lugar, se necesitaba para fijar el domicilio una cierta voluntad, una cierta intención, un elemento espiritual, en suma. Estos requisitos se repiten en la doctrina y en la jurisprudencia por lo común, aunque deben valorarse en su interpretación.

La voluntad o *animus* exigido para constituir domicilio no es simplemente una intención subjetiva. Es una voluntad exteriorizada, objetivada, que debe resultar de las circunstancias de aquel vivir. En otras palabras, debe plasmarse en una conducta significativa de que se resida habitualmente” (18).

La tendencia contraria —que, como se verá, no lo es tanto— está magistralmente representada por quien fue Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid y Magistrado del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, Federico DE CASTRO Y BRAVO, para quien:

“El Código Civil ha dejado el concepto ‘abstracto y artificioso’ propio de los Derechos francés e italiano, y ha adoptado un criterio realista. El proyecto de 1851 distinguió dos conceptos de domicilio: el de la doctrina romanista (*cum animo manendi*) y el de la residencia habitual, para el que no se requiere ánimo especial de establecer domicilio. En el Código no se recoge el primero y se reproduce el texto que contiene el segundo. Ha habido un cambio de sistema que significa prescindir del *animus* o inducirlo por una presunción *iuris et de iure* de la residencia habitual” (19).

(17) GUASP, J.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, pág. 379.

(18) DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 5.ª ed., 1984, reimpresión 1985, pág. 286.

(19) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Op. cit.*, págs. 456-457.

Este criterio hermenéutico es compartido por el prestigioso tratadista José PUIG BRUTAU, para quien el artículo 40 elude el sistema francés, de centrar el domicilio en la sede de los bienes de la persona, y añade:

“Se observa también que cuando el repetido artículo 40 habla de residencia habitual como nota caracterizadora del domicilio de las personas, se abstiene de establecer cualquier plazo que excite al intérprete la duda acerca de cuándo la residencia en un lugar determinado merecerá el calificativo de habitual, para originar un domicilio... Cualquier plazo fijo que suponga tránsito de una residencia no habitual a otra habitual tiene, seguramente, una fuerte dosis de arbitrariedad, y por ello no merece reproche alguno el legislador por haber omitido aquí toda referencia a los plazos. Pero si se tiene en cuenta que en la legislación anterior los plazos se establecían principalmente con el fin de evitar las dudas que podría originar la prueba del ánimo de querer establecerse perpetuamente en un determinado lugar, la supresión del plazo parece ha de implicar también la derogación del elemento intencional en orden al establecimiento del domicilio, máxime cuando el artículo 40 omite toda referencia al *animus*” (20).

De lo indicado, es clara la disparidad que separa a los autores. El *animus* en la fijación del domicilio reclama una intención; pero la misma no puede ser simplemente interna o volitiva, sino que ha de trascender, único modo de ser acreditada y apreciada. Y, en cuanto voluntad, tampoco ha de tratarse de un querer incircunstanciado —como puede quererse la Luna—, sino un querer realizado y realizable. Por ello, ese *animus* queda convertido en una cuestión de hecho, apreciable por el intérprete conforme con las reglas de la sana crítica. Del hecho de estar se deduce la intención, y la intención se manifiesta mediante el hecho de permanecer, así como por las circunstancias en que se permanece.

#### b) La habitualidad entendida por la jurisprudencia

Interesa, naturalmente, más que la opinión de los autores —siempre importante, porque en un sistema de Derecho codificado las normas no se entienden sin referirlas al entramado del pensamiento doctrinal, que hace *poso*—, el fallo judicial, que pone punto al tema.

Y para el caso de Puerto Rico interesa, naturalmente, la jurisprudencia previa al cambio de soberanía. La posterior sólo tiene relieve *ex abundantia*.

No son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo de España en

---

(20) PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, págs. 130 y 131.

este tema, dado el corto período de vigencia del Código Civil español en Puerto Rico: ocho años.

Las sentencias de este período —dos— resaltan que la noción administrativa de vecindad no tiene efecto en el ámbito civil, teniendo el juzgador libertad para apreciar todo tipo de pruebas, sin sujeción al padrón municipal.

Como sentencias posteriores podemos citar:

Sentencia de 26 de mayo de 1944, en cuestión de competencia en juicio de testamentaría, en que se dice: "... se tropieza inevitablemente con la vaguedad de la fórmula que para fijar el domicilio *real* se emplea en el artículo 40 del Código Civil, no es dudoso que para juzgar de la habitualidad de la residencia no es bastante la presencia física de una persona en lugar determinado, sino que lógicamente se requiere, como ya dijo la Sentencia de 28 de noviembre de 1940, 'la voluntad de establecerse efectiva y permanentemente en él'; es decir, que el hecho que por sí solo puede no ser trascendental de permanecer en un lugar por un lapso de tiempo más o menos largo, no implica por sí la voluntad de permanencia en él (*animus manendi*) y propósito estimable de constituirlo en sede jurídica y legal de la propia persona".

Sentencia de 18 de septiembre de 1947, en cuestión de competencia en juicio de alimentos, dice con relación a los cónyuges, que "una vez contrajeron matrimonio, el domicilio conyugal quedó establecido en Madrid, donde estuvieron residiendo ambos cónyuges hasta que el marido decidió separarse de su mujer y abandonó dicho domicilio, y como, según el artículo 40 del Código Civil, el domicilio de una persona natural es el lugar de su residencia habitual y supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga en un lugar determinado, sino la voluntad de la misma de establecerse definitivamente en él...".

Sentencia de 25 de septiembre de 1954, en demanda sobre alimentos, dice: "... como tiene declarado esta Sala, tal residencia habitual, base del concepto de domicilio, supone como elemento fundamental no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado, sino la voluntad de establecerse la persona efectiva y permanentemente en un lugar...".

Sentencia de 21 de abril de 1972, en cuestión de competencia en tema de contrato de compraventa aplazada, dice: "de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley sustantiva, el domicilio real de una persona es el lugar de su residencia habitual, es decir, no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio en él; hace falta, además, la residencia habitual con intención de permanecer más o menos indefinidamente —*animus manendi*—".

Hacen referencia al requisito de la habitualidad, interpretándole las Sentencias del Tribunal Supremo de España de 17 de noviembre de 1898 (validez de testamento), de 16 de octubre de 1900 (competencia territorial en juicio de testamentaria), de 20 de noviembre de 1906 (validez de testamento cerrado en función de los testigos), de 1 de junio de 1909 (vecindad de los testigos testamentarios), de 17 de febrero de 1930 (competencia en juicio de abintestato), de 28 de noviembre de 1940 (depósito de mujer casada), de 24 de mayo de 1942 y de 8 de julio de 1942 (reserva troncal), de 30 de enero de 1945 (beneficio de pobreza), de 4 y 26 de mayo de 1944 (competencia en juicio de testamentaria), de 15 de enero de 1946 (competencia en juicio de alimentos), de 18 de septiembre de 1947 (competencia en juicio de alimentos), de 19 de octubre de 1953 (domicilio de testigos en el testamento), de 25 de septiembre de 1954 (juicio de alimentos), de 3 de diciembre de 1955 (competencia en juicio de testamentaria), de 21 de abril de 1972 (competencia en juicio de venta aplazada), de 4 de mayo de 1977 (domicilio testigos testamentarios).

c) Resumen

Aunque el concepto *vecindad civil* se ha tildado de impropio, está recogido en el artículo 326 del Código Civil español como dato que incorporar a los asientos del Registro Civil; se sanciona el término por Real Decreto de 12 de junio de 1899 (que sustituía el libro de ciudadanía por el de *Ciudadanía y vecindad civil*, en su art. 1.º; alude a ganar la vecindad, en su art. 6.º) y queda consagrado como expresión al reformarse el Título Preliminar del Código Civil español (Ley núm. 3/1973, de 17 de marzo), cuyos artículos 14 y 15 fijan el régimen de vecindad civil en Derecho español.

Otra noción de *vecindad* (como convivencia en el mismo término municipal o pueblo) se recoge en el artículo 681.3 como requisito para ser testigo en los testamentos (precepto correspondiente con el art. 630 CC de Puerto Rico), que desaparece con la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958, al referirse la prohibición de ser testigo en los testamentos a los no domiciliados en el lugar del otorgamiento.

Consiguientemente, la expresión *vecindad* (por antonomasia *vecindad civil*) es determinante de la sujeción al Derecho foral o al Derecho común. Y desaparece la noción de vecindad inherente al Derecho administrativo, que sólo subsiste en el ámbito municipal y en la expresión de las gentes. Sólo residualmente cabe dar validez a la expresión vecindad en el Derecho civil por la alusión del artículo 681.3 del Código Civil español, que no es sino residuo de la noción administrativa de vecindad.

En conclusión, puede decirse que con la publicación del Código Civil:

a) *Domicilio* es el lugar de residencia habitual de la persona, conci-

biéndose la habitualidad como proyección internacional, que se puede acreditar por todos los medios de prueba admitidos en Derecho, e incluso inferirse. Determinar la habitualidad es cuestión de hecho apreciable por el juzgador, manifestándose una corriente de opinión mayoritaria a la afirmación, que la habitualidad reclama intencionalidad.

b) *Vecindad* o adscripción al Derecho común o al foral, por función del lugar de nacimiento del interesado o sus padres.

c) *Residencia* o lugar en que se halla una persona, incidental o accidentalmente, por más o menos tiempo, sin intención de domiciliarse. Concepto junto al cual subsiste el de *paradero*, en los mismos términos que en la etapa anterior.

C) *Etapa posterior al cambio de soberanía. Los "Estatutos Revisados" de 1902 y sus modificaciones posteriores*

a) *Modificaciones legislativas en tema de domicilio*

Dos modificaciones importantes se producen al publicarse los *Estatutos Revisados de Puerto Rico*: 1.<sup>a</sup> la regulación de la materia se sustrae del Código Civil, pasando al Código Político, y 2.<sup>a</sup> se reorienta el concepto del domicilio para insertarle enteramente en la concepción romanista inherente al Derecho de factura anglosajona.

Aunque se ha criticado la desaparición de la normativa sobre el domicilio del cuerpo del Código Civil (21), debe considerarse correspondiente

---

(21) "...sí criticamos el que los legisladores de 1902, apartándose de todos los precedentes conocidos, haya suprimido esta materia del Código Civil, donde tiene también su sitio apropiado, porque el estado de *presencia* del sujeto del derecho, determinado por su residencia y domicilio, afecta a la efectividad y ejercicio de sus derechos civiles, de la misma manera que afecta el estado de ausencia, de que se ocupa el mismo Código.

En nuestro proyecto del Código de 1929 (arts. 33 y 34) figura este título de *domicilio*, aceptando como ley vigente el art. 11 del Código Político y restableciendo el art. 41 del Código español; eso fue aceptado por el Comité Jurídico del Senado introduciendo algunas enmiendas al último artículo relativo al domicilio de las personas jurídicas; pero los autores de la Ley núm. 48 de 1930 ignoran completamente el asunto y dejaron nuestro Código Civil trunco en una materia tan importante. Y es tanto más censurable esa omisión cuando se observa que el art. 24 de la Ley de 9 de marzo de 1911, sobre celebración de matrimonio, exige que en el acta se haga constar el *domicilio* de los contrayentes; el art. 167 del Código Civil se refiere al caso en que la mujer que litiga por el divorcio declare su intención de dejar el domicilio del marido; el art. 241 se refiere a la residencia de las personas sujetas a tutela para fijar la competencia de la Corte; el art. 689 prohíbe ser testigo en los testamentos a los que no sean vecinos o domiciliados en el lugar del otorgamiento, y el art. 1.139 señala el domicilio del deudor como lugar de pago de la deuda, y además pueden verse los arts. 78, 81, 93, 95 y 96 del Código de

con las consecuencias del cambio de soberanía y con los principios jurídicos propios del Derecho norteamericano, que, con antecedentes en el Derecho inglés, en la identificación romana entre *origo* y *domicilio*, se aprovecha por las escuelas holandesa y francesa para concebir el domicilio como determinante del estatuto personal y que convierte al domicilio en instrumento jurídico similar al de la nacionalidad inherente a otros Ordenamientos (22). Que sería, naturalmente, criterio jurisprudencial desde la sentencia recaída en *López vs. Fernández*, 61 DPR 522, 1943, reiterando el principio sentado en *Colón vs. Registrador*, 22 DPR 369, 1915. Razón por la cual ha escrito MUÑOZ MORALES que “no criticamos la inclusión de este Título” —el relativo al domicilio— “y el relativo a la ciudadanía, en el Código Político, por cuanto afecta a los derechos políticos de la persona...”.

La supresión del artículo 40, así como del artículo 41 del Código Civil español, y sus correspondientes artículos 64 a 69 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se explica, pues, por acogerse una noción del domicilio, que se aparta conscientemente del precedente del Derecho español (23).

Se plantea así el tema de delimitar la noción del domicilio en el Derecho portorriqueño, pero con reorientación hermenéutica hacia el Derecho norteamericano.

Y, además, parece adecuado referirse al concepto del domicilio (y de los términos ocasionalmente homónimos, residencia o vecindad) con relación a diversos textos legales, que aluden a él.

---

Enjuiciamiento Civil, que se refieren al domicilio y residencia de los demandados...” (MUÑOZ MORALES. L.. *Reseña histórica anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, I, Río Piedras, Publics. de la UPR, s.f., págs. 151-152).

(22) Haciéndose eco de esta tendencia, escribe DE CASTRO que: “Interesa especialmente esta dirección, ya que el Derecho inglés la ha mantenido con especial firmeza. El domicilio de origen tiene superior tenacidad que el domicilio voluntario, tanto, que se ha podido decir que es difícil concebir un caso en que pueda abandonarse el domicilio de origen, pues, a menos de que se corten todos los vínculos con el país de origen, será raro que los Tribunales admitan la adquisición de un nuevo domicilio” (DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, II, cit., pág. 446, citando a GOODRICH, *Private International Law*). Como reconoce el mismo DE CASTRO, el Derecho norteamericano ha dejado relegar la relevancia del domicilio de origen, según GOODRICH. *Conflicts of Law*, parágrafo 22, pág. 35.

(23) Quizá sea esto un dato a favor de la tesis mantenida por DE CASTRO y PUIG BRUTAU, así como ALBALADEJO No he hallado dato alguno al respecto, pero es cierto que una *habitudad* entendida como factor real rechaza el *animus* exigido por el Derecho norteamericano (cfr. voz *Domicil*, American Jurisprudence, 2d. ed.. The lawyers Cooperative Publishing Co., N.Y., 1966, vol. 25, págs. 1 y sigs., que se cita 25 Am. Jur. 2d., parágrafo 1); voz *Domicile*, Corpus Iuris Secundum, The American Law Book, Co., vol. 28, 1941, págs. 1 y sigs., que se cita 28 CJS, parágrafo 12); Words and Phrases, West Publishing Co., vol. 13, 1965, págs. 423 y sigs., que se cita 13 W & Ph). No obstante, la Comisión Codificadora, en su informe del proyecto de Código, mantenía, en los arts. 76 a 83, la redacción propia del Código español y de su legislación rituaría.

b) Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño

1. En el Código Político.

El artículo 11 del Código Político recoge el concepto del domicilio mantenido en la Sección 52 del Código Político de California, del que se copia —aunque mal— el concepto, entre otras cosas (24).

Dice el artículo 11 del Código Político de Puerto Rico:

“Toda persona tiene domicilio legal. Para determinar el lugar de domicilio se observarán las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> es el lugar donde reside habitualmente una persona, cuando no es llamada a otra parte para trabajar u otro objeto temporal, y al cual retorna en las épocas de descanso;

2.<sup>a</sup> sólo puede haber un domicilio;

3.<sup>a</sup> para los efectos de la competencia de los Tribunales, no puede perderse un domicilio hasta adquirirse otro;

4.<sup>a</sup> es domicilio de los hijos no emancipados el domicilio conyugal de sus padres o del padre que tiene la ‘custodia’ (*sic*) en caso de que uno solo de sus padres la tenga;

5.<sup>a</sup> el domicilio de la esposa se presume ser el del marido y a la inversa. Durante un pleito de divorcio o cuando los cónyuges estén viviendo separados de hechos, se reconoce el derecho de cada cónyuge de tener su propio domicilio;

6.<sup>a</sup> el domicilio de un menor no casado, sujeto a tutela, es el del tutor, y

7.<sup>a</sup> el domicilio puede cambiarse sólo mediante la unión del acto y del intento” (25).

---

(24) El texto de la Sección 52, Código de California, en su párrafo primero, dice:

“It is the place where one remains when not called elsewhere for labor or other special or temporary purpose, and to which he returns in seasons of repose.”

La “,” añadida en el texto castellano, luego de la palabra *persona* altera el sentido original, al condicionar la noción de domicilio como residencia habitual.

Lo mismo cabe decir de la traducción literal del vocablo “intent”, por intento y no por *intención* (cfr. Roget’s University Thesaurus, ed. 1981, 682; 25 Am. Jur. 2d., párrafo 17).

(25) Texto redactado de conformidad con la Ley núm. 110, de 2 de junio de 1976 (P. de la C. 1.061): “Para enmendar el art. 11 del Código Político de Puerto Rico, ed. 1902”. El texto original decía:

“Toda persona tiene domicilio legal. Para determinar el lugar de domicilio se observarán las siguientes reglas:

1. Es el lugar donde reside habitualmente una persona, cuando no es llamada a otra parte para trabajar u otro objeto temporal, y al cual retorna en las épocas de descanso.

Del precepto interesan los apartados 1 y 7, porque solamente con ellos puede configurarse el concepto del domicilio en el Derecho de Puerto Rico.

En efecto, la sola lectura del apartado 1 no sólo no proporciona un concepto, sino que el que pretende ofrecer es confuso o contradictorio. La idea que late en la expresión legislativa es sencilla de ofrecer, pero no tuvo suerte el traductor, que cambia la noción original. Aquella idea es: el domicilio es el lugar de residencia habitual, que no se altera por el desplazamiento temporal, y al que se retorna posteriormente. Por serlo así, cambiar de domicilio requiere el concurso del *acto* de traslado y la *intención* de trasladarse. Por el contrario, la expresión literal aporta la noción, que el domicilio es el lugar de residencia habitual, pero que deviene en aquél al que se es llamado a trabajar u otro objeto temporal.

Entre los autores el concepto del domicilio se fija con referencia a tres factores: *a)* residencia de hecho; *b)* habitualidad. El primer factor es recogido en el artículo 11 del Código Político, al aludirse al *lugar donde reside* la persona; al segundo se refiere directamente al reclamar que se resida *habitualmente*; *c)* un tercer factor, la intención, se recoge en el apartado 7 de dicho artículo 11 (26).

Conviene, sin embargo, advertir que el artículo 11 se refiere indistintamente al domicilio *legal* y al *voluntario*, siendo aquél uno de carácter *necesario*, mientras que el otro no lo es. Las diferencias no están suficientemente resaltadas en el precepto, que, luego de afirmar la imposibilidad de carácter de domicilio legal, fija reglas para concretar *cualquier clase* de domicilio. Así, resulta que se incrementa la dificultad para distinguir el domicilio de la mera residencia, ya que ésta es, unas veces, el mero estar en un lugar, mientras que, otras veces, se identifica con el domicilio (ya real, ya legal); dificultad que se incrementa cuando, por mor de las diversas modificaciones legislativas, los textos legales de Puerto Rico van perdiendo

- 
2. Sólo puede haber un domicilio.
  3. Para los efectos de la competencia de los Tribunales, no puede perderse un domicilio hasta adquirirse otro.
  4. Es domicilio de los hijos no emancipados el domicilio de su padre, y después de la muerte de éste, el de su madre.
  5. El domicilio de la esposa se presume ser el del marido.
  6. El domicilio de un menor no casado, sujeto a tutela, es el de su tutor.
  7. El domicilio puede cambiarse sólo mediante la unión del acto y del intento."

No tiene, pues, relevancia el cambio, para los efectos de las presentes páginas.

(26) Cfr. VÁZQUEZ BOTE, PUIG PEÑA, DE ANGULO *Derecho civil de Puerto Rico*, Barcelona para San Juan, 1972, tomo I, vol 1, pág. 494. MASCAREÑAS C. E.: "El domicilio en Derecho portorriqueño", *Rev. Derecho Portorriqueño*, núm. 17, 1965, págs. 232 y sigs.

su rigor técnico jurídico, admitiendo expresiones comunes que, de suyo, hacen perder nitidez a un concepto, que no ha solido disfrutar generosamente de aquella característica. Así ocurre con las Reglas de Procedimiento Civil, Ley notarial, etc. (27). Y no se trata que ciertos cuerpos legales carezcan de eficacia civil cuando al domicilio se refieren (como podría ocurrir con las leyes federales de índole administrativa o política, o la propia Constitución del Estado Libre Asociado), sino que son las propias leyes civiles, siquiera las no sustantivas, las que provocan la confusión, confusión que permanece a través del tiempo (28).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de aclarar el término, aunque también ha incidido en el error de identificaciones impertinentes, asimilando domiciliado y residencia, domicilio y vecindad, residencia y vecindad, etc., en lugar de mantener la separación de términos, recurriendo a la adjetivación cuando hubiese sido pertinente o conveniente.

Veamos esa jurisprudencia para sentar conclusiones respecto de la misma, comenzando, precisamente, por los casos no civiles y terminando por la más propia jurisprudencia civil.

Se identifica *domicilio* y *residencia* a efectos de poder justificar el poder fiscal del Estado en la imposición de contribuciones y tributos —que se hace descansar en el domicilio *como concepto estatutario*—, calificándose de *domiciliado* a quien reside en el territorio del Estado Libre Asociado, en el caso *Maristany vs. Secretario de Hacienda* (29).

Se identifica *residencia o ciudadanía* estatales con *domicilio*, siquiera se manifieste una clara noción de éste, en los casos *González Giusti vs. Secretario de Hacienda* (30), *Tesorero vs. Tribunal de Contribuciones y Solé* (31) y *Martínez vs. Viuda de Martínez* (32).

Se distingue rigurosamente entre *residencia o ciudadanía* estatales y *domicilio*, separando, asimismo, el hecho de residir (“residencia”) y el domicilio, en los casos *Fiddler vs. Secretario de Hacienda* (33), *Prawl vs. Lafita* (34) y *Foss vs. Ferris* (35).

(27) No es suficiente con decir que donde la ley alude al *domicilio* no se trata de domicilio, sin argumentarse sólidamente, como hace MASCAREÑAS, *Ibidem*, cita precisa pág. 239.

(28) Cfr. TOUS SOTO, M.: *Domicilio, vecindad y residencia*, Sección de consultas legales, Diario *El Imparcial*, sábado 28 junio 1941, pretendiendo diferencias, que no obtiene sino por principio de autoridad.

(29) 1967, 94 DPR 291.

(30) 1949, 76 DPR 135.

(31) 1949, 69 DPR 905.

(32) 1963, 88 DPR 443.

(33) 1982, 85 DPR 316.

(34) 1971, 100 DPR 35.

(35) 1944, 63 DPR 570, recogiendo la distinción, propia en Derecho norteamericano en el caso *Suit vs. Sheiler (DC Md.)*, 18 Fed. Supp. 568.

En la jurisprudencia *propriamente civil*, regularmente resolviendo cuestiones de competencia (“jurisdicción”), se trata:

En *Sureda vs. Sureda* (36), distinguiendo entre domicilio o residencia permanente la situación de mera residencia del transeúnte.

En *Pastor vs. Miró* (37), en tema de cambio de domicilio, se identifica *obiter dicta* domicilio con residencia permanente.

En *Carrero vs. Del Castillo* (38), en cuestión de competencia en procedimiento de divorcio, se identifica domicilio con lugar de residencia habitual, que se diferencia de la mera residencia, utilizándose un amplio apoyo jurisprudencial norteamericano, y destacadamente *Williamson vs. Osen-ton*, 232 US 619, citando a HOLMES

En *Enjuto vs. Corte* (39) se confunde por identificación, siquiera es *obiter dicta*, el domicilio con la residencia y la vecindad.

Finalmente, en *Rivera Pitre vs. Galarza* (40) se identifica conscientemente la noción del *domicilio* con la de *vecindad* y *residencia*, a efectos de habilitar la condición de testigos testamentarios, procediendo como había hecho la jurisprudencia española respecto del artículo 681.3 del Código Civil, si bien siguiendo un camino totalmente opuesto.

De la lectura de los casos indicados se deduce con precisión, por el propio texto y por las referencias al Derecho norteamericano o español (cuando no al filipino, de común antecedente), lo siguiente:

- a) La noción *civil* de *residencia* se determina por el hecho de vivir en un lugar, más o menos tiempo, incidental o accidentalmente, que se separa de la mera *estancia* o *paradero*.
- b) La noción *civil* del *domicilio* se configura como lugar de residencia habitual, que no se cambia si no es uniendo el acto material de traslado con la intención de realizar éste. Con frecuencia se produce el traslado del domicilio a la residencia, y viceversa, lo que, cierto en cuanto a las situaciones fácticas, no deja de crear confusión respecto de los conceptos (41).

---

(36) 1915, 22 DPR 667.

(37) 1924, 34 DPR 52.

(38) 1930, 41 DPR 417.

(39) 1936, 49 DPR 373

(40) 1979, 108 DPR 565.

(41) Se dirá en *Foss vs. Ferris*, trayendo la noción anglosajona, que “encontramos la definición más correcta (de residencia) así: ‘residencia no significa el sitio permanente de vivienda, donde una persona tiene la intención de vivir durante el resto de su vida o por un término indefinido o ilimitado, ni tampoco la residencia de una persona para una persona para su propósito temporal con la intención de regresar a su antigua residencia cuando ese propósito haya sido cumplido y sí el hogar actual en el sentido de no tener ningún otro hogar, ya sea con la intención de residir allí permanentemente, o por un

- c) La noción de *vecindad* se mantiene por inercia, desvinculada de su original significado en el Derecho español.

Como ha de verse, al analizar el régimen o adquisición de nuevo domicilio, aquellas nociones quedan sensiblemente reforzadas en las soluciones jurisprudenciales estrictamente civiles. Todo ello, y también ha de verse, como proceso a lo largo del tiempo en que coincide una elaboración legislativa de textos legales en que las nociones van perdiendo significado técnico-jurídico.

2. En la propuesta de Ley para el régimen del matrimonio y divorcio de 1901 (42)

En el texto de dicha propuesta de Ley, Título V, I, con relación al domicilio de la mujer casada, se identifica *vecindad* en la isla con *residencia*, claramente referida a la competencia judicial para entender en juicios de divorcio cuando las partes viven separadas.

Es claro que el texto introduce una noción de vecindad, que ninguna relación guarda con la vecindad administrativa existente bajo soberanía española y que, por el contrario, se aproxima a la noción de vecindad recogida por la jurisprudencia en *Enjuto vs. Corte y Rivera Pitre vs. Galarza*, ya aludidos, vecindad que es equivalente a vivir en la isla, sea ese vivir un domicilio, sea una simple residencia, sea un simple estar dilatado.

En efecto, decir: "Si una mujer casada, al tiempo de intentarse una acción bajo las disposiciones de cualquiera de los dos últimos títulos, residiere en Puerto Rico, se la conceptuará como vecina de la isla, aunque su marido residiere en otra parte", como dice el texto, no guarda diferencia alguna con la afirmación, que "... fue vecina de Puerto Rico hasta el momento en que constituyó su residencia en España; que su esposo era vecino y ciudadano de Puerto Rico, y que los autos nada revelan respecto a un cambio de domicilio o de ciudadanía" (*Enjuto vs. Corte*); o la otra, según la cual: "... la terminología del artículo 630 del Código Civil no impide que puedan comparecer como testigos instrumentales en testamentos personas 'vecinas' que residan en Puerto Rico" (*Rivera Pitre vs. Galarza*).

Puede, así, concluirse que en esta propuesta de Ley, *residencia* y *vecindad* son términos equiparados, si no iguales.

---

período de tiempo definido o indefinido'" (citando a *Suit vs. Shailer*, 37 W & Ph., pág 277, *Sureda vs. Sureda*, cit., *Williams vs. State of North Carolina*, 317 US 287).

(42) Que nunca se convirtió en Ley.

3. En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1901, revisada y compilada (43)

Con relación a los requisitos del escrito de demanda para obtener el beneficio de pobreza, el artículo 34 distingue claramente el *domicilio* (art. 34.1) y el *paradero* o *residencia* (art. 34.2) (44).

Y en tema de competencia, diferencia claramente *domicilio*, *residencia* y *paradero* en los artículos 68, 69.10 y 69.20, párrafo tercero; 69.24, 69.26 y 75 (45). Y se mantiene en estos preceptos, y en tantos otros (arts. 70, 71, 72, 73, 74), destacando entre ellos el artículo 75, que recoge los tres con-

(43) Que toma como modelo a la Ley de Enjuiciamiento Civil española y al Código de Enjuiciamiento Civil de California.

(44) Artículo 34: "Esta demanda se formulará del modo prevenido para las demandas ordinarias, expresándose además en ella:

1. El pueblo de la naturaleza del demandado, el de su domicilio actual, y el que haya tenido en los cinco años anteriores.

2. Su estado, edad, profesión u oficio, y medios de subsistencia.

3. Si fuere casado o viudo, el nombre y pueblo de la naturaleza de su consorte y los hijos que tengan.

4. La casa o cuarto en que habiten, con expresión de la calle y número y del alquiler que paguen.

(...)"

(45) Artículo 68: "Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las siguientes reglas de competencia:

1. En los juicios en que se ejerciten acciones personales será Juez o Tribunal competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.

Quando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes y estén obligados mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será Juez competente el del domicilio de cualesquiera de los demandados, a elección del demandante.

2. En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles o semovientes será Juez o Tribunal del domicilio del demandado, a elección del demandante.

3. (...).

4. En los juicios en que se ejerciten acciones mixtas será Juez o Tribunal competente el del lugar en que se hallen las cosas, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante".

Artículo 69. "Para determinar la competencia, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, se seguirán las siguientes reglas:

1. En las demandas sobre estado civil será Juez o Tribunal competente el del domicilio del demandado.

2. En las demandas sobre rendición y aprobación de cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos será Juez o Tribunal competente el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinado el del domicilio del poderdante.

3. (...).

- 4 (...).
5. En los juicios de testamentaria o abintestato será competente el Juez o Tribunal del lugar en que hubiere tenido el finado su último domicilio...
6. (...).
7. (...).
8. En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor en este estado, será Juez o Tribunal competente el del domicilio del mismo.
9. En los concursos o quiebras promovidos por los acreedores, el de cualquiera (*sic*) de los lugares en que se esté conociendo de las ejecuciones. Será en ellos preferido el del domicilio del deudor.
10. En los litigios acerca de la recusación de árbitros y amigables componedores, cuando ellos no accedieren a la recusación, será competente el Juez o Tribunal en que resida el acusado.
11. (...).
12. (...).
13. (...).
14. En el interdicto de adquirir será Juez o Tribunal competente el del lugar en que estén sitos los bienes, o aquel en que radique la testamentaria o abintestato, o el del domicilio del finado.
15. (...).
16. En los expedientes de adopción o arrogación será Juez o Tribunal competente el del domicilio del adoptante o arrogador.
17. En el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores o protutores para los bienes y excusas de estos cargos será Juez o Tribunal competente el del domicilio del padre o de la madre...
18. En el nombramiento y discernimiento de los cargos de defensores para pleitos será competente el Juez o Tribunal del lugar en que los menores o incapacitados tengan su domicilio o el del lugar en que necesitaren comparecer en juicio.
19. En las demandas en que se ejercitaren acciones relativas a la gestión de la tutela o protutela... será Juez o Tribunal competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardería en su parte principal, o el del domicilio del menor.
20. En los depósitos de personas... Cuando no hubiere autos anteriores será Juez o Tribunal competente el del domicilio de la persona que deba ser depositada. Cuando las circunstancias particulares lo exigieren podrá decretar interina y provisionalmente el depósito el Juez municipal del lugar en que se encontrase la persona que deba ser depositada...
21. En las cuestiones de alimentos... será Juez o Tribunal competente el del lugar en que tenga su domicilio aquél a quien se pida.
22. (...).
23. En las autorizaciones para venta de bienes de menores o incapacitados será Juez o Tribunal competente el del lugar en que los bienes se hallaren, o el del domicilio de aquéllos a quienes pertenecieren.
24. En los expedientes que tengan por objeto la administración de los bienes de un ausente, cuyo paradero se ignora, será Juez o Tribunal competente el del último domicilio que hubiera tenido en el territorio de esta isla.
25. En las informaciones para dispensa de ley, y en las habilitaciones para comparecer en juicio, cuando por derecho se requieran, será Juez o Tribunal competente el del domicilio del que las solicitare.
26. En las informaciones para perpetua memoria será Juez o Tribunal competente el del lugar en que hayan ocurrido los hechos, o aquél en que estén, aunque sea accidentalmente, los testigos que hayan de declarar (...)"

Para el art. 75, *vide intra*, nota 46.

ceptos en rigurosa correspondencia con la propuesta de revisión del Código Civil (46).

Indudablemente, tanto la propuesta de revisión del Código Civil como la de la Ley de Enjuiciamiento Civil correspondía al criterio de sustentar la redacción tradicional derivada del Derecho español.

Por ello, cabe concluir que las nociones de *domicilio* y *residencia* eran exactamente iguales que al momento del cambio de soberanía española por la norteamericana, si bien desaparece la noción de *vecindad* inherente a la legislación municipal española.

#### 4. En la legislación rituaría posterior

Las normas de carácter procesal (Código de Enjuiciamiento Civil de 1904 y de 1933, las Reglas de Enjuiciamiento Civil de 1943, las Reglas de Procedimiento Civil de 1958 y las Reglas de Procedimiento Civil de 1979) inician un proceso de total confusión terminológica, haciendo perder a los conceptos de *domicilio*, *residencia* y *vecindad* todo significado. La sede de la persona es el lugar en donde esté, sea un domicilio, una residencia o un paradero o lugar de vecindad.

Es cierto que el Código de Enjuiciamiento Civil de 1904 todavía identifica *domicilio mercantil* con *residencia legal* (art. 78) (47); pero inicia la

(46) Artículo 75. "En los casos en que esté señalado el domicilio para surtir fuero competente, si el que ha de ser demandado no lo tuviere en el territorio de esta isla, será Juez o Tribunal competente el de su residencia.

Los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen, o en el de su última residencia, a elección del demandante."

Artículo 70: "El domicilio de las mujeres casadas, que no estén separadas legalmente de sus maridos, será el que éstos tengan.

El de los hijos constituidos en potestad, el de sus padres.

El de los menores o incapacitados sujetos a tutela o protutela, el de sus guardadores."

Artículo 71: "El domicilio legal de los comerciantes, en todo lo que concierne a actos o contratos mercantiles y a sus consecuencias, será el del pueblo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales.

(...)"

Artículo 72. "El domicilio de las compañías civiles y mercantiles será el pueblo que como tal esté señalado en la escritura de sociedad o en los estatutos por que se rijan.

(...)"

Artículo 73: "El domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamente, se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren más frecuentemente."

Artículo 74: "El domicilio legal de los militares en activo servicio será el del pueblo en que se hallare el cuerpo a que pertenezcan cuando se hiciere el emplazamiento"

(47) Artículo 78: "La residencia legal de los comerciantes en todo lo que concierna a actos y contratos mercantiles y sus consecuencias será el pueblo en que tuvieren el centro de sus operaciones comerciales.

(...)"

tendencia a sustituir *domicilio* por *residencia* (arts. 81, 88, 92, 93, 94) (48), todavía separados del de *paradero*. Y da entrada, así, en Derecho portorriqueño a los problemas conceptuales del Derecho norteamericano (49).

A partir de este momento los conceptos de *vecindad* (Ley de 11 de marzo de 1915, sección 7, “regulando el cobro de derechos y costas en las causas civiles”) (50), *dirección* [Regla 4(b) de las de Enjuiciamiento Civil de 1943; Reglas 4.2 y 67.2 de las de Procedimiento Civil de 1958; Reglas 4.2 y 67.2 de las de Procedimiento Civil de 1979] (51); *paradero*. aunque

(48) Artículo 81: “En todos los demás casos el pleito deberá verse en el distrito en que residieren los demandados, o alguno de ellos, al iniciarse el litigio; y si ninguno de los demandados residiere en la isla de Puerto Rico, o si residiendo en ella, ignorase el demandante el distrito en que residan, el pleito podrá seguirse en cualquier distrito designado por el demandante en la demanda; y si el demandado estuviere a punto de ausentarse de la isla, el pleito podrá seguirse en el distrito en que cualquiera de las partes resida...”.

Artículo 88: “El secretario hará constar al dorso de la demanda el día, mes y año de la presentación, y en cualquier tiempo dentro de un año después de aquélla, el demandante puede obtener que se expida la citación; y si la acción se promoviere contra dos o más demandados con residencia en diferentes distritos...”.

Artículo 92: “La citación puede hacerse por el marshall del distrito donde se encontrare el demandado... La citación irá acompañada de una copia de la demanda a menos que dos o más demandados residieren en el mismo distrito...”.

Artículo 93: “La citación se hará mediante entrega de una copia de la misma, como sigue:

1. (...).
- 2 Si el pleito fuese contra una corporación extranjera o compañía o sociedad que no resida en la isla...
- 3 (...).
- 4 Si contra una persona con residencia en la isla..
5. (...).
- 6 En los demás casos, al demandado personalmente”.

Artículo 94: “Cuando la persona que deba ser citada resida fuera de la isla, o se hubiere ausentado de ella, o si después de la debida diligencia no pudiera ser encontrada en la isla, o se ocultare para que no pueda hacérsele la citación, cuando se ignorare su domicilio... se haga la publicación por edictos”.

(49) 25 Am. Jur. 2d. párrafos 1, 4-11; 28 CJS, párrafos 1, 2 y 10; y las referencias que en ambos textos se incluyen; W & PH., págs. 424-429, 433-436, 437-441, 450-459; 459-492

(50) Cfr. *Compilación de los Estatutos Revisados y Códigos de Puerto Rico*, ed. oficial, 1941, pág. 819: “Cualquier vecino de Puerto Rico que desee entablar una acción civil y no pudiese pagar los derechos requeridos por esta Ley...”.

(51) Regla 4(b) De las de Enjuiciamiento Civil de 1943 y 4(2) de 1958: “El emplazamiento deberá ser firmado por el secretario, llevará el nombre y sello del Tribunal, dirección del Abogado del demandante, si lo hubiere, o, en su defecto, la dirección del demandante...”.

Regla 67.2 de las de 1958: “Siempre que una parte haya comparecido representada por su Abogado, la notificación se hará al Abogado, a menos que el Tribunal ordene que la notificación se haga a la parte misma. La notificación ... se hará entregándole copia o remitiéndosela por correo a su última dirección conocida...”.

sin emplear el término [Reglas 4(d) y 2 y 4(e) de las de 1943; Reglas 4.4(b) y 4.5 de las de 1958; Reglas 4.4(b) y 4.5 de las de 1979] (52); *residencia* [Regla 4(e) de 1943; Reglas 4.5 y 4.7 de las de 1958, y Reglas 3.4 y 4.5 de 1979] (53); *domicilio*, por *no domiciliado* (Regla 4.7 de las de 1979) (54) se involucran, sirviendo, indistintamente, unos y otros conceptos para fijar la sede procesal.

Y esta confusión es aún más intensa si se aceptan los comentarios *oficiales* a la Regla 4.7 de las de 1979, que identifica *residencia*, *domiciliación* y *domicilio*, pretendiendo una diferencia inexistente en el texto (55).

## 5. Conclusión provisional

Por lo hasta ahora expuesto puede concluirse:

- a) El concepto de *domicilio* como lugar de residencia habitual, *de-seada y realizada*, recogido en el artículo II del Código Político mantiene su significado.
- b) Las referencias hechas en otros cuerpos legales al domicilio, o a la residencia, vecindad, dirección, domiciliación, etc., aluden al *hecho de estar en un sitio* —presupuesta o no la coincidencia con el domicilio—, careciendo de total rigor, no pudiendo vincular al intérprete por tal razón.

---

Las Reglas 4.2 y 67.2 de 1979 repiten casi textualmente lo dispuesto en las de 1958, con referencia a la dirección.

(52) Regla 4(d)2 de 1943 y 4.4(b) de 1958: “El diligenciamiento se hará de la siguiente manera: (...) b) A una persona menor de catorce (14) años de edad, entregándole copia del emplazamiento y de la demanda a su padre o a su madre con patria potestad o tutor. Si éstos no se encontraren en Puerto Rico...”.

Regla 4(e) de las de 1943 y 4.5 de las de 1958: “Cuando la persona a ser emplazada estuviera fuera de Puerto Rico, o estando en Puerto Rico, no pudiera ser localizada ... el Tribunal podrá dictar una orden disponiendo que el emplazamiento se haga por un edicto (...). La orden dispondrá, además, que dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del edicto, se le dirija al demandado ... al lugar de su última residencia conocida...”.

Las Reglas 4.4(b) y 4.5 de las de 1979 son esencialmente iguales en su redacción, por lo que aquí interesa.

(53) Las Reglas 4(e) de 1943 y 4.5 de 1958 se transcriben en la nota anterior (52), en lo pertinente.

(54) Regla 4.7 de las de 1979: “Cuando la persona a ser emplazada no tuviere su domicilio en Puerto Rico...”.

(55) Dice el comentario: “Se sustituye el término ‘residente’ por ‘domiciliado’ y se atempera la regla a ese concepto, pues la Regla 4.7 se refiere a los contactos mínimos que debe haber respecto a una persona no domiciliada en Puerto Rico. El emplazamiento de un domiciliado no residente lo regula la Regla 4.5 anterior y no ésta”. Sin comentarios.

- c) Queda así abierta la puerta para fijar tales conceptos de conformidad con la elaboración de los mismos realizada por la jurisprudencia norteamericana, que distingue el *domicilio* (residencia habitual, que une el hecho y la intención), *residencia* (lugar en que se está de forma más o menos duradera, más o menos incidental o accidentalmente) y *paradero* (lugar en que se halla una persona), no obstante ser las expresiones judiciales sumamente confusas y de frecuente expresión común.

## 6. En otros textos legales

La *Ley electoral y de inscripciones* de 7 de marzo de 1906 (56) elige el término *residencia* para legitimar el derecho al voto (secciones 4, 7, 8, 15), definiendo esa residencia, *a los solos fines de dicha Ley*, de forma sorprendente, e incluso contradictoria con el artículo 11 del Código Político. Dice la sección 16: "Para los fines de esta Ley, la residencia del elector se determinará en la forma siguiente: la residencia del casado será el sitio en que su esposa resida y la del soltero el local en donde duerma. Para los fines de esta Ley, el hombre casado que viva separado de su esposa se considerará como soltero. En caso que el soltero no tenga domicilio fijo, la residencia será aquella en donde desempeñe sus ocupaciones cotidianas; pero para los fines de la votación, en ningún caso podrá una persona pretender residencia, o ser inscrito, en más de un precinto electoral".

La *Ley municipal* de 9 de marzo de 1906 (57) escoge el término *residente* [secciones 3, a), modificada por Ley de 14 de marzo de 1907, y 8], término asimismo elegido por la *Ley para proveer de un gobierno a la isla de Culebra*, de 8 de marzo de 1905, sección 8 (58).

La *Ley de Contribuciones sobre ingresos*, de 3 de junio de 1927, y sus enmiendas posteriores, identifica *residencia* (ciudadanía) y *residencia y estadía*, en sus secciones 1(7) y 23(2), y 18(e) y 23(3), respectivamente (59).

## 7. Conclusión

De lo expuesto ha de deducirse:

- a) Con la salvedad del Código Político, que fija un preciso (por

---

(56) Cfr. *Compilación de los Estatutos Revisados y Códigos de Puerto Rico*, ed. oficial, 1914, págs. 179 y sigs.

(57) Cfr. *Compilación de los Estatutos...*, cit. *ibidem*, págs. 368 y sigs.

(58) *Ibidem*, págs. 403 y sigs.

(59) Cfr. *Compilación de los Estatutos Revisados y Código de Puerto Rico*, ed. oficial, 1941, págs. 414 y sigs.

precisable) concepto del domicilio, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1901, que mantiene tal tónica, los restantes textos legales identifican como conceptos iguales los de domicilio y residencia, cuando no también el de vecindad.

- b) Se generaliza la expresión residencia, que unas veces es el domicilio (si concurre el hecho de estar con la intención en tal sentido) y otras la propia residencia, cuando no el simple paradero.
- c) Residualmente, la expresión vecindad se mantiene en el artículo 630.2 del Código Civil, rota su conexión con el significado que tenía en Derecho español.

Esta conclusión no se modifica por lo que luego se dirá con referencia a la legislación notarial.

#### D) *Conclusión*

*Se entiende por domicilio* en Derecho portorriqueño el lugar de residencia habitual en que efectivamente se está y se quiere estar.

*Se entiende por residencia* en Derecho portorriqueño, a efectos civiles, el lugar en que una persona se encuentra, durante más o menos tiempo, accidental o incidentalmente, sin intención de domiciliarse.

*Se entiende por vecindad* en Derecho portorriqueño la residencia en un mismo lugar geográfico, localidad o pueblo.

*Se distingue domicilio de residencia* porque:

- a) El domicilio comprende la residencia en su concepto, siendo la misma habitual y exigiéndose la intención.
- b) El domicilio supone una proyección temporal, conforme con la nota de habitualidad, mientras que la residencia se define por el hecho de estar.
- c) El domicilio civil es único, la residencia puede ser plural.

*Se distingue domicilio de vecindad* porque:

- a) La vecindad supone una relación entre domiciliados o residentes en un mismo lugar.
- b) Mientras que el domicilio es un concepto del Derecho civil —no empece su inclusión en el Código Político y su trascendencia político-administrativa bajo criterios estatutarios, en que funciona como concepto equiparado a nacionalidad o ciudadanía—, la vecindad fue en su origen una noción del Derecho administrativo municipal español, que hoy no tiene sentido alguno de carácter jurídico, aunque permanezca la expresión en algún texto legal.

*La residencia se distingue de la vecindad* originalmente en que ésta era una forma de adscripción administrativa de la población, que hoy se identifica con la simple residencia.

II. RÉGIMEN JURÍDICO PARA ENTENDER CAMBIADO UN DOMICILIO, CON PÉRDIDA DEL ANTERIOR Y ADQUISICIÓN DEL NUEVO

El artículo 11 del Código Político previene la posibilidad de cambio de domicilio, que incluye la dualidad de adquisición del nuevo y pérdida del anterior, ya que “sólo puede haber un domicilio” (art. 11 Código Político).

En ambas consecuencias, elementos esenciales para que se genere el cambio domiciliario son la situación de *residencia habitual* y la *intención*.

Naturalmente, la habitualidad e intención pueden ser elementos recíprocamente referidos: el hecho del cambio impide la habitualidad —salvo que se entienda referida como proyección de futuro— en el momento mismo del cambio, pero entonces la intención sustituye la regularidad ausente hasta que ésta pueda estimarse realizada. De ahí que apreciar la habitualidad sea cuestión de hecho referible al juzgador, sujeta a prueba (cfr. *González vs. Secretario de Hacienda*, 1949, 76 DPR 135, cita precisa págs. 141 y 142; *Tesorero vs. Tribunal de Contribuciones y Solé*, 1949, 69 DPR 905, cita precisa, pág. 909; *Martínez vs. Viuda de Martínez*, 1963, 88 DPR 443, cita precisa pág. 449; *Fiddler vs. Secretario de Hacienda*, 1982, 85 DPR 316, cita precisa pág. 323; *Pastor vs. Miró*, 1924, 34 DPR 52, cita precisa pág. 58).

Esta dualidad de requisitos ha sido sentada de modo regular y constante, tanto por la doctrina y jurisprudencia españolas cuando Puerto Rico era colonia de España, como por la doctrina y jurisprudencia portorriqueñas (60), así como por las *Opiniones* de la Secretaría de Justicia de Puerto Rico, que regularmente se remiten al criterio jurisprudencial (61).

La referencia a la intencionalidad se reclama de manera expresa y constante por la jurisprudencia. Y así se dice que: “... para adquirir un domicilio por selección voluntaria es necesario que concurren dos requisitos, a saber: 1) presencia física y 2) intención de permanecer en el sitio

(60) Sentencias del Tribunal Supremo de España de 5 marzo, 14 y 18 noviembre 1859, 18 agosto 1864, 2 agosto 1866, 24 enero y 27 noviembre 1868.

*González vs. Secretario de Hacienda*, *Martínez vs. Viuda de Martínez*, *Fiddler vs. Secretario de Hacienda*, *Foss vs. Ferris*, *Pastor vs. Miró*, cits.

En la doctrina española, GARCÍA GOYENA *Concordancias*, I, págs. 48 y sigs.; GUTIÉRREZ *Códigos*, I, 209; MANRESA: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, págs. 225-227.

En la local, MASCAREÑAS. *El domicilio*, cit.; VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, cit.

(61) Ver *Opinión*, 1962-65; *Opinión*, 1969-10.

seleccionado” (citando a KENNAN, *On residence and Domicile*); o se determina la insuficiencia de la prueba para acreditar la intención de cambiar de domicilio (*Tesorero vs. Tribunal de Contribuciones*, cit., cita precisa pág. 909); que “el domicilio puede variarse sólo mediante la concurrencia de la presencia física y la intención de permanecer en el nuevo lugar...” (*Martínez vs. Viuda de Martínez*, cit., cita precisa pág. 449); que “...la cuestión de ‘domicilio’ es una mixta de hecho y de derecho, siendo el factor primordial uno de intención de permanecer por tiempo indefinido...” (*Fiddler vs. Secretario de Hacienda*, cit., cita precisa págs. 322, 326); que “la presunción legal de que el domicilio de una persona es el sitio en que actualmente vive, no surge en el caso de un soldado, pues éste no está en libertad de elegir su domicilio” (*Foss vs. Ferris, 1944, 63 DPR 570*, cita precisa pág. 573); que “la residencia en cualquier otro lugar puede destruir la presunción relativa a la continuación de la residencia original, caracterizada por circunstancias tales, que indican la intención de adoptar la nueva localidad como domicilio” (*Carrero vs. Del Castillo, 1930, 41 DPR 417*, cita precisa pág. 419, invocando 19 CJS 431, sec. 66, así como a HOLMES y a STORY; 420, 424-5, citando a MANRESA, 431).

Respecto del elemento fáctico (expresivo de la habitualidad o intencionalidad, la jurisprudencia es relativamente abundante para estimar que no hay intención de cambiar el domicilio sin el cambio de residencia, aunque sea de numerosos o varios años) deriva: del hecho de fallecer incidentalmente en lugar distinto al del domicilio (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 24 de enero de 1868) o de un estado de guerra entre naciones, que impide el retorno (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 24 de enero de 1868); por la circunstancia de estar en determinado sitio por necesidades del servicio o trabajo (*Tesorero vs. Tribunal de Contribuciones y Solé*, cit., cita precisa págs. 907-8); por la persistente aptitud de regresar al domicilio establecido (*Fiddler vs. Secretario de Hacienda*, cit., cita precisa pág. 323); dado que mantiene los bienes en otro Estado, en donde tiene el hogar, familia, sirvientes, membresía de clubs sociales, votaba, pagaba contribuciones, era miembro de la Iglesia, etc. (*ibidem*, pág. 232); por motivos de trabajo, salud o placer (*Prawl vs. Lafita*, cit., cita precisa pág. 37); por ser destinada su unidad militar o exigencias del servicio (*Foss vs. Ferris*, cit., cita precisa pág. 573); por motivos de enfermedad, que llevan al fallecimiento (*Pasto vs. Miró*, cit., cita precisa pág. 58); por dilatada que sea aquélla (*In re Lohmann's, 283 NYS 38, 42, 157 Misc. 169; In re Quale, 7 NW 2d. 153, 155, 213, Minn. 421*: en general, 28 CJS 11, *d*, págs. 18 y siguientes; 25 Am. Jur. 2d., 17, notas 11, 19 y sus notas, 25 y sus notas, 26 y sus notas, 30, 31 y 32 y sus notas); cual en caso de internamiento en sanatorio (Sentencia del Tribunal Supremo de España de 27 de abril de 1956), etc.

En conclusión, puede decirse:

El régimen para considerar cambiado un domicilio, con la consiguiente pérdida del anterior y la adquisición de nuevo, reclama, claramente, dos factores:

- a) el hecho material del cambio, y
- b) la intención de cambiar el domicilio, que se remite como cuestión de hecho a la apreciación del juzgador.

### III. VALOR QUE TIENE LA EXPRESIÓN “VECINO DE...” EMPLEADA EN LOS DOCUMENTOS NOTARIALES POR LA PRÁCTICA PORTORRIQUEÑA

Quedó indicado que en la etapa de soberanía española, y para aclarar las nociones de vecindad, domicilio y residencia, las Reales Ordenes de 20 de agosto de 1849 y, reiterando ésta, de 30 de agosto de 1853, aclararon el concepto de vecindad, entendiéndolo por él la voluntaria adscripción a un municipio, mediante declaración expresa realizada en la Alcaldía, que podía ser sustituida por la residencia con casa abierta por más de un año.

Se recogía así una noción de vecindad que, en el ámbito administrativo solamente (Sentencias del Tribunal Supremo de España de 6 de febrero de 1866 y 17 de enero de 1868), cumplía similar función que la noción civil de domicilio (siendo, pues, la vecindad un *domicilio arraigado*).

La función notarial moderna fue establecida en España por la Ley Orgánica del Notariado de 28 de mayo de 1862 —consecuencia obligada de la Ley Hipotecaria de 1861—. Dicha Ley Orgánica sirvió de base para trasplantar a Cuba, Puerto Rico y Filipinas el sistema notarial español, con todos los efectos del peninsular (62). Para Puerto Rico, pues, aquella Ley sirvió de base para redactar la Ley de 29 de octubre de 1873 (63), que, con ligeras variantes, recoge el texto de la Orgánica española.

Luego del cambio de soberanía, el texto legal fue objeto de enmiendas diversas, hasta la publicación de la Ley Notarial de 8 de marzo de 1906, que no es sino un compendio de la de 1873 (64). La Ley de 1906 fue objeto de algunas enmiendas —aunque no en el tema que aquí nos ocupa— hasta la publicación de la vigente Ley Notarial de 27 de junio de 1956 —que comenzó a regir en 1 de enero de 1957—, que mantiene, igualmente, sus disposiciones inalteradas en el tema objeto de consulta, no empece enmiendas posteriores (65).

(62) FERNÁNDEZ CASADO. *Tratado de Notaría*, Madrid, I, 1895, pág. 118

(63) Comenzó a regir en Puerto Rico el 1 de abril de 1874.

(64) MALAVET VEGA, P.: *Notas sobre el Derecho notarial portorriqueño*, Publs. Escuela de Derecho, Universidad Católica, Ponce, 1968 (ed. mim.), págs. 20-21.

(65) Cfr. *ibídem*.

En esta Ley la expresión *vecindad* aparece en las secciones 10 (66) y 16 (67).

Para comprender esta constancia de la exigencia de vecindad conviene repasar los textos a lo largo de la Historia.

En los antecedentes de la Ley Notarial de Puerto Rico, la Orgánica del Notariado española, se exigía consignar la vecindad del Notario (o su Colegio) (68), así como la vecindad de los otorgantes (69), deducida de la cédula personal prevista en el artículo 11 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 (70).

Pero la primera norma que se refiere a la vecindad es la *Instrucción General sobre las maneras de redactar los documentos públicos sujetos a registro*, de 1861 (determinada por la primera Ley Hipotecaria española), que tiene su correspondencia en la *Instrucción general sobre la manera de redactar los documentos sujetos a registro en las provincias de Ultramar*, aprobada por Real Orden de 13 de agosto de 1893, declarada en vigor por la jurisprudencia (*Parra vs. Registrador*, 1902, 2 DPR 597; *Colón vs. Registrador*, 1915, 22 DPR 546) (71).

En dicha *Instrucción*, entre las circunstancias que han de hacerse constar en los instrumentos públicos, recoge (por lo que aquí interesa) el

(66) Sección 10, Ley Notarial. "En todo instrumento público consignará el Notario su nombre y vecindad y cuando por esta Ley se requieran o permitan testigos, el nombre, mayoría, estado y vecindad de éstos, así como el lugar, año y días del otorgamiento".

(67) Sección 16, Ley Notarial: "Los Notarios darán fe en los instrumentos públicos de que conocen a las partes, o de que se han asegurado de su conocimiento por el dicho de testigos. También darán fe acerca de la edad, estado, profesión y vecindad de los otorgantes, con relación al dicho de los mismos, y en caso de que fuera casada la persona que aparezca como adquirente del derecho objeto del contrato, se expresará el nombre y apellido del cónyuge que no comparezca al otorgamiento.

En casos graves y extraordinarios en que no sea posible consignar por completo estas circunstancias, expresarán cuanto sobre ello les conste de propia ciencia y manifiesten los testigos. El testigo o testigos de conocimiento deberá ser, en todo caso, personas bien conocidas del Notario, y éste deberá dar fe de ello en el documento. En tales casos graves y extraordinarios en que a un Notario le sea imposible dar fe de conocimiento de los otorgantes, ni puedan éstos presentar un testigo o testigos de conocimiento, lo expresará así, designando los documentos que le presentaren como prueba de su nombre, estado y vecindad, y refiriendo además el motivo del caso grave o extraordinario".

(68) El Notariado español se organizó por Colegios provinciales, teniendo el Notario competencia territorial, salvo en las ciudades.

(69) Véase NOVOA SEOANE, R.: *El progreso del instrumento público*, Madrid, 1898, págs. 23 y 219.

(70) *Ibidem*, pág. 46. Dado que no todo el mundo era vecino, pudiendo ser sólo domiciliado, se explica la alternativa de la *Instrucción General*.

(71) En el mismo sentido, *Kuiland vs. Registrador*, 1902, 2 DPR 843, *Ortiz vs. Registrador*, 1918, 26 DPR 548.

*domicilio* (arts. 2.º, 3.º, 14, 51 y 54), y hace referencia a la constancia del *domicilio o vecindad* en los artículos 50 (relativo a escrituras de cesión de créditos), 58 (constitución de dote, con referencia a la vecindad de la mujer), 63 (hipoteca de bienes reservables) y 67 (hipoteca legal por razón de tutela).

La *Instrucción General* de 1893 se publica una vez en vigor el Código Civil. Por consiguiente, la referencia a la vecindad no es ya un arrastre de la legislación española anterior, expresiva de la vecindad administrativa propia de la Ley Municipal, sino que se trata de la vecindad civil. De ahí que la alternativa *domicilio o vecindad* se incluya solamente en esos tres preceptos, relativos a cesión de créditos, dote y bienes de menores, respecto de los que el Derecho común y el foral mantenían soluciones distintas o podían verse afectados.

Ciertamente, la foralidad es una noción extraña a Puerto Rico, una vez cambiada la soberanía; aunque no lo era la vecindad administrativa. A la publicación del Código Civil, y en lustros posteriores, se discutió en la doctrina española la mejor denominación para expresar la actual vecindad civil (72), quedando subsistente esta expresión por las razones antes indicadas [*supra* I, B), c)].

¿Por qué razón ha mantenido el legislador portorriqueño la expresión?, carente de significado en la legislación de Puerto Rico desde el Tratado de París. No parece existir más que una: la *inercia*. Si no tiene explicación, por ejemplo, que, a pesar de las modificaciones legislativas que se producen, durante la soberanía española, antes y después del Código Civil, y, destacadamente, luego del cambio de soberanía, el ritual o formulario notarial no se altera.

Obsérvese lo que indica el Archivo Histórico de Puerto Rico:

- a) Año 1882, previo al Código Civil. Escrituras del Notario Mauricio GUERRA MONDRAGÓN, escritura número 109 del protocolo, página 361 del tomo II del año: en la comparecencia lo hace don José Severo Quiñones, “vecino de ...”. Y así todo el tomo (*Archivo General de Puerto Rico*, Caja número 288, serie San Juan, Pueblo San Juan, año 1882, tomo II).
- b) Año 1894, vigente ya el Código Civil. Escrituras del Notario don Mauricio GUERRA MONDRAGÓN; escritura número 1.034 del protocolo, página 5.248 del tomo correspondiente a diciembre, en la comparecencia lo hace don Pablo Ubarri y Capetillo, Conde de San José de Santurce, “vecino que fue de ...”. Y así en todo el

---

(72) Cfr DE CASTRO *Derecho civil*, cit., págs. 467-468.

tomo (*Archivo General de Puerto Rico*, Caja número 362, serie San Juan, Pueblo San Juan, año 1984).

- c) Años 1905-1906, luego del cambio de soberanía y antes de la primera Ley Notarial de Puerto Rico. Escrituras del Notario don Santiago R. PALMER, escritura número 74 del protocolo, página del tomo III (correspondiente a agosto-diciembre de 1905, enero-marzo de 1906), en la comparecencia lo hace doña Francisca Belgodere y Gott, y su esposo, don Jorge Román y Delgado, “vecinos de...”; así en todo el tomo (*Archivo General de Puerto Rico*, Caja número 2.714, serie San Juan, Pueblo San Juan, años 1905-1906).

Se explica así que nadie venga a aportar la razón de ser de la exigencia de *vecindad* en los documentos notariales que se redactan en Puerto Rico. Porque tampoco es razón justificar la alusión en el artículo 77 del Reglamento Hipotecario de 1893, que reclama constatación registral de la vecindad en la inscripción de sentencias firmes, porque se trata de la vecindad civil (concepto totalmente distinto del domicilio, recogido en el artículo 63, circunstancia novena, del mismo Reglamento, relativo a las circunstancias de toda inscripción). Buena prueba de ello es que la vigente Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de 8 de agosto de 1979 recoge la referencia al domicilio en el artículo 99.2 (correspondiente con el antiguo 63), circunstancia séptima, párrafos primero y segundo; aludiendo a la residencia en la circunstancia decimosegunda, pero omitiendo toda referencia a la vecindad.

En la doctrina, MENÉNDEZ (73) se limita a citar la exigencia de la vecindad. Lo mismo hace MUÑOZ MORALES (74). MALAVET VEGA (75), más preciso, señala, respecto de la vecindad notarial, que la importancia de la referencia es “... más histórica que actual, toda vez que anteriormente —como hemos señalado— el Notario estaba limitado en su función a una determinada demarcación, pero actualmente puede ejercer en toda la isla”, y se limita a consignar la exigencia legal por lo que a los comparecientes respecta.

Por su parte, la jurisprudencia, con referencia exclusiva a la exigencia de la vecindad de los testigos en los testamentos, a que se refiere el artículo

(73) MENÉNDEZ, E. *Lecciones de Derecho notarial*. Ed. Equity, 1972. al tratar la comparecencia, se limita a mencionarla (conf. loc. cit., pág. 42).

(74) “Apuntes de Derecho notarial”, *Revista Jurídica UPR*, X, 1940-1941, págs. 95 y sigs., cita precisa págs. 163 y 64; artículo que MALAVET VEGA (loc. cit., pág. 287, nota) atribuye erróneamente a Torres Aguilar.

(75) *Ibidem*.

lo 630.2 del Código Civil, había señalado (76) la noción como atada a la idea de demarcación municipal, reclamando consistente e insistentemente la vecindad de tales testigos. En *Rivera Pitre vs. Galarza*, ya citado, cambia su criterio, considerando que la vecindad del lugar se hace extensiva a estar en Puerto Rico.

Este cambio en la posición jurisprudencial no tiene más valor que el que en sí mismo significa. Pues, desde siempre, la inclusión o no de la vecindad, aunque suponga en todo caso su omisión una infracción legal, carece de trascendencia. Al menos es lo que cabe deducir de la sección 20 de la Ley Notarial vigente, que no sanciona la omisión de la vecindad, ni con anulabilidad, ni con nulidad (77). Y las normas sin sanción no son tales.

Cabe así concluir que el valor que tiene la expresión “vecino de...” deriva de pura inercia legislativa, al reproducirse unos textos desconectados de la realidad social, y *jurídica*, que podría explicar el concepto.

En conclusión: la expresión “vecino de...”, empleada en los documentos notariales por la práctica portorriqueña, siendo una exigencia de la Ley Notarial, no tiene significado especial en la actualidad, sino el equivalente al de residencia en un mismo lugar, como fue originalmente; lugar que se estima lo es toda la extensión adscrita al Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

(76) *Rodríguez vs. Rodríguez*, 1944, 62 DPR 885; *Arroyo vs. Fernández*, 1948, 68 DPR 514.

(77) Sección 20, Ley Notarial: “Serán nulos los instrumentos públicos:

1. En que haya intervenido como parte el Notario que los autorice, o contenga alguna disposición a favor de éste.

2. Cuando se requieran o soliciten testigos de acuerdo con las secciones 14, 16 y 27 de esta Ley, si éstos están incurso en cualesquiera de las limitaciones preceptuadas en la sección 15 de esta Ley.

3. En que no aparezcan las firmas de las partes, cuando deben hacerlo, la firma del Notario, y, en los casos previstos por las secciones 14, 16 y 27 de esta Ley, las firmas de los testigos.

Serán anulables los instrumentos públicos en que el Notario no certifique sobre el conocimiento de los otorgantes o no supla esta diligencia con un testigo o testigos de conocimiento, a menos que por medio de una escritura pública o acta notarial, o por nota a continuación de las firmas del instrumento público, el mismo Notario que autorizó la escritura defectuosa, dé fe de que conocía a los otorgantes al tiempo de su otorgamiento.

Si por fallecimiento del Notario o de las partes, o por el transcurso del tiempo, o por cualquier otra razón, fuere imposible hacer la subsanación, se podrá obtener ésta mediante procedimiento judicial ante el Tribunal Superior de Puerto Rico.

Los documentos públicos en donde se haya dejado de adherir los correspondientes derechos sólo serán anulables si cualquiera de las partes en los mismos no entregara al funcionario correspondiente para su cancelación inmediata el importe total de dichos derechos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la sección 15 de esta Ley.

(...).”

## IV. EVACUACIÓN DE LA CONSULTA EN LAS CONCLUSIONES

En Derecho portorriqueño se entiende por domicilio el lugar de la residencia habitual en que uno efectivamente está y quiere estar.

En Derecho portorriqueño se entiende por residencia, para efectos civiles, el lugar en que una persona se encuentra durante cierto período de tiempo, accidental o incidentalmente, sin tener necesariamente la intención de domiciliarse allí.

En Derecho portorriqueño se entiende por vecindad el sitio o lugar de la residencia.

Se distingue el domicilio de la residencia porque:

- a) El concepto del domicilio comprende el de residencia, siendo ésta habitual, y exigiéndose la intención de permanecer indefinidamente.
- b) El domicilio implica una proyección temporal, de acuerdo con la habitualidad, mientras que la residencia se define por el hecho de estar.
- c) El domicilio es único y singular, ya que una persona solamente puede tener un domicilio. La residencia puede ser plural, pudiendo tener una persona varias residencias a la vez.

El domicilio se distingue de la vecindad porque:

- a) La última supone una relación entre los domiciliados o residentes en un mismo lugar.
- b) Mientras que el domicilio es un concepto de Derecho civil —a pesar de su inclusión en el Código Político—, la vecindad fue originalmente una noción de Derecho administrativo municipal, que hoy no tiene significado jurídico alguno, salvo una modalidad de indicar la residencia.

Para considerar que hay cambio de domicilio en Derecho portorriqueño es necesario:

- a) El hecho material del cambio de residencia.
- b) La intención de cambiar el domicilio, que es una cuestión de hecho apreciable por el juzgador.

La expresión “vecino de ...”, según se ha venido usando en la práctica notarial portorriqueña, es un requerimiento de la legislación notarial, carente totalmente de significado jurídico alguno, que se equipara en la legislación a la noción de residencia.

Este es mi dictamen, que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

San Juan, Puerto Rico, 10 de noviembre de 1988.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE  
Doctor en Derecho



# Recurso de apelación: alcance del “uso y disfrute” exclusivos de un elemento común, concedido al adquirente de un piso, en inmueble sometido al régimen especial de propiedad horizontal

## I

*Hechos.*—En diciembre de 1985 los esposos “X” e “Y” adquirieron, para sociedad legal de gananciales, un piso estudio situado en la planta baja de un inmueble en Madrid, por virtud de escritura pública inscrita en su día en el Registro de la Propiedad. El piso estudio tiene asignada una cuota de 6 por 100 en los elementos comunes del inmueble. El artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige dicho inmueble, transcrito en la escritura de compraventa, dice: “Los propietarios de los cuatro estudios de la planta baja tienen derecho de uso y disfrute de la terraza que cada uno de ellos tiene asignada y la obligación de conservación y reparación”.

Como cuestión de hecho, las terrazas rodean el edificio en sus partes laterales y posterior. Y, en cuanto terrazas, son cubiertas de los locales situados bajos las mismas. A las terrazas solamente se puede tener acceso por medio de los pisos estudio de la planta baja. No hay servidumbres de paso constituida ni concretada a favor de los comuneros.

Por particulares razones, el señor “X” erigió, en la puerta de acceso entre la terraza y su propio piso, una estructura de aluminio y cristal, a modo de cerramiento, que sobresalía en la terraza, aproximadamente, un metro y medio. Así, se impedía el acceso de ratones al piso y, sobre todo, que el agua de lluvia —que solía acumularse por los desperdicios que

algunos vecinos arrojaban a la terraza, y por la ocasional concentración de hojas de árbol caídas— invadiese el propio piso, lo que aconteció en alguna ocasión anterior. Al poco de adquirir el piso, el señor “X” había levantado un pequeño muro, paralelo a la fachada, que luego aprovechó para ultimar el cerramiento de aluminio y cristal. La altura de toda la obra se mantenía dentro de la proyección de la línea imaginaria que separaba su techo del suelo del vecino del piso inmediato superior.

Así como la primera construcción —el muro— fue tolerada por la comunidad de propietarios, al producirse el cerramiento de aluminio y cristal la comunidad requirió al señor “X”, en reunión de la Junta de propietarios y por acuerdo adoptado por mayoría simple, para que procediese al derribo de lo realizado. “X” se negó. Se alega por la Junta de propietarios que en el libro de actas transcrito estaba un acuerdo, adoptado en 1975, que prohibía todo tipo de construcciones en las terrazas.

Sin acuerdo, por mayoría simple convino la comunidad proceder contra el comunero, interponiéndose demanda contra el señor “X” en el correspondiente juicio de cognición en que entendió el Juzgado de Distrito.

En primera instancia, y hecha abstracción de algunas incidencias procesales —destacando la excepción de *litis consortio* pasivo necesario, por no haber sido demandada, ni tan siquiera notificada, la esposa de “X”, doña “Y”—, se alegó por el demandado señor “X” que era titular de un derecho de usufructo.

La sentencia, aceptando la tesis de la parte demandante, ordenó al señor “X” al correspondiente derribo de lo construido, con condena en gastos bajo el criterio procesal del vencimiento.

Y respecto de la tesis del demandado, ser titular de un derecho de usufructo, que le autorizaba a actuar como lo hizo, expresaba la sentencia tal imposibilidad porque el usufructo “sólo puede recaer sobre bienes ajenos (art. 467) y en ningún caso sobre bienes propios, si bien sometidos al especial régimen de propiedad horizontal” (*sic*) (fundamento de Derecho segundo de la sentencia del Juzgado de Instancia).

## II

Entendíase en la primera instancia, por parte de la representación profesional del demandado, que el señor “X” era titular de un derecho de usufructo, constituido por virtud del artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige el inmueble, considerándose que el usufructo no es incompatible con la propiedad horizontal. Y, en concreto, que un elemento común del inmueble puede ser cedido en usufructo a un cotitular o a un extraño a la

horizontalidad. Porque en el régimen especial de propiedad horizontal una cosa es el título de un elemento común (expresión del dominio) y otra cosa es que el contenido económico jurídico de ese dominio, un uso y disfrute exclusivos o usufructo, se actúe, con trascendencia real, por un sujeto distinto al titular dominical.

El argumento único del juzgador, antes indicado y transcrito del fundamento de Derecho segundo de la sentencia, estriba en su creencia, que no hay usufructo si no es sobre bienes ajenos.

Tal argumento parece propio de una jurisprudencia de conceptos. Y debe ser desmontado, inicialmente, con esa misma jurisprudencia conceptual.

A. *La noción de ajenidad.*—La ajenidad objetiva es una nota que no deviene exclusiva del usufructo, sino que se participa por todo derecho, salvo el dominio: los derechos de crédito no tienen sentido si no son referidos a un patrimonio ajeno (art. 1.911 CC); los derechos reales, de goce, de garantía o de adquisición preferente, se actúan siempre sobre y respecto de bienes ajenos.

Por consiguiente, lo que parece afirmar el juzgador *a quo* es que el señor “X”, por ser cotitular en la propiedad horizontal, no puede tener un derecho de usufructo sobre aquello de que es copropietario.

Desde un punto de vista económico, en sentido llano y simple, resulta muy fuerte admitir que quien tiene un 6 por 100 de cotitularidad por cuota en los elementos comunes de un inmueble es también dueño dominical del restante 94 por 100.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, que es la que aquí interesa, es de reconocerse que son varias las situaciones contempladas en nuestro Derecho, en que se da la circunstancia que un propietario, *en bienes propios*, constituye un derecho de usufructo, bien sea para adjudicar la nuda propiedad posteriormente, bien sea para retener ésta y ceder aquel derecho limitado. Basta citar los siguientes ejemplos:

1. La llamada venta con reserva del dominio. Discutida su “naturaleza” en la doctrina y en la jurisprudencia —precisamente porque lo que no se transmite es el dominio—, atribuye al comprador todas las facultades de uso, goce y disfrute y gestión de la cosa, pero no el dominio. Y es clarísimo que en el *instante* del acto de venta, el auténtico y original propietario crea en bienes propios, a favor de un tercero, un contenido de facultades que son exactamente paralelas a las que el Código Civil fija para el usufructo típico (legalmente típico o nominado). Y es en ese *instante*, precisamente, de la venta, que encontramos escindido el dominio del titular en dos manifestaciones: nuda propiedad, objeto de reserva, y resto de facultades, que se ceden. ¿Nace y se escinde antes la facultad

dominical objeto de reserva? ¿Nacen antes las facultades que se ceden?

Acostumbrados a la representación lineal del tiempo, que solemos expresar mediante un vector indicativo de una trayectoria, olvidamos con frecuencia la necesidad de su expresión como espacio-tiempo.

Obsérvese que el artículo 4.º de los Estatutos por los que se rige el inmueble de referencia ofrece, en el origen mismo del régimen de horizontalidad, el uso y el disfrute exclusivos de la terraza, de todas y de cada una, al comprador de algún piso de los sitios en la planta baja. Esos uso y disfrute se crean por el titular único del inmueble que se somete a propiedad horizontal, como derecho a favor de un tercero que compre un piso estudio. Uso y disfrute y venta: ¿surgen simultáneamente?, ¿nacen antes las facultades —uso y disfrute— que se ceden al tercer comprador?, ¿nacen y se escinden del dominio horizontal esos uso y disfrute antes o con la venta del piso?

2. La denominada venta con reserva de usufructo por vía de retención. Se concibe como negocio por el que un propietario, sobre cosa que le pertenece, constituye un usufructo a su favor, cediendo el dominio. Es claro que si el usufructo se constituye *por vía de retención*, sólo tiene facultades para ello quien puede disponer del bien, esto es el propietario vendedor. Si la alienación la entendiésemos como el juzgador *a quo*, para constituir dicho usufructo por vía de reserva, en la venta de un bien, sería necesario: *a)* enajenar el bien, y *b)* que el comprador adquirente constituyese usufructo a favor del vendedor cedente. Y, entonces, ya no habría venta *con reserva* del usufructo. Realmente se cede la nuda propiedad y el vendedor propietario, *en el mismo instante*, constituye usufructo en cosa propia y a su favor. ¿Es que dicha cosa es, al mismo tiempo, ajena?

Esto no ocurre en el caso de autos, en que el titular pleno de la horizontalidad, y en los propios Estatutos que fijan el régimen jurídico del inmueble, aparta el uso y disfrute exclusivos de las terrazas para terceros, extraños a la comunidad horizontal, que compran un piso en la planta baja. Sólo por consecuencia de dicha adquisición, el tercero se integra en la comunidad horizontal.

3. El supérstite, por designio del causante, es investido de la cualidad de coheredero, además de reunir la condición de usufructuario del patrimonio, sin perjuicio de las legítimas, en su caso. ¿No es usufructuario sobre bienes propios? Es obvio que los títulos son diversos; pero es igualmente claro que tampoco se da la alienación en el sentido en que la entiende el juzgador *a quo*. En la hipótesis se es comunero en una cuota de los bienes comunes, al tiempo que se es usufructuario de parte de esos bienes.

¿Se puede ser comunero en el 6 por 100 sobre bienes en régimen de horizontalidad, al tiempo que usufructuario de dichos bienes de propiedad

común? Destacadamente cuando quien crea el uso y disfrute exclusivos lo hace a favor de un extraño, futuro comprador de un piso determinado.

4. Extinción parcial de un usufructo por confusión, al advenir una comunidad hereditaria. "A", propietario, constituye jurisprudencia onerosa a favor de su hijo "B". Fallecido "A" al año siguiente, ¿se extingue el usufructo porque "B", con sus otros dos hermanos, deviene comunero? Se extinguirá, naturalmente, respecto de su cuota en la comunidad hereditaria, pero no respecto del resto.

El comprador del estudio, que tiene constituido a su favor el uso y el disfrute exclusivos, que tiene una cuota del 6 por 100, seguirá teniendo el uso y disfrute exclusivos del 94 por 100; porque, en la diferencia, lo tiene por título dominical.

Con estos ejemplos parece suficiente.

La *ajenidad* no hay que entenderla con referencia sólo al título, sino también respecto de la disponibilidad del contenido económico-social, cuando no económico solamente, de los bienes.

Y es lo que nos ponen de manifiesto los ejemplos citados, que resaltan cómo el legislador y el jurista prácticos, la doctrina y la jurisprudencia, prescindiendo de categorías dogmáticas, buscan resultados socialmente útiles. Fenómeno que no es exclusivo de nuestro tiempo, En el *Digesto* (19, 2, 35, 1) se nos relata que Cayo y Ticio, propietarios de un fundo en condominio, convinieron que lo llevarían en arriendo por años alternos; esto es, que un copropietario se arrienda a sí mismo el propio fundo que tiene en copropiedad (a lo que no es ajeno el concepto romano de división por cuotas). ¿Dónde queda la ajenidad inherente al arriendo?

B. *Parte privativa y parte común*.—El juego de parte privativa y parte común, que claramente confunde el juzgador *a quo*, queda perfectamente deslindado en el artículo 399 del Código Civil, cuando dice: "Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le corresponda, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun *sustituir a otro en su aprovechamiento*, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitada a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad" (énfasis añadido).

"Por consiguiente —escribe PUIG BRUTAU (1)—, el Código trata de dar el carácter de propietario pleno e independiente a cada condómino, por lo que se refiere a su cuota idealmente separada que recae sobre la

---

(1) BUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, III, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1973, págs. 33 y sigs.

cosa indivisa. Hay, pues, un claro contraste entre la situación de copropiedad y la independencia atribuida a las cuotas de cada partícipe, diferencia que ha sido especialmente subrayada por la Sentencia de 5 de julio de 1907, expresiva de que ‘los derechos y obligaciones que nacen y derivan de la existencia de una comunidad de bienes constituyen un concepto que no es dable confundir con el de propiedad y dominio sobre las participaciones, mayores, menores o iguales que los interesados en aquéllas puedan alegar y ostentar, siendo, como es evidente, que este último derecho tiene todos los caracteres de un perfecto derecho, siquiera sea mental o ideal, mientras subsiste la indivisión de la cosa sobre la que el propietario puede ejercer sus facultades de dueño, enajenándola, cediéndola o hipotecándola, con todas las consecuencias jurídicas que todo acto produce en Derecho, según establece el artículo 399 del Código Civil, que no es sino una sanción de la doctrina de nuestra legislación anterior’”.

En otras palabras, que mientras, a efectos internos, entre comuneros, hay una perfecta delimitación del objeto en función de las cuotas, a efectos externos tal delimitación se mantiene incólume, proyectando al momento de la división del objeto la concreción del acto dispositivo. Consiguientemente, la disposición de las cuotas por separado es un acto ordinario contemplado en el artículo 399 del Código Civil. Lo que llevado al caso de autos significa que no hay inconveniente en que el 94 por 100 de la titularidad de los comuneros dispusiere del uso y disfrute exclusivos del bien en favor de otro de ellos. Lo que —parece— cumpliría la exigencia de *ajenidad*, tal como fue entendida por el juzgador *a quo*.

Pero es que hay más. Porque en el caso que nos ocupa, al ser los Estatutos, en su artículo 4.º, los que atribuyen el uso y disfrute exclusivos de las terrazas a quienes adquieran algún piso de la planta baja, viene en resultar que es el 100 por 100 de la titularidad la que crea tal derecho.

En tema de coposesión, VALLET DE GOYTISOLO (2) escribe que aquélla “es el reflejo de hecho de la comunidad entendida en el sentido en que es definida por nuestro artículo 392, es decir, referida tanto a las cosas como a los derechos. Es comprensiva de todas las especies de comunidad posibles en Derecho. Sin que nos interese su determinación, porque aquí nos ocupamos del *espejo* y no del original reflejado”.

“Pero sí que, en cambio, nos interesa solucionar una pregunta: ¿refleja este espejo las cuotas existentes en la comunidad? De su respuesta depende en parte la solución de un interesante problema práctico. Se trata de si en los interdictos se pueden resolver las cuestiones que surjan entre los comuneros *respecto a los límites subrayados del uso correspondiente a cada*

---

(2) VALLET Y GOYTISOLO, J.: *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 2.ª reimpr., págs. 50 y sigs.

*uno*. Y, además, porque si en la coposesión no se reflejan las cuotas, los comuneros, al usucapir, adquirirán la cosa o derecho por partes iguales; en cambio, si sucede lo contrario, la coparticipación que tendrá cada uno en su derecho adquirido será, precisamente, la que era reflejada por la posesión que la ganó. *Para nosotros la respuesta no ofrece duda, ha de ser precisamente la opuesta a la que da el Derecho alemán*. Porque mientras en Derecho alemán la posesión se refiere sólo a cosas en la totalidad de sus relaciones, en Derecho español, en cambio, puede referirse a los derechos y, consiguientemente, alcanza a relaciones singulares y parciales. La posesión es el retrato de un derecho (verdadero o aparente) a través de su ejercicio; por lo tanto, podrá dibujarse con mayor o menor precisión, según los detalles que revela la participación que nos da la medida de su posesión.

“Pero, entendamos bien, con ello no queremos decir que la coposesión —*resfacti*, como hacen notar PÉREZ y ALGUER— sea susceptible de *cuotas*. Porque cada poseedor posee el todo. Y menos aún que se posean las cuotas —que no son más que una medida—. Sino sólo que la coposesión puede reflejar esa medida de la participación de cada poseedor que es la cuota” (énfasis original).

Y, con tales premisas, plantea VALLET el tema, dudoso para la época en que escribe —1954—, si cabe el interdicto entre coposeedores, para dar una respuesta rotundamente afirmativa, considerando que cualquier poseedor puede impedir que otro se exceda en su cuota, en cuanto ésta es *reflejo* de su real posesión. Tesis totalmente admitida hoy por doctrina y jurisprudencia, como expresión del artículo 445 del Código Civil, en su apartado primero, al afirmar que la posesión como hecho no puede reconocerse en personas distintas salvo los casos de indivisión.

Resumiendo en otros términos, tanto en el plano jurídico (art. 399 CC) como en el (al decir de un sector doctrinal) estrictamente fáctico (art. 445 CC), el legislador separa y distingue nítidamente la cuota de cada partícipe, en cuanto reflejo de la extensión objetiva de su derecho, de la totalidad del objeto que por título corresponde a todos los comuneros.

Y así lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo, rechazando de plano la noción de ajenidad del juzgador *a quo* en Sentencia de 20 de marzo de 1984. Se trataba de unas obras realizadas por un arrendatario en un patio, elemento común, cuyo uso exclusivo (y solamente el uso) le fue otorgado al copropietario arrendador, alegando el arrendatario en su defensa que el uso exclusivo del patio estaba adjudicado estatutariamente a dicho arrendador, quien conoció y no se opuso a las obras, consistentes en *la total cubierta del patio con materiales de obra de fábrica*. El Tribunal de Casación, después de indicar que el uso exclusivo no es un usufructo —criterio que comparto enteramente—, dice en su considerando segundo:

“A partir de la afirmación de ser el patio elemento común del edificio y corresponder al titular del local ‘el uso exclusivo y no la propiedad’, según se ha comprobado largamente, es obvio que carecía dicho titular propietario y no podía, consiguientemente, autorizar a su arrendatario para la obra cuyas características también se ha recordado prolijamente, por las cuales, como acertadamente entendió la Sala de Instancia, se dispone de un *elemento ajeno*, por pertenecer el mismo a la copropiedad y ésta a todos (y no sólo al disponente)” (énfasis añadido).

Evidentemente, si aquí el elemento común le es ajeno al copropietario, por pertenecer también a los demás comuneros, no hay argumento que me pueda convencer para afirmar, en el caso que no ocupa, que el elemento común es propio.

Parece, pues, que Código Civil, doctrina y jurisprudencia, rechazan la noción de ajenidad del juzgador *a quo*, derivada ésta de confundir lo común y lo privativo en la cotitularidad dominical y en el contenido del derecho.

### III

Yendo, en concreto, al caso que nos ocupa, véase ahora por qué y cómo surge la calificación del uso y disfrute concedidos como modalidad del derecho de usufructo.

Al momento de constituirse la comunidad de propietarios del inmueble de referencia, el artículo 4.º de los Estatutos crea y concede el derecho de uso y disfrute exclusivos de cada una de las terrazas de la planta baja a cada uno de los titulares que, por compra, adquieran uno de los pisos estudio de dicha planta baja. Esto es que el titular único o los titulares todos que someten el inmueble al régimen de propiedad horizontal constituyen a favor de persona determinable (el adquirente de algún piso de la planta baja) aquel derecho de uso y disfrute exclusivos sobre un elemento común del inmueble, todo ello conforme autorizan los artículos 1.º y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Tal posibilidad es obvia. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 en su considerando duodécimo, recogiendo una tesis unánimemente admitida: “Que, insistiendo, a fin de completarlo, en el apuntado tema del *ius dispositivum*, dentro del marco de la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse que al asentar quien recurre el motivo que se está examinando” —si la enumeración de elementos comunes recogida en el artículo 396 del Código Civil es *ius cogens* o meramente dispositivo—, “en la naturaleza obligatoria de la relación que el artículo

396 del Código Civil hace de los elementos, no ha tenido para nada en cuenta o ha preferido olvidar el considerable margen que la Ley de Propiedad Horizontal otorga a la voluntad de sus titulares, incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo de lo que se dispone en el ya citado artículo 5.º de su Ley reguladora, especialmente en sus párrafos primero y tercero, es posible, según la doctrina en general, la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como los patios (Sentencia de 2 de mayo de 1964), o las terrazas (Sentencias de 7 y 24 de octubre de 1978); la retención de la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios comunes de la casa o, por lo menos, de su uso y disfrute (Sentencia de 28 de enero de 1967); la desafectación de elementos comunes para su conversión en privativos, como puede observarse en la Sentencia de 14 de noviembre de 1979, de modo argumental y *a contrario sensu*, así como más precisamente en las Sentencias de 6 de junio de 1979 y 4 de abril de 1984, relativas a porterías, y todo ello sin olvidar algo, que tampoco tiene en cuenta la recurrente, que el citado artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza al ‘propietario único del edificio’ para otorgar, antes de iniciar su venta por pisos y locales, el pertinente ‘título constitutivo’ de dicho régimen jurídico, que es lo realizado por los demandados-recurridos” (*sic*).

En cuanto régimen por el que se rige el inmueble —régimen que atribuye el uso y disfrute exclusivo y excluyente a algunos comuneros solamente—, cualquier modificación del mismo queda sujeta al principio de unanimidad (art. 16 LPH) y a la inscripción en el Registro de la Propiedad para su eficacia respecto de terceros (art. 5.º LPH).

Indudablemente, la cesión exclusiva del uso y disfrute —cualquiera que sea ahora su calificación jurídica— entraña la atribución al beneficiado de un conjunto de facultades, que no puede ser alterada en lo absoluto por una decisión tomada por simple mayoría de condominos; y que, además, no fue nunca inscrita —porque no podía serlo al faltar la unanimidad— en el Registro de la Propiedad.

Concebida esa cesión del uso y disfrute como usufructo, que es la tesis que aquí se mantiene y que luego se acreditará, interesa precisar cómo surge a la vida tal derecho.

Escribe HERNÁNDEZ GIL (3), explicando el proceso por el que surge a la vida un derecho real, que “hay que distinguir entre *adquisición* y *nacimiento* de los derechos. Adquisición significa tanto como atribución de un

---

(3) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Dictámenes*, tomo I, págs. 331 y sigs.

derecho a una persona, el ingreso del mismo en su patrimonio. Por nacimiento entendemos el surgir *ex novo* del derecho, su aparición, por primera vez, en el tráfico jurídico. Si se parte de que el derecho precisa como soporte de un sujeto titular, el concepto del nacimiento incorpora el de adquisición...

La adquisición puede ser *originaria y derivativa*. Es originaria cuando la atribución opera de una manera directa y en razón tan sólo de la voluntad o conducta del adquirente, como se ve con toda claridad en la adquisición de la propiedad por ocupación...

La adquisición es derivativa siempre que la atribución del derecho es el resultado de la cooperación entre el disponente o transmitente y el adquirente. *Cuenta de manera decisiva la previa existencia del derecho que se atribuye a otra persona*. No cabe, por tanto, la hipótesis del nacimiento. Normalmente, la previa existencia significa también que el derecho corresponde al disponente y en la medida en que le corresponde lo transfiere al nuevo titular... con la excepción de las consabidas adquisiciones *a non domino*.

La adquisición derivativa reviste a su vez dos modalidades: adquisición derivativa traslativa y adquisición derivativa constitutiva.

La adquisición es derivativa cuando existe identidad entre el derecho que corresponde al anterior titular y el atribuido al titular subsiguiente. El contenido del derecho es exactamente el mismo; más aún, se trata del mismo derecho en el que no se ha producido más cambio que el del sujeto. El ejemplo claro de ella lo tenemos cuando la persona titular del derecho de propiedad lo transfiere íntegramente a otra.

La adquisición derivativa es constitutiva si *el derecho adquirido, procediendo de otro anterior, no es exactamente igual. Hay una adquisición derivativa porque el derecho atribuido está en función del precedente, emana de él, es su proyección. Pero no tiene el mismo contenido, bien porque el titular precedente conserva parte de ese contenido, por lo que no ha dispuesto de la totalidad del derecho, bien porque el titular precedente ha dispuesto fraccionariamente del contenido del derecho a favor de diferentes personas.* Como ejemplo del primer caso así acontece cuando “el titular del derecho de propiedad constituye un usufructo. Este derecho procede del derecho de propiedad y concurre con él, pero la concurrencia se traduce en la limitación” (énfasis añadido).

“De conformidad con el artículo 609 del Código Civil, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Prescindiendo por ahora de otras consideraciones, estos modos de adquirir son derivativos. Este significado lo patentiza y refuerza la expre-

sión *transmiten*. Toda transmisión es una adquisición derivativa” (4).

El precepto recoge, como es sabido, la teoría del título y del modo de adquirir, la cual “sintéticamente enunciada significa que la adquisición de la propiedad y de los derechos reales requiere la concurrencia de dos factores: el título, es decir, un determinado acto jurídico (voluntario o expresivo de un consentimiento) dirigido a la transmisión (pues sólo en las adquisiciones derivativas se presenta propiamente esta dualidad), y el modo, esto es, otro requisito material o formal, que concierne a la entrega real o simbólica de la cosa. Ambos factores están, entre sí, en una relación de recíproca interdependencia. Se presentan como mutuamente indispensables. Y es necesaria la concurrencia de ambos para producir la adquisición. El título funciona como antecedente —espiritual, volitivo o causal— de la adquisición que se realiza a través del modo. La prioridad lógica del título como antecedente o determinante no supone necesariamente prioridad cronológica” (*constitutum possessorium*).

“La distinción entre el título y el modo y la necesidad de su concurso para que surja el derecho real constituye el presupuesto básico del artículo 1.095 del Código Civil. Delimita claramente los momentos y los conceptos de acreedor y de adquirente del derecho real. ‘El acreedor —dice el inciso primero— tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla’ (...). ‘Sin embargo —dice el inciso segundo del art. 1.095—, no adquirirá derecho real sobre ella (la cosa) *hasta que haya sido entregada*’” (5). He ahí la posición del adquirente, diferenciada o yuxtapuesta a la de acreedor, y subordinada a la entrega. Sólo entonces hay un derecho (real) totalmente incidente sobre la cosa, aun cuando con anterioridad se hayan atribuido otros derechos (el crédito).

Continúa el citado autor y Presidente del Tribunal Supremo: “Mientras el nacimiento de la obligación pertenece a la esfera del título, la adquisición del derecho real se da ya en la esfera del modo. El modo, siendo distinto y desempeñando una finalidad atributiva del derecho real, tiene también un significado en orden al título, es decir, en cuanto el derecho de crédito. La entrega de la cosa, que en su función de modo integra el supuesto atributivo del derecho real, en su función de realización de la prestación constituye el cumplimiento de la obligación. Es un caso aparece en el proceso genético, en el otro en el desarrollo vital” (6).

Hasta aquí la larga cita.

Que un Estatuto de propiedad horizontal atribuya el uso y disfrute a un sujeto por determinar *ob rem* (quien compre un estudio del piso bajo)

(4) *Ibidem*, pág. 334.

(5) *Ibidem*, págs. 344-45.

(6) *Ibidem*, pág. 345.

expresa una perfecta relación de obligación, cuyo carácter de derecho real culmina con la entrega, tradición o modo, que, conforme al artículo 1.462 del Código Civil, lo es la escritura pública en cuyo otorgamiento se perfecciona el proceso de adquisición derivativa constitutiva, de manera tal que el adquirente, con título constituido con referencia a bienes ajenos (el dominio de los comuneros), culmina su derecho real con la tradición instrumental (art. 1.462 CC).

Supongamos, por hipótesis, que un comprador de un estudio del edificio que nos ocupa no recibiese esos uso y disfrute exclusivos de la terraza estatutariamente adjudicada, por incumplimiento de la comunidad. ¿No condenaría el Juez a la *entrega* porque el título obliga a ello?

Y éste es el punto esencial. La comunidad de propietarios del inmueble de referencia, al constituirse el propio régimen especial, otorga el uso y disfrute exclusivos de las terrazas del piso bajo, siendo el título por el que se obliga los propios Estatutos del inmueble. Sujeto activo de esa relación de obligación lo es una persona determinable por el acto de comprar un estudio de la planta baja, instante en que se completa la estructura imprescindible del derecho real (título más modo), siendo la escritura pública de venta tradición de aquel derecho de uso y disfrute.

Interesa —abusando de la paciencia del lector— aclarar este punto, en que coinciden la apreciación instantánea y lineal del tiempo y la propia estructura de la relación jurídica: el dueño del bien, la comunidad de propietarios o el propietario único y original del inmueble constituye una relación jurídica a favor de un sujeto determinable, por cuya virtud cede al mismo el uso y disfrute exclusivos de un elemento común. El factor determinante es la compra de un elemento privativo del inmueble.

Para el juzgador *a quo* —en una apreciación lineal del tiempo y, además, invertida en su sentido— primero es la compra y luego la adquisición del derecho que aquella relación jurídica atribuye: pospone, así, el derecho que estaba ya creado en el título constitutivo, al acto determinante de la adquisición posesoria (la compra del elemento privativo del inmueble).

Sin embargo, de lo cual, bajo esa apreciación del tiempo como trayectoria, habría que considerar como *prius* lógico la relación jurídica de atribución del uso y disfrute, existente desde el primer día en que el inmueble se constituyó bajo el régimen de propiedad horizontal; y como *posterius* lógico la compraventa, que atribuye al sujeto determinable de aquella relación jurídica la toma de posesión de un derecho de uso y disfrute exclusivos.

Resumiendo lo dicho cabe concretar:

1. Una comunidad de propietarios constituye, en los Estatutos por

los que se rige el inmueble, un derecho de uso y disfrute exclusivos a favor de un sujeto determinable —el adquirente de un piso bajo—; título que habilita a este sujeto determinable, una vez determinado, a exigir la entrega del objeto: cesión del uso y disfrute exclusivos de la terraza.

2. Es claro que aquel derecho va referido, para el sujeto determinable, a bienes ajenos.

3. Al ceder el uso y disfrute genéricos, la comunidad de propietarios retiene solamente la nuda propiedad.

4. Con la compra del elemento privativo —un estudio del piso bajo—, que sirve para concretar al sujeto determinable, culmina el proceso de constitución de aquella relación jurídica de trascendencia real, inscribible e inscrita en el Registro de la Propiedad.

5. Sin olvidar nunca que el carácter real de dicha relación existe desde su origen, pues, como resalta HERNÁNDEZ GIL, separar el crédito (como *prius*) del contenido real (como *posterius*) es una simple operación intelectual, pues la estructura del derecho real engarza de tal manera ambos momentos (título y modo), que son técnicamente inseparables.

¿Qué razones pueden existir para negar la calificación de usufructo innominado a esos uso y disfrute exclusivos, usufructo que se rige por su título constitutivo (el art. 4.º de los Estatutos del inmueble) y, por defecto o insuficiencia de éste, por las normas del Código Civil?

#### IV

Las expresiones *uso y disfrute*, empleadas reiteradamente en la Ley de Propiedad Horizontal (arts. 1.º, 3.º, 5.º y 6.º), están regularmente pensadas en dicho texto legal, como es lógico, por referencia al empleo, gestión, beneficio, que obtengan los comuneros del objeto en copropiedad; con igual alcance que la facultad de servirse de las cosas comunes, recogida en el artículo 394 del Código Civil. Lo mismo cabe decir del propietario único que usa y disfruta del objeto de su propiedad, porque uso, disfrute y disposición son los contenidos más propios del dominio (art. 348 CC).

Ahora bien, cuando al dominio se le sustraen el uso y disfrute por adjudicación de esas facultades a otro sujeto, se dice del propietario que sólo tiene la nuda propiedad; porque ceder el uso y disfrute significa constituir a favor de alguien el derecho de usar y disfrutar; que, como *atribución genérica* de todas las posibilidades económico-sociales que el objeto ofrece, pasa a convertirse en derecho de usufructo.

Es cierto que se pueden atribuir a terceras personas contenidos parciales de un uso y disfrute inherentes al dominio. Así, el arrendamiento. No

obstante, cuando el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia adjudica a los propietarios de los pisos bajos el uso y disfrute exclusivos de las terrazas, todo uso y disfrute posibles, renunciando la comunidad a ellos, no está, claramente, arrendado. No. Se constituye un derecho real a favor de los titulares de los pisos bajos.

Que esos uso y disfrute son expresivos de un derecho real es elemental: no se condiciona en los Estatutos para que los titulares de los pisos bajos reclamen de la comunidad una cooperación (“débito”) cada vez que van a usar o disfrutar de las terrazas respectivas. Muy por el contrario, el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble les autoriza a dichos titulares de los pisos bajos a actuar directamente sobre el objeto de su derecho: *relación* hombre-cosa típica del derecho real (sin perjuicio de la imprecisión técnica de la expresión). Se trata, pues, de ver, entre los derechos reales existentes en nuestro Derecho, cuál concede un uso y disfrute exclusivos y genéricos.

Y si observamos, por ejemplo, la clasificación que ofrece CASTÁN TOBEÑAS, es claro que el uso y disfrute no expresan derecho de adquisición preferente, ni derecho real de garantía, sino que son expresión de los derechos que atribuyen un goce.

Veamos, pues, qué derechos atribuyen un goce y por qué el artículo 4.º del los Estatutos no se refiere sino al usufructo.

No se trata de un censo, ni es derecho de superficie, pues no hay renta, sino simple obligación de conservación y reparación. No se trata, por supuesto, de un derecho de habitación, porque el uso y el disfrute que otorga el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble no está condicionado a las necesidades del habitacionista (art. 524 CC); aparte, que el disfrute se añade al uso en los citados Estatutos.

Queda, pues, la alternativa de servidumbre personal o usufructo. Porque, naturalmente, el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble concede el provecho del uso y disfrute a beneficio de las personas adquirentes de los pisos bajos, excluyendo así la posibilidad de una servidumbre predial, según se deduce claramente de los artículos 530 y 531 del Código Civil.

Servidumbre personal y usufructo se definen en el Código Civil, en sus artículos 531 por referencia al artículo 530, y 547, respectivamente. Servidumbre es un “gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio” o “provecho de una o más personas a quienes no pertenezca la finca gravada”, dicen los artículos 530 y 531 del Código Civil. Usufructo es “derecho a disfrutar de los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa”, dice el artículo 467 del Código Civil.

Ambas definiciones ponen de manifiesto la nota común de ambas instituciones: ser *iura in re aliena*. Identidad que obliga a inquirir las diferencias.

La distinción fue pretendidamente resuelta por BARASSI (7), quien creía ver la diferencia en la diversidad de contenido que se atribuye a cada derecho, típico en el usufructo, atípico en las servidumbres. Pero esta opinión parece olvidar la noción de *tipicidad* propia del Derecho moderno. Ciertamente, las servidumbres son típicas, pero no es el sentido de BARBERO (8), quien distingue una servidumbre, en abstracto, que es típica, y las singulares servidumbres, que son atípicas; porque así expresada la tipicidad como referida a un concepto general, carece totalmente de relieve, ya que, entonces, todas las instituciones serían típicas. La tipicidad debe ser referida a cada figura concreta en razón de su función causal. Por ello, la tipicidad debe entenderse como tipicidad social (BETTI, GRASSETTI, DÍEZ-PICAZO).

Ahora bien, sin perjuicio de que esto sea así, la tipicidad no distingue usufructo y servidumbre. Porque si bien es cierto que el usufructo suele presentarse con una tipicidad social, no es menos verdad que ocurre así con harta frecuencia; pues la libertad que el artículo 467 del Código Civil otorga para modificar la tipicidad legal del usufructo (“a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa”), suprime tal diferencia.

Pero la distinción, que indudablemente existe desde el momento en que ambas instituciones se distinguen por el legislador, debe buscarse en el concepto que la Ley elabora de una y otras figuras.

Respecto del usufructo, el artículo 467 del Código Civil centra la esencia de tal derecho en el disfrute de bienes ajenos. Porque si bien es cierto que el precepto impone la obligación de conservar, ésta no es algo esencial, pues puede modificarse o hacerse desaparecer en el título constitutivo. Y ese disfrute de bienes ajenos se ofrece como una *genérica facultad de goce*. Igual que el dominio se concibe como prototipo de derecho subjetivo, el usufructo se estima como prototípico derecho a gozar de las utilidades proporcionadas por un bien.

Por el contrario, los artículos 530 y 531 del Código Civil precisan la noción de servidumbre como gravamen impuesto, lo que se destaca por su característica, que no es una genérica facultad de goce, sino la atribución de una *determinada utilidad* (paso, saca, estribo, etc.).

El artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia atribuye a los adquirentes de los pisos bajos todo uso y disfrute de que sean susceptibles las terrazas. Hay, pues, atribuida una *genérica facultad de goce*, esto es, un usufructo.

Para que haya un derecho de usufructo no es menester que éste se

(7) BARASSI, L.: *I diritti reali limitati (usufrutto e servitù)*, Milano, 1940.

(8) *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952.

ajuste estrictamente a la regulación que del mismo ofrece el Código Civil en sus artículos 467 y siguientes; es decir, que sea legalmente típico (nominado). Conforme autoriza el artículo 468 de dicho texto legal, el usufructo constituido “por la voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos*” es una figura en la que “los derechos y las obligaciones del usufructo serán las que determine el título constitutivo” (art. 470 CC), y sólo por “defecto o insuficiencia de éste” se aplican las disposiciones del Código Civil (art. 470 CC). Es decir, junto al usufructo típico o nominado, o sea, el estrictamente regulado en el Código, están los usufructos atípicos o innominados, que se rigen por su título constitutivo y, en su defecto, por el Código Civil como supletorio y complementario.

Es manifiesto que el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia no da un contenido propio a ese derecho de usufructo, por cuanto se limita a crearlo y a imponer al usufructuario la obligación de *conservación y reparación*, sin más detalle, de las terrazas objeto de aquel derecho.

Precisamente, que se atribuya al usufructuario la obligación de conservación y reparación, sin más detalle, es un claro dato para acreditar que la Junta de propietarios carece de injerencia en esos uso y disfrute. Porque la participación en los gastos derivados de los elementos comunes, de su mantenimiento y reparación, no se excluye, en la Ley especial, por el simple hecho de no usar de tales elementos comunes (arts. 9.º, párrafo segundo, LPH y 395 CC). Esto es, si la terraza fuese un elemento común sujeto al régimen normal y ordinario de los elementos comunes, la obligación de conservación y reparación no podría transmitirse a un solo comunero en exceso de su cuota. Tal pretensión sería nula de pleno derecho por infringir normas de *ius cogens*.

Hay, pues, que buscar otro significado a esa atribución de gastos de conservación y reparación, conforme imponen los artículos 1.284 y 1.289 del Código Civil; de los cuales este último exige un criterio hermenéutico, que obliga a entender las cláusulas oscuras de un contrato bajo el principio de mayor reciprocidad de intereses.

Y no tendría tal consideración considerar que quien cede un uso y disfrute ilimitados e impone todo tipo de gastos de conservación y reparación (ordinarios o de uso, extraordinarios o de reposición) puede exigir *a posteriori* una limitación en esos uso y disfrute. Tal limitación sólo podría admitirse si el usufructuario infringiese las normas complementarias del Código Civil en tema de usufructo.

Igualmente, no tiene sentido que un comunero, quien, por serlo, tendría derecho de uso y disfrute de un elemento común, tuviera que pagar todos los gastos de cualquier clase, de conservación y reparación, y no

sólo los derivados de la repercusión de su cuota proporcional (art. 393 CC).

Lo indicado impone una conclusión muy distinta: que el uso y disfrute atribuidos por el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble de referencia no es el uso y disfrute de los elementos comunes, que se contempla en la Ley de Propiedad Horizontal, sino un uso y disfrute de los que la comunidad horizontal se desprendió en su día, reservándose solamente la cualidad de nuda propietaria.

Cualquier alteración a esta situación, nacida en el título constitutivo, reclama unanimidad (art. 16 LPH) e inscripción registral para perjudicar a tercero (arts. 32 y 34 LH), porque tercero era cualquier adquirente de un estudio de la planta baja.

El juzgador *a quo* invierte los términos al exigir el consentimiento unánime de los comuneros para que el titular del usufructo pueda introducir las mejoras que realizó. Porque sin producirse una modificación estatutaria unánime (art. 16 LPH), tal derecho a introducir mejoras está plenamente reconocido por el artículo 503 del Código Civil. Así, y sólo así, tiene sentido que absorba las obligaciones de conservación y reparación de todo orden en dicha terraza, pues por vía de pacto se pueden alterar las obligaciones fijadas por los artículos 500 y 501 del Código Civil, que atribuyen las reparaciones ordinarias al usufructuario y las extraordinarias al propietario.

Se explica, entonces, dicho sea de paso, el otro error del juzgador *a quo*, al afirmar que el demandado en autos “tiene el derecho de uso y disfrute de la terraza de modo individualizado sin afectar el carácter de elemento común de la misma”, pues así dicho juzgador usa (y confunde) inconscientemente el título dominical (elemento común frente a elemento privativo) para limitar el uso y disfrute genéricos atribuidos por el artículo 4.º de los Estatutos del inmueble, que se refiere el contenido del derecho. Porque el título y contenido se mueven en planos distintos. Nadie niega que el nudo propietario sea propietario; pero ello no le permite modificar posteriormente el usufructo o su contenido, libremente constituido y consentido.

Nadie niega que para hacer obras en un elemento común la Ley de Propiedad Horizontal requiere el consentimiento de la Junta de propietarios. Eso será siempre así, salvo que la Junta haya cedido tal derecho (constitución de un usufructo sobre ese elemento común), porque entonces su consentimiento coetáneo es absorbido por el inicial, esto es, concediéndole al usufructuario las facultades reconocidas por el Código Civil.

Como bien escriben DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (9), al tratar el usufructo

---

(9) *Sistema de Derecho civil*, III, pág. 414, Tecnos, Madrid, 3.ª ed.

de cuota de un dominio indiviso, “el artículo 399, que atribuye a todo comunero la plena propiedad de su parte, permite que pueda ser sustituido por otro en su aprovechamiento. Por eso el artículo 490, repitiendo los mismos conceptos de forma más clara, admite el usufructo de parte de una cosa poseída en común, que hay que entender como usufructo de cuota de un dominio indiviso.

Según el Código Civil, el usufructuario de la cuota ‘ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y percepción de los frutos e intereses’.

En consecuencia, es claro que el usufructuario, y no el propietario, está legitimado para intervenir en la formación de los acuerdos sobre administración y mejor disfrute de la cosa común que previene el artículo 398. Tendrá, además, derecho a servirse de la cosa común (art. 394) y a recibir los beneficios en proporción a su cuota (art. 393), contribuyendo del mismo modo a los gastos de conservación”.

En el tema de autos, el demandado, por comunero, tiene una cuota de 6 por 100; como usufructuario recibe el 94 por 100. Es él, usufructuario, no el propietario (la comunidad), quien ejerce los derechos de ésta referentes a la administración y percepción de frutos (art. 490, inciso primero, CC), y porque, por títulos diversos, reúne el 100 por 100, es que absorbe el 100 por 100 de los gastos de conservación y reparación.

## V

Parece, pues, dable ratificarse en la afirmación sustentada por la representación profesional de la parte demandada. Esto es, que no se está ante un tema de uso y disfrute de elementos comunes en la propiedad horizontal, sino que se trata de discutir el contenido de un concreto derecho de usufructo, la facultad legalmente perteneciente al demandado de efectuar mejoras; así como la impertinencia, que el nudo propietario perturbe aquel tranquilo disfrute.

Que el demandado, en cuanto usufructuario, tiene derecho a introducir mejoras, está reconocido en el artículo 487 del Código Civil. La única limitación a tal facultad es que no se altere la forma a la sustancia del objeto, según reconocen las Sentencias de 27 de septiembre de 1958, 5 de mayo de 1960, 30 de septiembre de 1964, etc., que recogen situaciones de construcción que no alteran la forma o la sustancia del objeto, así como la de 8 de junio de 1974 sobre igual punto.

Como cuestión de hecho, el cerramiento de la terraza se hizo con materiales fácilmente desmontables, y si algún desperfecto se produjese con la instalación (v. gr., orificios para asegurar tornillos, etc.), no puede

entenderse ello como infracción del principio *salva rerum substantia*, pues, como bien señala el artículo 448 del Código Civil, es dable una serie de desperfectos compatibles con las mejoras.

Pero hay más. Porque si nos adentramos en la tesis sustentada por la parte demandante, ser la terraza elemento común *ergo* intocable sin consentimiento de la Junta de propietarios, admitido, que el Estatuto del inmueble atribuye el uso y disfrute exclusivos de un elemento común, que no puede desafectarse sin consentimiento unánime de los propietarios, es ilustradora al respecto la Sentencia de 2 de mayo de 1964, en que a una copropietaria y usuaria del patio de la casa, pero con independencia de la columna atmosférica existente sobre el mismo, le es reconocido el derecho al cerramiento del patio hasta el límite marcado por la proyección horizontal del techo del piso; y el derecho de los comuneros de los pisos superiores extendiéndose en la proyección horizontal imaginaria del techo de cada uno; condenándose en la sentencia a la usuaria del patio *por haber excedido aquella línea limitadora*, al hacer el cerramiento en un nivel superior. Por el contrario, en el caso de autos, el cerramiento quedaba muy por debajo de aquella proyección o límite horizontal.

Y esa misma sentencia resalta que los propietarios de los pisos superiores no podían perturbar los derechos posesorios de la usuaria —dentro de los propios límites del derecho de ésta— por tener el uso exclusivo. En el caso de autos, la concesión exclusiva del uso y disfrute al demandado sustrae del control de la Junta de propietarios la terraza, como resaltan las Sentencias de la Audiencia de Barcelona de 12 de diciembre de 1966 y 16 de enero de 1968.

Que un elemento común puede tener un destino exclusivo, sustraído a la comunidad de propietarios, sin facultades ésta sobre aquél, es un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia (10).

---

(10 Para el Derecho argentino, tan similar al nuestro en este tema, lo recoge PALMIERO (*Tratado de propiedad horizontal*, Depalma, Buenos Aires, 1974, págs. 258-9). En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, en su obra sobre el tema (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973), trata a fondo el tema de las terrazas en situaciones como es el caso de autos, manteniendo las mismas conclusiones que aquí se sustentan (*loc. cit.*, págs. 331-339, 388-391, 435-440); recoge abundante jurisprudencia de las Audiencias y del Tribunal Supremo, que ratifican lo que aquí se defiende: que un elemento común puede ser adscrito a un uso y disfrute exclusivos (Sentencias TS 18 mayo 1960, 10 mayo 1965, 2 mayo 1964; Sentencia AP La Coruña 22 febrero 1976, por sentido contrario; Sentencia A. Barcelona 16 enero 1968 y 12 diciembre 1966) (FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *loc. cit.*, págs. 435-440). En especial, porque niega a la Junta de propietarios facultad alguna para actuar sobre una terraza adjudicada en su uso a comunero en el título constitutivo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, de 30 marzo 1963 (FUENTES LOJO, II, págs. 1628-1630) y la del mismo Juzgado y ciudad de 16 octubre 1964 (*ibidem*, pág. 1645). En iguales términos se expresa la Sentencia de la Audiencia de Barcelona de 22 diciembre 1966.

## VI

Pero, incluso en la alternativa que la tesis que se mantiene fuese inadmisibile, al plantearse la interrogante del alcance que pueda tener un *uso y disfrute* de carácter oneroso (11), en defecto de disposiciones convencionales en el título constitutivo, tendríamos que suplir tal laguna yendo al Código Civil, en el cual tres instituciones recogen normas referentes al uso y disfrute:

- a) Los artículos 430 y siguientes, en materia de posesión. El poseedor de buena fe tiene facultad de mejorar la cosa, pues el artículo 453 del Código Civil le concede el derecho al reintegro de los gastos útiles y necesarios; tiene, incluso, derecho a los gastos por mejoras de lujo o recreo, porque tiene el derecho de retirarlas. Del mismo modo que no responde del deterioro en el uso normal de la cosa poseída (art. 457 CC).
- b) Las normas sobre usufructo de los artículos 467 y siguientes del Código Civil, que no han de reiterarse.
- c) Las disposiciones de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, en tema de comunidad de bienes, en cuyo caso el artículo 393 reconoce el derecho al disfrute en función de la cuota. Y esa cuota, en el caso de autos, es 6 por 100 por título constitutivo y 94 por 100 por adjudicación del uso y disfrute en el propio título constitutivo del inmueble, como ya se indicó.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

---

(11) Onerosidad, no sólo derivada de la obligación de conservar y reparar, sino porque en la escritura de compraventa del piso bajo A, en que se otorgan el uso y disfrute que se ha calificado de usufructo, se fija un precio por todos los conceptos de 1.105.000 pesetas por "la presente enajénación", esto es del dominio y del uso y disfrute, pues ambos se enajenan. Lo que implica el prorrateo proporcional de aquel precio entre ambos derechos (dominio del piso, usufructo de la terraza), conforme previenen los arts. 1.417 y 1.174 CC, en relación con el art. 70 del texto refundido de la entonces vigente Ley del Impuesto de Sucesiones, de donde surge un valor del usufructo de 650.134 pesetas. Lo que nos hace insistir en el argumento de declinatoria por razón de la cuantía para entender el asunto, siendo, además, impertinente el juicio de cognición (arts. 484 LEC y art. 26 del Decreto de 21 noviembre 1952)

# ¿Razonamiento jurídico o económico?

Jurisprudencia comentada: *Sucesión Cabassa vs. Ervin Rivera y Sucesión Cabassa vs. Generosa Ortiz*, autos acumulados, Tribunal Superior, Sala de Mayagüez, Sentencia de 31 de agosto de 1989.

*Sucesión Cabassa* insta dos demandas de desahucio, con fundamento en que “la sucesión se encuentra indivisa desde hace años, y la única forma de poder dividir sus bienes es vendiéndolos”. Se alegaba, asimismo, por la demandante, la inconstitucionalidad de la Ley de Alquileres Razonables.

Los hechos probados, según la sentencia (que, en algún momento, son meras opiniones de parte), son los siguientes:

- a) La sucesión Cabassa es propietaria en pleno dominio de dos inmuebles: uno, arrendado como local comercial a Ervin Rivera, y otro arrendado como vivienda a Generosa Ortiz. Ambos arriendos datan de muchos años atrás.
- b) Las dos propiedades que se describen “son *parte* del caudal de la sucesión, el cual se halla indiviso desde hace varios años” (énfasis añadido).
- c) “La parte demandante interesa retirar las propiedades del mercado de alquileres (eufemismo para sustraerlas del régimen de la legislación especial, porque lo que quieren, precisamente, es lo contrario: dirigirlas al mercado libre) con el propósito de venderlas y liquidar la sucesión”.
- d) “Los demandantes no están en disposición, por entender que no les es económicamente razonable, de vender las propiedades de la sucesión separadas o individualmente. Al presente han recibido ofertas de 750.000 dólares por las propiedades para venderlas como una sola unidad. Estas ofertas están sujetas a que las propiedades sean entregadas sin inquilinos o arrendamientos” (escolio 4, sentencia).

En su “Discusión y conclusiones de Derecho”, luego de justificar el trámite procesal, incluida la acumulación de acciones por darse identidad en las personas (¡?!), la Sala realiza un detallado análisis de la legislación especial de arrendamientos, que, como transcribe la Sentencia, tenía por finalidad establecer “la política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en materia de inquilinato, en tanto constituya una emergencia pública el problema de la vivienda en Puerto Rico”. Evidentemente, la cita está tomada de las *Leyes de Puerto Rico Anotadas*, edición privada que modifica los textos a su antojo, lo que explica el *lapsus* de que una Ley de 1946 fije la política de una forma estatal que nace en 1952. Se cita un texto *actualizado* por la editorial. Detalle que no tiene mayor importancia, salvo lo dicho en otras ocasiones: que es peligroso confundir los deseos editoriales, o sus opiniones, con el Derecho, sobre todo cuando la editorial interpreta los textos legales “actualizándolos”.

La sentencia estudia con detalle la *Exposición de motivos* de la Ley, que destaca el problema de la vivienda existente en Puerto Rico, y recogiendo los datos estadísticos de la propia Ley. La razón es que, oportunamente, se estudiará por el juzgador la permanencia o no de tales datos.

Entra luego la sentencia en el estudio del texto normativo, destacando los criterios de competencia del control de alquileres (al día de hoy, 200 y 400 dólares de renta mensual, según se trate de arriendo de vivienda o local de negocio, respectivamente), llamando la atención sobre el régimen de prórroga obligatoria de estos alquileres. Analiza luego la opinión las causas legales de desahucio, concluyendo que, en los casos que se fallan, la Ley impide provocar el desahucio, por inexistencia de causa legal para ello.

Resalta la Sala cómo fue enmendada la Ley, para admitir como causa de desalojo la necesidad del propio titular dominical (enmienda de 1948), causa originalmente inexistente y que provocó un pronunciamiento federal de inconstitucionalidad (*Rivera vs. E. Cobián China & Co., Inc.*, 181 F. 2d. 974), por estimar el Circuito de Apelaciones que la ausencia de dicha causa atentaba contra el contenido mínimo esencial del derecho de la propiedad. De donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico declaró la existencia de un “derecho fundamental” del propietario a retirar la propiedad del mercado de alquileres, esto es, sustraerla al régimen especial, por necesitarla para propio uso.

Y luego de un exhaustivo análisis de las jurisprudencias federal y local sobre el tema reconoce la sentencia que no existe facultad del propietario para sustraer el inmueble del régimen especial con fines de venta, reclamándose en todo caso y para ello que el titular dominical carezca de otro local y necesita usar del arrendado. El dato parece adquirir relieve en la

mente del Juez, quien destaca un paralelo: no disponer el propietario de otra cosa o local en que fijarse para sus necesidades. Concluye así el juzgador que la intención de vender no es causa de desahucio, lo que confirma el propio artículo 15 de la Ley especial, al subrogar al adquirente en la situación (obligaciones) del cedente.

Pasa posteriormente el Juez a analizar la sentencia recaída en *Pizá vs. Sailles Travel Agency*, 114 DPR 33, 1983, en que el Tribunal Supremo revocó al Juez de instancia por haber requerido éste prueba de la buena fe al demandante propietario, en trámites de desahucio de local de negocio, prueba que, requerida por la Ley en caso de arriendo de vivienda, debe solamente presumirse, conforme con los principios generales del Derecho, cuando de arriendo de local de negocio se trata. Y toma en cuenta la sentencia del Tribunal de instancia mayagüezano la expresión del Tribunal Supremo que “la decisión o no de retirar una propiedad del mercado de alquileres es económica y... tal decisión tiene por base la consideración de lo que produce el local estando arrendado vis-a-vis lo que para el dueño puede implicar económicamente el uso que pueda darle. No puede perderse de vista que las disposiciones de la Ley de Alquileres Razonables que obligan a la prórroga del contrato constituyen limitaciones al derecho de propiedad del arrendador y no pueden tomarse livianamente” (escolio 5, sentencia).

Y luego de resaltar que la opinión jurisprudencial es referible, pues, al ámbito de los arriendos de locales de negocios solamente, destaca el juzgador de instancia que es, además, una doctrina procesal (?) —la de la exigencia o presunción de buena fe—, en cuanto presunción que acompaña al favorecido por ella. De ahí que, concluyendo, rechaza la posibilidad de invocar válidamente la serie de causas de desahucio que señala la Ley especial.

El segundo planteamiento de fondo del juzgador de instancia va referido a la argumentación de la parte demandante acerca de la inconstitucionalidad de la Ley en concreto contra la exigencia de igual protección de las leyes de rango constitucional. Que —alegan— se vería infringida al separar dos clases de propiedades: las alquiladas y sujetas al régimen especial de arrendamientos y las excluidas de la hipótesis normativa por igual criterio: la renta y su cuantía. Obviamente, y siempre luego de un estudio detallado, pone de manifiesto el Juez que la igual protección no impide distinto trato, según diversas hipótesis normativas, siendo la regla aplicable que el escrutinio judicial en temas socioeconómicos es la del escrutinio mínimo, según confirman la jurisprudencia federal y local. No cabe, pues, poner en duda la facultad del Estado para reglamentar la propiedad en tema de arriendos.

Posteriormente pasa la sentencia a responder al argumento de la parte demandante que el efecto legislativo es provocar una expropiación sin justa compensación, deviniendo por ello en inconstitucional. Dice la sentencia:

“La parte demandante plantea que la Ley de Alquileres Razonables viola su derecho al disfrute de la propiedad...”; y, en correspondencia, procede el Juez a estudiar el punto, concluyendo inicialmente que el poder expropiador del Estado, indiscutiblemente constitucional, tiene un límite: la justa compensación. Y con abundante apoyo de jurisprudencia federal señala cómo se ha estimado inconstitucional la disposición administrativa (además por mero reglamento) que *congela* el uso de un inmueble por razones de salud y seguridad públicas, aunque sin reconocer el derecho del afectado a reclamar al Estado. Asimismo, recoge la jurisprudencia norteamericana que proclama inconstitucional la privación permanente de la posesión en virtud de reglamentación estatal (imposición administrativa, también por mero reglamento, que obligaba a los propietarios de inmuebles a permitir la instalación del sistema de Cable TV). Y, en fin, recoge el juzgador de instancia la justificación judicial de aquel fallo: que el dominio atribuye el derecho a poseer, usar y disponer. Con lo que concluye: “Son ilegítimos los Estatutos que tienen el efecto de frustrar, si bien sea temporalmente, el uso de la propiedad por su propietario o si conllevan la privación permanente de la posesión de parte de la propiedad, por minúscula que ésta sea. Esto, desde luego, no contradice el poder del Estado para reglamentar. Pero la decisión de qué debe darle a su propiedad corresponde al dueño” (escolio 31, sentencia).

La Ley de Alquileres, por función de su prórroga automática, hace que “ésta se repita indefinidamente sin término alguno” (escolio 31, sentencia), y como la Ley no tiene término de duración, se concluye por el juzgador, que “el arrendador de una propiedad cubierta por las disposiciones de la Ley se halla privado de la posesión de la misma, *por término indefinido*” (escolio 31, *in fine*, sentencia; subrayado del original).

Y como la Ley no permite al propietario retirar los locales del mercado, con referencia a los casos de autos, concluye el juzgador, que “bajo el esquema actual de derecho, los demandantes, simple y sencillamente, están impedidos indefinidamente de retirar la propiedad del mercado con el propósito de venderla y liquidar su sucesión” (escolio 32, sentencia). “Los demandantes sí pueden vender su propiedad sin entregar la posesión de la misma” (!), porque el nuevo propietario no podría instar a su vez el desahucio por falta de causa legal; por lo que “el Estatuto impide *en todos los casos* que el dueño de un local cubierto por las disposiciones de la Ley pueda recuperar y transmitir por venta la posesión de un inmueble. Más

aún, como según las disposiciones de la Ley el derecho a la prórroga automática se extiende a los familiares y socios del inquilino en caso de muerte, esta prohibición resulta *perpetua*, en teoría, a la sola opción de estos últimos” (escolio 33, subrayado original).

De ahí, concluye el juzgador algo extrañado: “Cabe señalar que este impedimento —la *teórica*, luego no real, prohibición perpetua— no depende de que el comprador prospectivo contemple dejar la propiedad en el mercado de alquileres. De su faz, aun si el nuevo propietario desea la propiedad para dedicarla de buena fe a su ‘uso propio’, la venta contemplada no provee justificación para el desahucio. La Ley, por otro lado, prohíbe igualmente que la propiedad sea retirada del mercado para venderla a un especulador o corredor de bienes raíces, quien la desea para propósitos de reventa. En estos casos y en los demás casos el propietario no puede transmitir directamente la posesión de su local, la cual le es negada indefinidamente” (escolio 33, sentencia). Y afirma: “Juzgamos que esta situación es constitucionalmente inicua y constituye una privación de los derechos de propiedad de los demandantes... Ciertamente, los derechos a la posesión y a la enajenación de los mismos son componentes principales del derecho más amplio de propiedad” (escolios 33-34), confundiendo así el juzgador los derechos subjetivos con las facultades que los integran. Y, citando a PUIG BRUTAU, cuando afirma, como cualquier otro autor, que el dominio implica las facultades de usar, disfrutar y enajenar, y que el Ordenamiento de Puerto Rico no permite en general limitaciones a estos derechos accesorios (¿?!), concluye el juzgador, en los casos de autos, que al “prohibirle al propietario indefinidamente, como en el presente caso, que recupere y transmita la posesión de su local, la Ley de Alquileres Razonables interfiere con uno de los componentes fundamentales del derecho a la propiedad, privando efectivamente al dueño de su justa compensación... Más aún, tratándose de una sucesión, la Ley interfiere de forma sustancial con el derecho estatutario de los demandantes de liquidar su comunidad” (escolios 34-35, sentencia).

Continúa la sentencia analizando los poderes estatales en caso de emergencia, pues como emergencia se justificó la Ley de Alquileres Razonables y, con prudencia y buen tino, no toma partido entre quienes estiman que la emergencia no existe, siendo fenómeno del pasado (obviamente, los defensores de la renta libre) y quienes consideran que, ínterin la Asamblea Legislativa no se pronuncie, al Juez no le compete emitir opinión respecto de la “sabiduría de las normas”. Sensata posición del Juez ponente. No obstante, conviene recordar que, con motivo del plebiscito que se anuncia, la prensa daba cifras escalofrantes del estado de necesidad de vivienda adecuada en el país, afectando a más de un tercio de la población dicha carencia.

Y, perfilando el fallo, resume la sentencia que “el esquema estatutario vigente priva a los demandantes del derecho de recuperar la posesión de sus propiedades para enajenarlas. Esta prohibición es por tiempo indefinido” (suprimiendo aquí el Juez su expresión anterior: *en teoría*), “so color de una emergencia que fue declarada hace más de cuarenta años...”, aunque no corresponde a los Tribunales opinar acerca de tal emergencia (escolio 44, sentencia); pero, dado que la Asamblea Legislativa no ha aportado “otra justificación para la Ley, y tratándose de un Estatuto que de otro modo ocasiona un menoscabo sustancial a los derechos de los demandantes, resolvemos que la misma es inconstitucional...” (escolio 45, sentencia).

Concluyendo: “Repetimos nuestra conclusión de que la Ley de Alquileres Razonables, de su propia faz, tiene el efecto de privar a partes como los demandantes de su facultad de recuperar y transmitir la posesión de sus bienes, sin justa compensación. Cualquier ley que tenga esa consecuencia sólo puede ser justificada mediante la existencia de una situación extraordinaria de emergencia, la cual, podemos añadir, debe ser periódicamente revisada por la Legislatura para poder justificar la subsistencia de la Ley. La Ley de Alquileres Razonables no satisface estas exigencias y es por ello inconstitucional” (escolio 48, sentencia). Con lo que, dicho sea de paso, el Juez ha tomado partido acerca de “la sabiduría” de la norma al reclamar a la Legislatura un comportamiento determinado que reitere regularmente el estado de emergencia.

## COMENTARIO

Desde hace varios años, si no lustros, se manifiesta en Puerto Rico la tendencia a buscar la inconstitucionalidad de la Ley de Alquileres, lo que también ocurre fuera. El argumento clásico estriba siempre en contemplar dicha legislación especial como resolutoria de un conflicto de dos *clases* sociales: inquilino y propietario. Con lo que el auténtico conflicto, entre componentes de una misma *clase*, queda disuelto, con gran satisfacción, naturalmente, del *sector clasista* triunfante.

Si se observa cuando surge la legislación especial de alquileres en los diversos países que la afrontan (con comienzos en la Inglaterra del siglo XIX, cuyos *cuadernos* fueron la base informativa de *El Capital*), se observará, por sus fechas, a qué interés responde congelar las rentas: frente a un sector social dinámico y poderoso, la burguesía industrial, se opone otro sector, residual, pasivo, el rentista pequeño burgués. En medio, la clase trabajadora, aferrada a abonar una renta de alquiler más o menos baja o alta, con el consiguiente efecto en los salarios: a mayor renta,

mayor salario que permita sustentar una casa-habitación. En los comienzos de la revolución industrial fue frecuente, en el sector carbonero, la asunción por la empresas de la construcción de casa-habitación, por exigencias de la concentración impuesta por el modo de producción del momento. Pero, obviamente, acelerada la concentración por otros sectores industriales, que llevaron al rentista a edificar, llegó el momento para el empresario progresista de intentar —lográndolo— pasar los costos de la vivienda a otro sector: el rentista mismo. Naturalmente, cualquier criterio progresista es partidario de gravar las rentas —destacadamente las de un sector pasivo, que poco o nada aporta a una economía encauzada industrialmente—. Y así se evita, naturalmente, gravar el capital. Porque no debe olvidarse que el sistema capitalista nunca grava el capital (con independencia de en qué manos esté), y gravarlo significaría tener que aumentar el salario para poder el obrero satisfacer una renta por la casa-habitación (con frecuencia *una* habitación que sirve de casa). La “pelea” propietario-inquilino es la bambalina china, que permite ocultar la auténtica pugna de intereses. Posteriormente, cuando como consecuencia de la congelación de rentas, prórroga forzosa, etc. (también calificados de *derechos sociales* que, por cierto, poco importan cuando hay que arremeter contra ellos), el pequeño rentista y pequeño burgués deja de construir con vistas a percibir una renta, ha solido ser el Estado quien ha asumido la carga presupuestaria de facilitar vivienda (total realidad en el mundo arrasado por las dos guerras mundiales), ya permitiendo al sector privado enriquecerse con cargo al presupuesto público (caso, por ejemplo, de España), ya asumiendo directamente el mismo Estado la financiación, destacadamente en las economías en que la construcción es actividad residual (ejemplo típico de los Estados Unidos de Norteamérica, al menos hasta los años sesenta y pico).

Es entonces cuando surge el tema de la injusticia contra el rentista: obtiene poco. Y si respecto de la vivienda cabe una mayor justificación en beneficio de la congelación, ésta deviene en poco comprensible respecto del comerciante, que puede mantener un negocio altamente lucrativo (?), abonando una renta mínima. Con lo cual se olvida que aunque *el comerciante* concreto pueda estar en tal situación, *el comercio* aporta a la economía muchísimo más que el rentista, debiendo ser gravado mucho menos, destacadamente en *su capital*: la base material de la empresa comercial.

No obstante, es notorio el impacto entre los rentistas. Y abundan ahí donde el capitalista es tímido, donde el empresario auténtico escasea. Vale, de nuevo, el ejemplo español y —me temo— el de Puerto Rico. Han sido en ambos países los rentistas quienes han protestado. En España, permitiendo un régimen libre a los nuevos alquileres, que ha llevado a una

especulación inmobiliaria que imposibilita la casa-habitación a amplísimos sectores de población, que ha devenido en beneficio de los vendedores de vivienda, y que no ha beneficiado, sino residualmente, a los rentistas (Real Decreto-ley de Medidas Económicas de Urgencia, 1984, creo), al tiempo que ha sido un factor de especulación inmobiliaria fiscalmente alentada (la llamada "reforma Boyer", con la que los bancos españoles se han convertido en mayores dueños de España, aun más que con el franquismo). Y en Puerto Rico, intentando atacar judicialmente la Ley especial, quizá por la ausencia de energía para presionar a la Asamblea Legislativa, cuyos integrantes, obviamente, no representan en general los intereses rentistas; quizá por la lentitud de dicha Asamblea para analizar intereses de sectores minoritarios. Por el contrario, la extracción social de los Jueces refleja mucho mejor el sentir y los valores de la pequeña burguesía rentista.

Es simple opinión personal —me temo, que avalable estadísticamente—, pero estimo que hasta el Tribunal Supremo está preparado para arrumbar y derrumbar la legislación especial de alquileres. Y, posiblemente, la sentencia que comento sea, como tantas otras, un caballo de Troya que se lanza para que el Supremo se pronuncie de modo definitivo. Ya es sintomático que un Juez liberal al máximo, mi muy estimado y respetado amigo don Hiram Torres Rigual, afirmase, en la opinión disidente del caso *Piza*, citado, acerca de la escasez o no de vivienda en Puerto Rico, que en el año 1974 existía en Puerto Rico una enorme cantidad de apartamentos vacíos... con olvido de la recensión de 1972-86, que puso en manos de bancos y financieras miles de apartamentos, por trámites de ejecución de sentencia en garantía de préstamos hipotecarios, y que eliminó del mercado a millares, decenas de millares de compradores, al quedarse los mismos sin trabajo. No había, obviamente, pisos vacíos por exceso, sino anulación de la demanda por imposibilidad económica.

En todo caso, lo que importa ahora de la sentencia es, sin poner en duda la autenticidad del pensamiento del juzgador y su esfuerzo en hilvanar un conjunto de argumentos económicos, aunque de escasa o nula enjundia jurídica, que no puede pretenderse hacer Derecho con criterios extrajurídicos. Porque, contra lo que dice no pretender la sentencia —respetar la voluntad legislativa—, el recurso a criterios económicos no es sino un medio de sustituir los presupuestos fácticos de la Ley de Alquileres por otros presupuestos en que se basa el juzgador para dictar sentencia. Esto es, se elude la Ley y se *legisla* literalmente bajo la excusa de una hermenéutica que se dice ser constitucional. Duras palabras, sin duda, que requieren ser probadas. A ello vamos.

La "moderna" tendencia jurisprudencial norteamericana, configuradora del Derecho como instrumento de control social, que convierte al

Juez en sociólogo, para lograr en el Derecho norteamericano lo que Francia hizo con su Código Civil (modernizar el Derecho, suprimiendo el feudal y abriendo paso a un Derecho nacional, mercantil y capitalista), tiene gran arraigo en Puerto Rico (como no es para menos); y cada vez es más frecuente —en labor que alienta constantemente el Tribunal Supremo: ha sido el autor de la técnica en el ámbito local) marginar las normas para escarbar en la *conciencia social* (con frecuencia una muy peculiar conciencia social), buscando otra distinta. Esto es, no se hace Derecho, sino sociología o economía, que, por mor del propio Tribunal, se juridifica, saltándose alegremente las fuentes formales del Derecho. Este sentido aparece muy bien marcado en la probable reforma del Título preliminar del Código Civil, que cita a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho, inmediatamente después de la Ley, caso único en el mundo; pues, contra lo que se pueda pensar, ningún sistema de Derecho autoriza a los Tribunales a ser fuente formal jurídica (y, curiosamente, citando como fuentes posteriores en jerarquía a la costumbre y los principios generales del Derecho, en enunciación ya innecesaria: pues si, luego de la Ley, el Juez es fuente, no hay necesidad de recurrir a ninguna otra... salvo que se permita al Juez no fallar, en cuyo caso es inútil su función).

El fenómeno explica así que un razonamiento jurídico esté regularmente ausente en los fundamentos de sentencias y decisiones (*sic*), que es sustituido por una argumentación económica, sociológica, ¡cuando no psicológica! (en el Derecho, que es vida de relación). Con olvido, que la realidad social informa, qué duda cabe, al Derecho, pero no lo retroalimenta directa y pasivamente; sino que el Derecho selecciona la realidad social, sin reproducirla. Pero es que el propio argumento económico, sociológico o psicológico es, con frecuencia, interrumpido; porque, de continuarse hasta su fin último, puede llevar —y de hecho lleva regularmente— a conclusiones completamente antagónicas a lo que se pretende, que es la mejor prueba de la falsedad de un argumento. La excusa judicial siempre es la misma: “hago justicia de acuerdo con mi conciencia”, olvidando que *su* conciencia solamente le interesa a él; que el Derecho es un conjunto de *reglas del juego*, que esa famosa conciencia modifica *a posteriori*, que es la negación de lo jurídico, pues el Derecho es Derecho cuando, *a priori*, advierte de las consecuencias de un comportamiento dado (principio de legalidad). Y se llega así a una jurisprudencia de sentimiento u opinión, que dejará muy satisfecho al juzgador, pero que frustra ciertamente la previsión normativa. Y, con frecuencia, la excusa que la Ley es vieja deviene en nadería: pues la Ley vieja se actualiza por vías de *interpretación jurídica*, no dejándola al margen. Y se llega, por ello, a la sentencia cuyo razonamiento es un *flash* de afirmaciones, carentes de conexión

entre sí, que no aguantan un análisis lógico (sea lógica formal, dialéctica, etc.). Esto es, a una afirmación fundada en el principio de autoridad, que elude la autoridad de los principios.

En la sentencia que comento se da todo esto, me temo: el razonamiento jurídico es sistemáticamente soslayado por y hacia el argumento económico; quedando éste suspendido en un momento dado, pues de continuarlo hasta su fin obligaría a afirmar lo contrario. En suma, método escolástico en el sentido peyorativo del término.

\* \* \*

Creo que fue en los *Grundrisse*, en su Prólogo, donde MARX indicaba que en el pensamiento económico capitalista las relaciones de propiedad no eran sino expresión de las relaciones de apropiación. Esto es, que un título, el de dominio sirve como justificación o excusa para, llevándole más allá de sus legales fronteras, servir de base para apropiarse de los bienes de otros, que luego se engloban en ese dominio o propiedad. En cuanto relación de apropiación, se sirve abierta para el que la actúa (el famoso propietario); en cuanto relación de propiedad se enfrentan sus límites *para los otros*.

Jurídicamente, corresponde a MOLITOR ( *Nueva problemática de la propiedad*, traducción de Navas, RDP, Madrid, 1954) el mérito de haber llamado la atención sobre dos formas de propiedad, dos conceptos diversos y antagónicos que, no considerados con debida independencia por los autores, han funcionado como fuente de constantes y enormes confusiones (*ownership, property* en sus diversas manifestaciones del Derecho anglosajón, indican la confusión):

- a) Un sentido estricto, que tiene su origen en el *dominium* del *ius civile* romano (extendido luego a la *proprietatis* del Derecho pretorio), y que subsiste en todo tipo de Ordenamientos, como conjunto de posibilidades reconocidas a un sujeto sobre ciertas cosas, y, por ello, sujeto a unos límites definidos.
- b) Un sentido amplio, de alcance puramente económico, que atribuye el carácter de propiedad a todo derecho privado de índole monopolística. Y como tal situación dominante se produce en el derecho subjetivo, dicho significado se extiende para calificar como propiedad a todo derecho subjetivo privado. Buen ejemplo del confuisionismo lo tenemos en el artículo 281, del transportado desde Louisiana, Código Civil, que califica como propiedad al dominio, al uso, al disfrute, al usufructo y las servidumbres, y que ha sido usado en alguna ocasión por el Tribunal Supremo para culminar engendros pseudojurídicos.

Obvio es indicar que al Derecho sólo le importa el primer sentido, estricto y técnico.

Por ello, cuando pensando en el sentido amplio usamos del concepto estricto, sale a relucir la afirmación de MARX. Naturalmente que MARX dijese lo que dijo —con independencia de su acierto o de su error— es explicable. Que, sin embargo, se pretende decir —incluso, por falta de reflexión, sin quererlo— por quien, por su situación, vocación y expresión, rechaza a MARX, es, al menos, síntoma de incongruencia. Y en un mundo como el actual, en el que hasta quienes se fingen socialistas (en *elogio a los raptos del Partido Socialista Obrero Español*) rechazan a MARX por antiguo, prefieren las ideas *anteriores* de MILL, RICARDO, etc. (pero incluso recortadas de las críticas negativas que estos capitalistas hacían del capitalismo), no tiene sentido ofrecerle a MARX la prueba gratuita y a la mano de sus asertos.

De todo esto hay, creo, en la sentencia que hago objeto de estos comentarios.

Corresponde ahora la carga de la prueba.

El hecho central que explica el pensamiento del juzgador es, indudablemente, la aseveración de la parte demandante, que no puede vender los inmuebles a un alto precio, con lo que (no toda la sucesión, sino una parte) no cabe dividir el caudal relicto en lo pertinente. Todo ello, porque no sería económicamente razonable. Peligrosa palabra, lo razonable, que se usa para justificar la sinrazón constantemente. Pero la parte demandante ha conseguido un comprador, que sólo compra *todo junto* y sin inquilinos. Como las cosas no lo permiten, al recurso: una sentencia judicial.

Yo no conozco ningún texto jurídico, ley, reglamento, costumbre, principio general de Derecho que garantice a alguien la razonabilidad económica. Y es natural que así sea. El Derecho funciona como la lotería (sobre todo en los Tribunales): permite la probabilidad, pero no asegura la posibilidad, esto es, el premio mayor. Son muchos los factores que han de incidir para que ello resulte así. Por consiguiente, que unos propietarios puedan conseguir o no el precio que pretendan es algo jurídicamente indiferente. Imaginemos un propietario que desea vender en 100 millones, que no lo hace, porque Hacienda reclamaría el tipo del 65 por 100. ¿Diremos que la Ley de Contribuciones es inconstitucional porque impide al propietario usar del bien como quiere?

Por ello es falso, e incompleto, el argumento de la parte demandante —que el juzgador hace lo propio sin decirlo directamente—, que la sucesión sólo puede dividirse si consiguen vender. Vender los inmuebles pueden venderlos cuando quieran, aunque el precio no haya de ser el que los vendedores ambicionan. Y como pueden vender, pueden dividir en todo

caso; aparte, que si los dos inmuebles son una parte de caudal, pero no todo, pueden dividir el resto sin problemas (las particiones “a plazos” son frequentísimas en el mundo de la vida y no crean mayores problemas). Y si pueden vender, tienen la libre disposición del dominio, que nadie se la quita.

Es importante no confundir el derecho de dominio o propiedad con su contenido económico. En Derecho importa el contenido jurídico, no el otro. Consideración que es relevante para enfrentar el argumento del juzgador acerca de una expropiación sin justa compensación. Pero sigamos el hilo de la argumentación judicial.

Inicialmente se reconoce al Estado el poder de reglamentación, con un sólo límite: no puede privar de la propiedad sin compensación. Lo que no se expresa en la sentencia con suficiente intensidad es que expropiar significa *privar del título*, convirtiendo a otro en titular (inicialmente el ente público expropiador), todo ello *jurídicamente expresado*.

Los límites a ese poder, judicialmente declarados en interpretación constitucional, suelen ir referidos a normas que “interfieren directamente con la propia facultad de utilizar la propiedad, o con los otros atributos esenciales” (escolio 28, sentencia). En efecto, la Ley de Alquileres Razonables no prohíbe el alquiler; y el contrato de arrendamiento celebrado en su momento por *Cabassa* lo fue en ejercicio de su facultad dominical de *disfrutar*. Hay interferencia con aquella facultad cuando el Estado *congela* el uso de un bien, porque dicha medida administrativa suele ser el primer paso de expropiación, a la espera de culminarse el correspondiente proyecto de construcción, medida que suele tener por fin, cuando se usa sensatamente, evitar que el propietario pretenda cualesquiera alteraciones que lleven el justiprecio por exceso del valor real del inmueble, o evitarle dispendios que no serán objeto de compensación; y, naturalmente, si luego de congelar no se expropia, hay un daño manifiesto y sin justificación. Congelar, pues, sin más, es abuso de poder. Siempre en términos jurídicos, porque económicamente puede ocurrir que la congelación sea económicamente rentable al propietario (v. gr.: si el inmueble no es atractivo para los particulares en el mercado). Y siempre en términos jurídicos, porque quien tiene su propiedad congelada puede usarla y disfrutarla, lo que no puede es mejorarla, cambiar el uso o venderla.

Nada digamos si una disposición administrativa pretende que la propiedad de los particulares sirva de beneficio para que una empresa privada de Cable TV pretenda usar esa propiedad ajena sin compensación para, por instalación de sistemas, beneficiarse alegremente. Esto, aparte de ser una clara estafa del poder administrativo del Estado (que sirve de instrumento, con singular descaro a intereses particulares), no debe significar

que pueda hacerse lo mismo en función del interés público. De ahí la sentencia que se invoca por el juzgador en el caso de autos (argumento en *Loretto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.* 458 U.S. 419, 1981), que sería muy otra si, por ejemplo, se hubiese tratado de instalación de un sistema de luz realizado por el propio ente público. De donde extrapolar el argumento de tal sentencia sólo expresa desorientación del juzgador de instancia al confundir, además, posesión y propiedad (posesión y apropiación), que importa del Derecho norteamericano y que está muy clara en el Código Civil de Puerto Rico, aunque no en aquel Ordenamiento.

Pero vincular posesión y propiedad tiene una ventaja: considerar que la privación de la posesión es privación del título de dominio, por lo que impone un límite a éste. Se trata, en suma, de identificar el cuerpo de una señora gruesa con su traje, imputando al sastre que la señora no puede ser delgada. Y si el límite no se compensa, hay expropiación sin justa compensación. Olvidando, además, que la expropiación es un *acto* administrativo, por lo que lo requerido para ella no es, no tiene que ser, requerible para la Ley formal. Y si hay privación sin compensación, hay inconstitucionalidad. Nadie ha dicho seriamente que el propietario que cede el usufructo carece de posesión, menos aún quien cede un contenido jurídico del dominio mucho más restringido, el uso por arriendo, porque el propietario tiene siempre la posesión mediata, y no tiene la inmediata porque él así lo quiso al desprenderse de ella.

Ya tenemos, siguiendo al juzgador, algunas conexiones: los límites no pueden privar del dominio, porque se trataría de expropiar, y en tal caso hay que indemnizar. Y hay limitaciones que expropia y no indemniza cuando se ve el dueño privado de la propiedad (posesión que siempre permanece con él). Obviamente, si resulta que la propiedad permanece en el titular dominical, ya no hay expropiación, ni necesidad de indemnizar porque no hay expropiación.

Pero es menester profundizar el argumento, hasta ahora flojísimo, para acreditar el alcance de esa privación de posesión-propiedad, íntimamente mezcladas. A ello se va.

La prórroga obligatoria, al repetirse *ad infinitum*, es indefinida, lo que hace surgir una limitación o *prohibición perpetua*, condenadas por la ciencia y la opinión. De ahí una privación perpetua de la posesión (inicialmente *en teoría*, luego de hecho en el momento del fallo; en realidad es una no prohibición, sino quimera del juzgador).

Claramente resalta una perspectiva del juzgador que es totalmente inadecuada: la relación dominical hay que verla en cada titular y respecto del concreto tercero que con el titular se relaciona (sea por inmisión, sea por contrato, etc.). Quien hoy es propietario, *sin estar privado de posesión*

*alguna*, cede a un potencial adquirente aquello que tiene, y el adquirente adviene a igual posesión que tenía el cedente, esto es, tiene título y posesión mediata. Naturalmente, quien arrienda no puede pretender la posesión inmediata, pues de ella se deshizo; por lo que, con o sin Ley de Alquileres, no cede lo que ya dio. Quien arrienda cede un contenido jurídico de su derecho dominical (con su correspondiente flujo económico, ahora sí). Y no puede pretender cambiarlo a voluntad. No diríamos que el Código Civil expropia al propietario si éste pretende vender sin inquilino un inmueble durante la vigencia del contrato de arrendamiento inscrito. Y no hay que decirlo de la legislación especial, porque Registro y Ley aportan la misma pulchritud: concreta la del Registro; genérica en función del inmueble y específica por razón de la renta, en la legislación. Luego nadie puede ignorarlo.

Y, obviamente, es indiferente que el propietario arrendador quiera poner fin al contrato para vender y partir o por cualesquiera otros motivos, porque en Derecho los motivos son irrelevantes salvo que sean ilícitos (sanción a la mala fe). Decir, pues, que tal hipótesis no se contempla en la legislación especial es no decir nada, salvo pretender una laguna... que el juzgador se va a encargar de llenar. Pero es que no la Ley especial, sino en su lugar legislativo adecuado, el Código Civil, sí se contempla la venta y la partición, aunque no el capricho peculiar de un sujeto, en este caso la sucesión Cabassa, con, además, un capricho falso: no se trata de que la sucesión no pueda partir porque no puede vender, sino que *no quiere partir* en las condiciones en que podría vender. Lo que es muy distinto.

Paradójicamente —y es expresión del juzgador— la parte demandante sí puede vender la propiedad, pero sin entregar la posesión. Fenómeno asombroso en Derecho, que es totalmente negado por el artículo 1.462 del Código Civil. Luego no es cierto que los demandantes estén impedidos, indefinidamente, de retirar la propiedad del mercado con el propósito de venderla y liquidar la sucesión. Eso pueden hacerlo en cualquier momento; es muy sencillo: véndase más barato. Por ello, afirmar que los vendedores venden un pleito de desahucio, aparte de ser expresión muy fuerte en un técnico en Derecho (no se trata de cesión de créditos litigiosos), es falso: el adquirente no tiene, en primer lugar, por qué pretender desahuciar; y, seguidamente, no podría si no existe causa legal. Y es falso afirmar que el nuevo propietario no podría intentar un desalojo, porque sí es viable, si hay causa legal para ello, ya que la Ley especial se refiere al propietario que necesita del local para propio uso, cualquiera que sea el propietario. No alcanzo a ver claramente la intención judicial de separar un propietario actual de una cadena de adquirentes posteriores, como si éstos no fuesen propietarios y puedan invocar una causa legal de desahucio, salvo que sea

para ese irse *ad infinitum*, aunque esto me parece un sin sentido. Es, al menos, extraño el deseo del juzgador del encadenamiento constante de circunstancias y conceptos jurídicos que hay que ver separados. La razón de tal sofisma es clara: desembocar en la perpetuidad, esfuerzo que desde el valor lógico del argumento. Por lo demás es indiferente afirmar que un inmueble sujeto a la Ley especial no puede ser entregado a un tercero para que especule con él, o a un corredor de bienes raíces; primero, porque ello no es un argumento jurídico; segundo, porque el propietario puede entregar el inmueble a quien desee. Que se especule o no, a mayor o menor precio, es factor coyuntural económico, no elemento jurídico.

De otro lado, confundir prórroga obligatoria con término indefinido es grave error. Todo arriendo tiene un plazo, regularmente un año. Que se prorrogue significa que el plazo se mantiene y surge la extensión preceptiva del contrato, lo que es muy distinto. Prueba de ello es que la prórroga no vincula al arrendatario. Y porque existe plazo es que hay prórroga obligatoria para el propietario.

Poca relación guarda la legislación especial de alquileres con un llamado derecho estatutario a liquidar la comunidad. Tan *estatutaria* es la Ley de Alquileres Razonables como el Código Civil; pero, además, la Ley de Alquileres es Ley especial y posterior, con lo que deroga al Código Civil. Pero es que, incluso, tampoco es así: la sucesión puede liquidar cuando quiera el caudal relicto; lo que no puede —y en nada depende de las leyes ni del Derecho— es vender al precio pretendido, porque nadie le compra bajo ciertas circunstancias. Y afirmar que no es lícito mantener a una persona en el mercado cuando la misma no lo desea (entendiendo, por cierto, la expresión al revés: no puede ir al mercado porque la Ley le dificulta un alto precio), es una afirmación temeraria, porque constantemente las leyes ponen restricciones y límites: no podemos importar productos japoneses sin pagar un impuesto (que sería también una expropiación de mi *propiedad* sin compensación), tenemos que contratar con Fuentes Fluviales, hay que comer calamares vendidos por Estados Unidos, etc. Llegamos, ciertamente, al ridículo. Y confunde el juzgador el Derecho con una pretendida e inexistente voluntad individual soberana.

En resumen, es simple —aunque equivocada— la idea en que se pretende fundar la sentencia: la prórroga obligatoria, porque impide disponer de un bien a un determinado precio deseado, priva de la posesión, que es un contenido del dominio; privación que se transmite a los adquirentes posteriores, por lo que es perpetua; al expropiarse así el contenido del dominio en alguna o algunas de sus facultades esenciales, sin justa compensación, el legislador actúa inconstitucionalmente.

Tal mezcla de datos económicos con apuntes pseudojurídicos —que

confunden los conceptos más elementales— me resultaría, incluso, indiferente. Pero llevemos el razonamiento al extremo. Si hay propiedad —que es lo que pretende decir la sentencia— cuando el propietario se apropia del mayor contenido económico *deseado* de un bien, habrá que reconocer que cuando tal cosa no ocurre no hay propiedad. Y entonces hay que admitir que el propietario absentista, que no obtiene nada de su derecho, porque así lo quiere, está proclamando con su conducta que ha abandonado el dominio sobre el bien, por cuanto nada hace por percibir su contenido económico. De donde hemos de admitir la extinción del dominio *por no uso* y la calificación de tal bien como relicto. Lo que, además, sería referible al uso escaso de un bien con relación a su ofelinidad. Supongo que aquí el juzgador ha de pararse para reconocer un estricto concepto jurídico del dominio, haciendo descansar en el solo título su esencia, con irrelevancia hacia el hecho del abandono posesorio y del impacto económico negativo que tiene la dejación y dejadez del dueño, surgiendo como una muralla, que defiende al titular de actuaciones de terceros. Esto es, se habrá saltado de un extremo al otro para sustentar una noción amplia y económica de la propiedad fundada ahora en un sentido estricto.

Me temo que hemos de ser más sensatos, más congruentes. Pero destacadamente, cuando trabajamos el Derecho, hemos de intentar ser más juristas. Si no es así, de nada sirve una extensa y cuidada sentencia que sólo pone de manifiesto una clara intención política, marginando las normas mediante el consabido recurso a un pretendido mandamiento constitucional, que no se articula, en su interpretación, con nada sensato.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE  
Doctor en Derecho. Profesor, UPR

# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. INFORMACION LEGISLATIVA

### A) TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS COMUNITARIAS

#### 1. *Undécima Directiva del Consejo de 21 de diciembre de 1989*

##### EL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, en particular, su artículo 54,

Vista la propuesta de la Comisión (1),

En cooperación con el Parlamento Europeo (2),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social (3),

Considerando que, con objeto de facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de las sociedades contempladas en el artículo 58 del Tratado, la letra g) del apartado 3 del artículo 54 y el programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento prevén la coordinación de las garantías exigidas respecto de las sociedades, en los Estados miembros, para proteger tanto los intereses de los socios como los de terceros;

Considerando que, hasta ahora, se ha realizado dicha coordinación en materia de publicidad mediante la adopción de la primera Directiva 68/151/CEE que se refiere a las sociedades de capital (4), modificada en último lugar por el Acta de adhesión de 1985; que ha proseguido en materia contable con la cuarta Directiva 78/660/CEE, relativa a las cuotas anuales de determinadas formas de sociedades (5), modificada en último lugar por el Acta de adhesión de 1985, con la séptima Directiva 83/349/CEE, relativa a las cuentas consolidadas (6), modificada por el Acta de adhesión de 1985 y con la octava Directiva 84/253/CEE, relativa

---

(1) *DO* núm. C 105, de 21 de abril de 1988, pág. 6.

(2) *DO* núm. C 345, de 21 de diciembre de 1987, pág. 76, y *DO* núm. C 256, de 9 de octubre de 1989, pág. 72.

(3) *DO* núm. C 319, de 30 de noviembre de 1987, pág. 61.

(4) *DO* núm. L 65, de 14 de marzo de 1968, pág. 8.

(5) *DO* núm. L 222, de 14 de agosto de 1978, pág. 11.

(6) *DO* núm. L 193, de 18 de julio de 1983, pág. 1.

a las personas encargadas del control legal de los documentos contables (7);

Considerando que tales Directivas se aplican a las sociedades en cuanto tales, pero no se refieren a sus sucursales; que la creación de una sucursal, del mismo modo que la constitución de una filial, es una de las posibilidades que, en el momento actual, tiene una sociedad para ejercer su derecho de establecimiento en otro Estado miembro;

Considerando que, por lo que se refiere a las sucursales, la falta de coordinación, en particular en el ámbito de la publicidad, genera cierta disparidad en cuanto a la protección de los socios y de los terceros entre las sociedades que operan en otros Estados miembros creando sucursales y las que lo hacen constituyendo sociedades filiales;

Considerando que, en dicho ámbito, las divergencias de las legislaciones de los Estados miembros pueden perturbar el ejercicio del derecho de establecimiento y que resulta necesario, por consiguiente, eliminarlas para salvaguardar, entre otras cosas, el ejercicio del mencionado derecho;

Considerando que, para garantizar la protección de las personas que a través de una sucursal se ponen en relación con la sociedad, resultan necesarias medidas de publicidad en el Estado miembro en el que esté situada dicha sucursal; que en algunos aspectos la influencia económica y social de una sucursal puede ser comparable a la de una filial, por lo que hay un interés del público en la publicidad de la sociedad en la sucursal; que para organizar dicha publicidad procede referirse al procedimiento ya establecido para las sociedades de capitales dentro de la Comunidad;

Considerando que dicha publicidad se refiere a una serie de actos e indicaciones importantes, así como sus modificaciones;

Considerando que la mencionada publicidad puede limitarse, con excepción del poder de representación, de la denominación, de la forma y de la disolución, así como del procedimiento de insolvencia de la sociedad a las informaciones relativas a las propias sucursales y a una referencia al registro de la sociedad de la que forma parte integrante la sucursal, dado que, en virtud de las normas comunitarias existentes, cualquier información referida a la sociedad en cuanto tal puede obtenerse en dicho Registro;

Considerando que las disposiciones nacionales, que obligan a la publicidad de los documentos contables relativos a la sucursal, han perdido su justificación, toda vez que se han coordinado las legislaciones nacionales en materia de establecimiento, de control y de publicidad de los documentos contables de la sociedad; que, por consiguiente, basta con publicar, en

---

(7) DO núm. L 126, de 12 de mayo de 1984, pág. 20.

el Registro de la sucursal, los documentos contables tal como hayan sido controlados y publicados por la sociedad;

Considerando que en su correspondencia y en sus pedidos la sucursal debe consignar, por lo menos, las mismas indicaciones que la correspondencia y los pedidos de la sociedad, así como la indicación del Registro en el que está inscrita la sucursal;

Considerando que, para asegurar la realización de los objetivos de la presente Directiva y evitar cualquier discriminación por causa del país de origen de las sociedades, la presente Directiva debe referirse igualmente a las sucursales constituidas por sociedades sometidas al derecho de los países terceros y con formas jurídicas comparables a las sociedades contempladas por la Directiva 68/151/CEE; que para dichas sucursales resultan indispensables determinadas disposiciones diferentes de las que se aplican a las sucursales de las sociedades sometidas al Derecho de otros Estados miembros, dado que las Directivas anteriormente indicadas no se aplican a las sociedades de los países terceros;

Considerando que la presente Directiva no afecta a las obligaciones de información a que están sometidas las sucursales en virtud de otras disposiciones, por ejemplo, del derecho social en relación con el derecho de información de los asalariados, del derecho fiscal, o a efectos estadísticos,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA·

## SECCION PRIMERA

### *Sucursales de sociedades de otros Estados miembros*

Artículo 1.º 1. Los actos e indicaciones relativos a sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades sujetas al Derecho de otro Estado miembro a las que se aplica la Directiva 68/151/CEE se publicarán según el Derecho del Estado miembro donde radique la sucursal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.º de dicha Directiva.

2. Cuando la publicidad de la sucursal sea diferente de la publicidad de la sociedad, prevalecerá la primera en lo que se refiere a las operaciones que se efectúen con la sucursal.

Art. 2.º 1. La obligación de publicidad contemplada en el artículo 1.º sólo se referirá a los actos e indicaciones siguientes:

- a) La dirección postal de la sucursal.
- b) La indicación de las actividades de la sucursal.
- c) El Registro en el que el expediente mencionado en el artículo 3.º de la Directiva 68/151/CEE del Consejo haya sido abierto para la sociedad y su número de inscripción en ese Registro.

*d)* La denominación y la forma de la sociedad, así como la denominación de la sucursal si esta última no corresponde a la de la sociedad.

*e)* El nombramiento, el cese en funciones, así como la identidad de las personas que tengan poder para obligar a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio:

— como órgano de la sociedad legalmente previsto o como miembro de tal órgano, de conformidad con la publicidad dada en la sociedad de acuerdo con la letra *d)* del apartado 1 del artículo 2.º de la Directiva 68/151/CEE;

— como representantes permanentes de la sociedad para la actividad de la sucursal, con indicación del contenido de sus poderes.

*f)* La disolución de la sociedad, el nombramiento, la identidad y los poderes de los liquidadores, así como el cierre de liquidación, de conformidad con la publicidad de la sociedad, según lo dispuesto en las letras *h)*, *j)* y *k)* del apartado 1 del artículo 2.º de la Directiva 68/151/CEE:

— un procedimiento de quiebra, de convenio de acreedores o cualquier otro procedimiento análogo del que sea objeto la sociedad.

*g)* Los documentos contables en las condiciones indicadas en el artículo 3.º.

*h)* El cierre de la sucursal.

2. El Estado miembro en el que la sucursal haya sido creada podrá prever la publicidad contemplada en el artículo 1.º:

*a)* De la firma de las personas contempladas en las letras *e)* y *f)* del apartado 1 del presente artículo.

*b)* De la escritura de constitución y de los Estatutos, si fueran objeto de un acto separado de conformidad con las letras *a)*, *b)* y *c)* del apartado 1 del artículo 2.º de la Directiva 68/151/CEE, así como de las modificaciones de dichos documentos.

*c)* De una certificación del Registro contemplado en la letra *a)* del apartado 1 del presente artículo, relativa a la existencia de la sociedad.

*d)* De una indicación sobre las garantías que graven los bienes de la sociedad situados en dicho Estado miembro, siempre que tal publicidad se refiera a la validez de tales garantías.

Art. 3.º La obligación de publicidad mencionada en la letra *g)* del apartado 1 del artículo 2.º sólo alcanzará a los documentos contables de la sociedad, tal y como se hayan establecido, controlado y publicado con

arreglo al Derecho del Estado miembro al que esté sometida la sociedad de conformidad con las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE y 84/253/CEE.

Art. 4.º El Estado miembro en el que haya sido creada la sucursal podrá exigir que la publicidad de los documentos contemplados en la letra *b)* del apartado 2 del artículo 2.º y en el artículo 3.º se realice en otra lengua oficial de la Comunidad y que la traducción de estos documentos sea autenticada.

Art. 5.º Si en un Estado miembro existieran varias sucursales creadas por la misma sociedad, la publicidad contemplada en la letra *b)* del apartado 2 del artículo 2.º y en el artículo 3.º podrá hacerse en el Registro de cualquiera de dichas sucursales.

En ese caso, la obligación de publicidad de las demás sucursales se referirá a la indicación del Registro de la sucursal en el que se ha hecho la publicidad y del número de inscripción de dicha sucursal en ese Registro.

Art. 6.º Los Estados miembros prescribirán que en su correspondencia y en sus pedidos las sucursales consignen, además de las indicaciones prescritas en el artículo 4.º de la Directiva 68/151/CEE, el Registro en que el expediente de la sucursal haya sido abierto, así como el número de inscripción de la sucursal en ese Registro.

## SECCION II

### *Sucursales de sociedades de países terceros*

Art. 7.º 1. Los actos y las indicaciones relativos a las sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades no sujetas al Derecho de un Estado miembro, pero que adopten una forma jurídica comparable a las contempladas en la Directiva 68/151/CEE serán objeto de publicidad según el Derecho del Estado miembro en el que la sucursal haya sido creada, de conformidad con el artículo 3.º de la mencionada Directiva.

2. Se aplicará el apartado 2 del artículo 1.º

Art. 8.º La obligación de publicidad contemplada en el artículo 7.º alcanzará, al menos, a los actos e indicaciones siguientes:

- a) La dirección postal de la sucursal.
- b) La indicación de las actividades de la sucursal.
- c) La legislación del Estado a la que la sociedad esté sometida.
- d) Si dicha legislación lo dispone, el Registro en el que la sociedad esté inscrita y su número de inscripción en ese Registro.
- e) La escritura de constitución y los Estatutos, si fueren objeto de un acto separado, así como cualquier modificación de dichos documentos.

f) La forma, el domicilio y el objeto social, así como, al menos una vez por año, el importe del capital suscrito, si dichas indicaciones no figuran en los documentos contemplados en la letra e).

g) La denominación de la sociedad, así como de la sucursal si ésta no corresponde a la sociedad.

h) El nombramiento, el cese en funciones, así como la identidad de las personas que tengan poder para obligar a la sociedad frente a terceros y de representarla en juicio:

— como órgano de la sociedad legalmente previsto o como miembro de tal órgano;

— como representantes permanentes de la sociedad para la actividad de la sucursal.

Deberá precisarse el contenido de los poderes de dichas personas y si son solidarios o mancomunados.

i) La disolución de la sociedad, y el nombramiento, la identidad y los poderes de los liquidadores, y el cierre de la liquidación:

— los procedimientos a que esté sometida la sociedad en materia de quiebra, de convenio de acreedores, o cualquier otro procedimiento análogo.

j) Los documentos contables en las condiciones indicadas en el artículo 9.º

k) El cierre de la sucursal.

Art. 9.º 1. La obligación de publicidad mencionada en la letra j) del artículo 8.º se referirá a los documentos contables de la sociedad, tal y como han sido establecidos, controlados y publicados según la legislación aplicable a la sociedad. Si dichos documentos no estuviesen elaborados de conformidad con las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, o de forma equivalente, los Estados miembros podrán exigir la elaboración y la publicidad de los documentos contables que se refieran a las actividades de la sucursal.

2. Se aplicarán los artículos 4.º y 5.º

Art. 10. Los Estados miembros prescribirán que en su correspondencia y en sus pedidos las sucursales consignen el Registro en el que su expediente haya sido abierto, así como el número de inscripción de la sucursal en ese Registro. Si el Derecho del Estado al que esté sometida la sociedad dispone su inscripción en un Registro, deberá consignarse también el Registro en el que esté inscrita la sociedad y su número de inscripción.

## SECCION III

*Indicación de las sucursales en el informe de gestión de la sociedad*

Art. 11. En el apartado 2 del artículo 46 de la Directiva 78/660/CEE se añade la siguiente letra:

“c) La existencia de las sucursales de la sociedad.”

## SECCION IV

*Disposiciones transitorias y finales*

Art. 12. Los Estados miembros dispondrán sanciones apropiadas para los supuestos de incumplimiento de la obligación de publicidad prevista en los artículos 1.º, 2.º, 3.º, 7.º, 8.º y 9.º y de la obligación de consignar en su correspondencia y en sus pedidos las indicaciones previstas en los artículos 6.º y 10.

Art. 13. Cada Estado miembro determinará las personas responsables del cumplimiento de las formalidades de publicidad que establece la presente Directiva.

Art. 14. 1. Los artículos 3.º y 9.º no se aplicarán a las sucursales creadas por entidades de crédito o entidades financieras objeto de la Directiva 89/117/CEE (8).

2. Hasta posterior coordinación, los Estados miembros podrán no aplicar los artículos 3.º y 9.º a las sucursales creadas por sociedades de seguros.

Art. 15. Se suprimen el artículo 54 de la Directiva 78/600/CEE y el artículo 48 de la Directiva 83/349/CEE.

Art. 16. 1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva antes del 1 de enero de 1992. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros dispondrán que las disposiciones mencionadas en el apartado 1 se apliquen a partir del 1 de enero de 1993 y, en lo que respecta a los documentos contables, que se apliquen por primera vez a las cuentas del ejercicio que comience el 1 de enero de 1993 o durante el año 1993.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

---

(8) DO núm. L 44, de 16 de febrero de 1989, pág. 40.

Art. 17. El Comité de contacto creado por el artículo 52 de la Directiva 78/660/CEE tendrá igualmente por misión:

a) Facilitar, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 169 y 170 del Tratado, una aplicación armonizada de la presente Directiva mediante una concertación regular, referida esencialmente a los problemas concretos planteados por su aplicación.

b) Asesorar, si fuere necesario, a la Comisión con respecto a las adiciones o enmiendas que deben introducirse en la presente Directiva.

Art. 18. Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas el 21 de diciembre de 1989.—Por el Consejo, el Presidente, *E. Cresson*.

2. *Tratado de extradición y asistencia judicial entre España y Argentina*.—Se firmó en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 y publica el Instrumento de su ratificación el *BOE* del día 17 de julio.

Su esencia se recoge en los siguientes artículos:

Artículo 1.º Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes, las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad que consista en privación de libertad.

Art. 2.º 1. Darán lugar a extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima no sea inferior a un año.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia, se requerirá además que la parte de la pena o medida de seguridad que aún falta cumplir no sea inferior a seis meses.

3. Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y no concurriesen en algunos de ellos los requisitos de los párrafos 1 y 2, la Parte requerida podrá conceder también la extradición por estos últimos.

Art. 5.º 1. No se concederá la extradición por delitos considerados como políticos o conexos con delitos de esta naturaleza. La mera alegación de un fin o motivo político en la comisión de un delito no lo calificará por sí como un delito de carácter político.

A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

a) El atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de Gobierno, o de un miembro de su familia.

b) Los actos de terrorismo.

c) Los crímenes de guerra y los que se cometan contra la paz y la seguridad de la humanidad.

2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tuviere fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición fue presentada con la finalidad de perseguir o castigar a la persona reclamada en razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de aquélla pueda ser agravada por esos motivos.

Art. 28. 1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia mutua, según las disposiciones de este Tratado, en la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal incoado por hechos cuyo conocimiento compete a la Parte requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

2. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia, aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida. No obstante, para la ejecución de medidas de aseguramiento de objetos o registros domiciliarios, será necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea también considerado como delito por la legislación de la Parte requerida.

Art. 29. La asistencia judicial podrá ser rehusada:

a) Si la solicitud se refiere a delitos políticos o conexos con delitos de este tipo, a juicio de la Parte requerida. A estos efectos será de aplicación lo prescrito en el párrafo 1 del artículo 5.º

b) Si la solicitud se refiere a delitos estrictamente militares.

## B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. En el *BOE* del 3 de julio se publicó la *Ley 6/1990, de 2 de julio, modificando el artículo 4.º de la Ley sobre ventas de bienes muebles a plazos de 17 de julio de 1965*. Se modifica solamente el apartado 5.º, según el cual estaban excluidas de dicha Ley de ventas a plazos "las operaciones de comercio exterior". Ahora se dice textualmente: "5.º Las operaciones de comercio exterior, excepto las derivadas de bienes muebles corporales no consumibles originarios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y de terceros países, que se encuentren en libre práctica en dichos Estados".

2. La *Ley 7/1990, de 19 de julio*, que se publica en el *BOE* del día siguiente, modifica la *Ley 9/1987, de 12 de junio*, en su capítulo III referente a la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

3. La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, se publica en el *BOE* del día 27 y tiene gran importancia en cuanto que afecta de modo directo a la propiedad del suelo y las facultades del propietario, en cuanto a disposición y edificación. En el título I se trata del régimen urbanístico de la propiedad del suelo; en el II, de las valoraciones; en el III, de las expropiaciones; en el IV, de los supuestos indemnizatorios, y en el título V, de los derechos de tanteo y retracto.

4. *Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo*, que pretende dar soluciones al problema del fuerte incremento del precio del suelo y da normas sobre urbanismo, pero respetando las competencias de las Comunidades Autónomas, a las que confía la eficacia de las normas de la nueva Ley.

Son puntos destacables de esta Ley:

1.º Define las condiciones básicas del derecho de propiedad, delimitado por su función social (art. 1.º), para regular el régimen urbanístico del suelo.

2.º Regula las diversas facultades de contenido urbanístico:

a) el derecho a urbanizar se adquiere por el planeamiento y se pierde si no se cumplen los deberes urbanísticos de cesión y equidistribución en los plazos previstos;

b) el derecho al aprovechamiento urbanístico atribuye al propietario los usos e intensidades susceptibles de adquisición privada o su equivalente económico, y

c) el derecho a edificar se adquiere por la licencia de obras ajustada a la ordenación en vigor.

3.º En el título II se regula el régimen de valoraciones del suelo. Partiendo del valor inicial del suelo no urbanizable, el derecho a urbanizar le agrega un 50 por 100 del coste estimado de la urbanización.

4.º Se proporciona a los Ayuntamientos una serie de instrumentos jurídicos para facilitar su gestión y potenciar su intervención en la regulación del mercado del suelo, tales como los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas de terrenos y edificios sitos en áreas delimitadas, así como el fomento de la constitución de patrimonios públicos del suelo.

5.º Sólo se aplica esta nueva Ley en capitales de provincia, entornos metropolitanos fijados por las Comunidades Autónomas y en poblaciones mayores de 25.000 habitantes.

6.º Es muy importante la disposición adicional décima que regula la inscripción o constancia en el Registro de la Propiedad de los distintos

actos relativos al urbanismo que se relacionan. En el plazo de seis meses deberán aprobarse las correspondientes modificaciones del Reglamento Hipotecario en desarrollo de esta disposición adicional.

### C) NORMATIVA AUTONÓMICA

*Baleares.*—Ley de 24 de mayo de 1990, de carreteras de la Comunidad Autónoma, que se publica en su *Boletín Oficial* del 26 de junio.

Ley de 31 de mayo de 1990, que modifica la de 17 de noviembre de 1988, sobre campos de golf y que se publica en el *Boletín* autonómico del 28 de junio.

Ley de 28 de junio de 1990, sobre la Compilación del Derecho Civil de Baleares. Se publica en el *Boletín* autonómico del día 17 de julio.

*Canarias.*—Ley de 26 de julio de 1990, sobre Aguas en Canarias. Se publica en su *Boletín* regional del día 27 de julio.

*Cataluña.*—Ley de 5 de julio de 1990 por la que se autoriza la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística. Se publica en el *Diario Oficial* del día 6 de julio.

Ley de 9 de julio de 1990, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad. *Diario Oficial* del 18 de julio.

*Madrid.*—Ley de 28 de junio de 1990, de Protección de embalses y zonas húmedas. *Boletín de la Comunidad de Madrid* del 11 de julio.

*Navarra.*—Ley Foral de 2 de julio de 1990, de la Administración Local de Navarra. Se publica en su *Boletín Oficial* del 13 de julio.

*País Vasco.*—Ley de 31 de mayo de 1990, de Ordenación del territorio del País Vasco, que se inserta en su *Boletín* del día 3 de julio.

Ley de 31 de mayo de 1990, de Tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicada en el *Boletín* del día 4 de julio.

Ley de 15 de junio de 1990, de Cámaras Agrarias, que se publica en el *Boletín* regional del día 6 de julio.

## II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Jornadas sobre fraude inmobiliario y publicidad registral.*—Dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid han tenido lugar en San Lorenzo de El Escorial y durante los días 10 y 11 de julio estas Jornadas, organizadas por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

La participación ha consistido en cuatro conferencias y la actuación de

dos mesas redondas, con gran asistencia de profesionales jurídicos que siguieron con creciente interés el desarrollo de los interesantes debates.

Las conferencias han sido las siguientes:

*10 de julio*

- “El fraude inmobiliario y el Registro de la Propiedad”, por don MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho Civil y Registrador de la Propiedad.
- “La doble venta de un inmueble y el Registro de la Propiedad”, por don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad, Abogado del Estado, Subdirector general del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, y Notario.

*11 de julio*

- “La venta como libre finca gravada”, por doña CARMEN DE GRADO SANZ, Registradora de la Propiedad.
- “Otros supuestos de fraude inmobiliario”, por don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, Registrador de la Propiedad.

Las mesas redondas contaron con la siguiente participación:

*10 de julio*

- “Aspectos político-parlamentarios”, por: don ANTONIO GARCÍA-PABLOS GARCÍA QUIJANO, Abogado y especialista en Derecho de los Consumidores; don JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia; don LUIS REY PÉREZ, Decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad y Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y don JAVIER RUSSINÉS TORREGROSA, Director del Centro de Gestión Catastral.

*11 de julio*

- “Aspecto jurídico-registral”, por: doña MARGARITA RETUERTO BUADES, Licenciada en Derecho y Adjunta primera del Defensor del Pueblo; don JOSÉ ANTONIO ESCARTÍN IPIENS, Notario; don JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil excedente y Abogado; don LUIS MARTÍN MINGARRO, Abogado y Secretario general del Consejo de la Abogacía, y don JOSÉ POVEDA DÍAZ, Registrador de la Propiedad y Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

2. *Los problemas del Derecho de hoy.*—También dentro de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense en El Escorial y bajo esta temática general se ha desarrollado, durante los días 9 a 13 de julio, un curso de conferencias a cargo de los siguientes señores:

Director: don J. VALLET DE GOYTISOLO (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Participantes: don M. ALBADALEJO (Académico Jurisprudencia), don J. FUEYO ÁLVAREZ (Académico Ciencias Morales y Políticas), don L. LÓPEZ RODÓ (Académico Jurisprudencia), don L. PRIETO CASTRO (Académico Jurisprudencia), don M. ALONSO OLEA (Académico Ciencias Morales y Políticas), don A. MENÉNDEZ (Académico Jurisprudencia), don F. SAINZ MARTÍNEZ DE BUJANDA (Académico Jurisprudencia), don A. TRUYOL SERRA (Académico Ciencias Morales y Políticas), don J. M. STAMPA (UNED), don A. BORRÁS (Universidad Central Barcelona) y don J. ITURMENDI, clausura (Decano Facultad Derecho Universidad Complutense).

3. *Curso en la Universidad a Distancia.*—En Mérida, durante los días 2 a 5 de julio, organizado por el Centro Regional de Extremadura de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, ha tenido lugar un curso titulado “Un Registro Mercantil del año 2000 para una reforma europea del Derecho del Comercio”.

El 2 de julio se expuso el tema “Hacia una nueva orientación en el concepto del servicio público registral”, y en los tres días siguientes se debatió sobre “Competencias registrales y obligaciones de los empresarios, especialmente referidas a sociedades anónimas y limitadas”.

La exposición de los temas corrió a cargo del siguiente profesorado: don LUIS PLA RUBIO, Síndico Presidente del Colegio de Corredores de Comercio de Extremadura; don GERARDO BURGOS BRAVO, Notario del Ilustre Colegio de Cáceres; don FERNANDO CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador Mercantil de la provincia de Cáceres; don JOSÉ MIGUEL EMBID, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia; don JOSÉ DE SOTO CARNIAGO, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Extremadura; don JUAN PÉREZ Y MARTÍN, Registrador Mercantil de la Propiedad de Badajoz, y doña GEORGINA BATLLE SALES, Profesora Titular de Mercantil de la Universidad de Murcia.

4. *Universidad Internacional “Menéndez Pelayo”.*—En los Seminarios y Encuentros de dicha Universidad, en el Palacio de la Magdalena de Santander, se han desarrollado, entre otros, los siguientes cursos de carácter jurídico:

Días 9 a 13 de julio: "La nueva regulación de la sociedad anónima", por don AURELIO MENÉDEZ MENÉDEZ y don JOSÉ LUIS IGLESIAS PRADA

Días 30 de julio a 3 de agosto: "La reforma del Impuesto sobre la Renta", por don MIGUEL ÁNGEL LASHERAS

Y días 20 a 24 de agosto: "La seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario", por don ANTONIO PÉREZ SANZ.

5. *Segundo Premio "Estudios Hipotecarios", 1992.*—El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España convoca la concesión del segundo premio de "Estudios Hipotecarios", con ocasión del Congreso Extraordinario de 1992, bajo las siguientes bases:

1.<sup>a</sup> El Premio estará dotado con 3.000.000 de pesetas.

2.<sup>a</sup> Pueden concurrir al Premio todos los juristas, debiendo redactarse el trabajo en lengua castellana, cualquiera que sea la nacionalidad del autor. No podrán concurrir al mismo todos aquellos que ostenten cargos en la Junta de gobierno del Colegio de Registradores.

3.<sup>a</sup> Los trabajos que opten al Premio deberán versar sobre temas de Derecho Hipotecario o Registro Mercantil.

4.<sup>a</sup> La extensión de los trabajos será como mínimo de trescientos folios, a doble espacio y por una sola cara. Serán inéditos y se presentarán por triplicado, bajo un título y un lema, acompañados de plica. En ella se hará constar el nombre, apellidos, nacionalidad, domicilio y teléfono (si lo tuviere) del autor y en el exterior de la plica figurará el título de la obra y su lema.

5.<sup>a</sup> El Jurado estará compuesto por siete miembros: Decano del Colegio de Registradores, un Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, un miembro de la Comisión redactora de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, un Magistrado del Consejo del Poder Judicial, un Abogado en ejercicio de cualesquiera de los Colegios de Abogados de España, un Catedrático de Derecho Civil o Mercantil y el Director del Centro de Estudios de Derecho Hipotecario, que hará las funciones de Secretario.

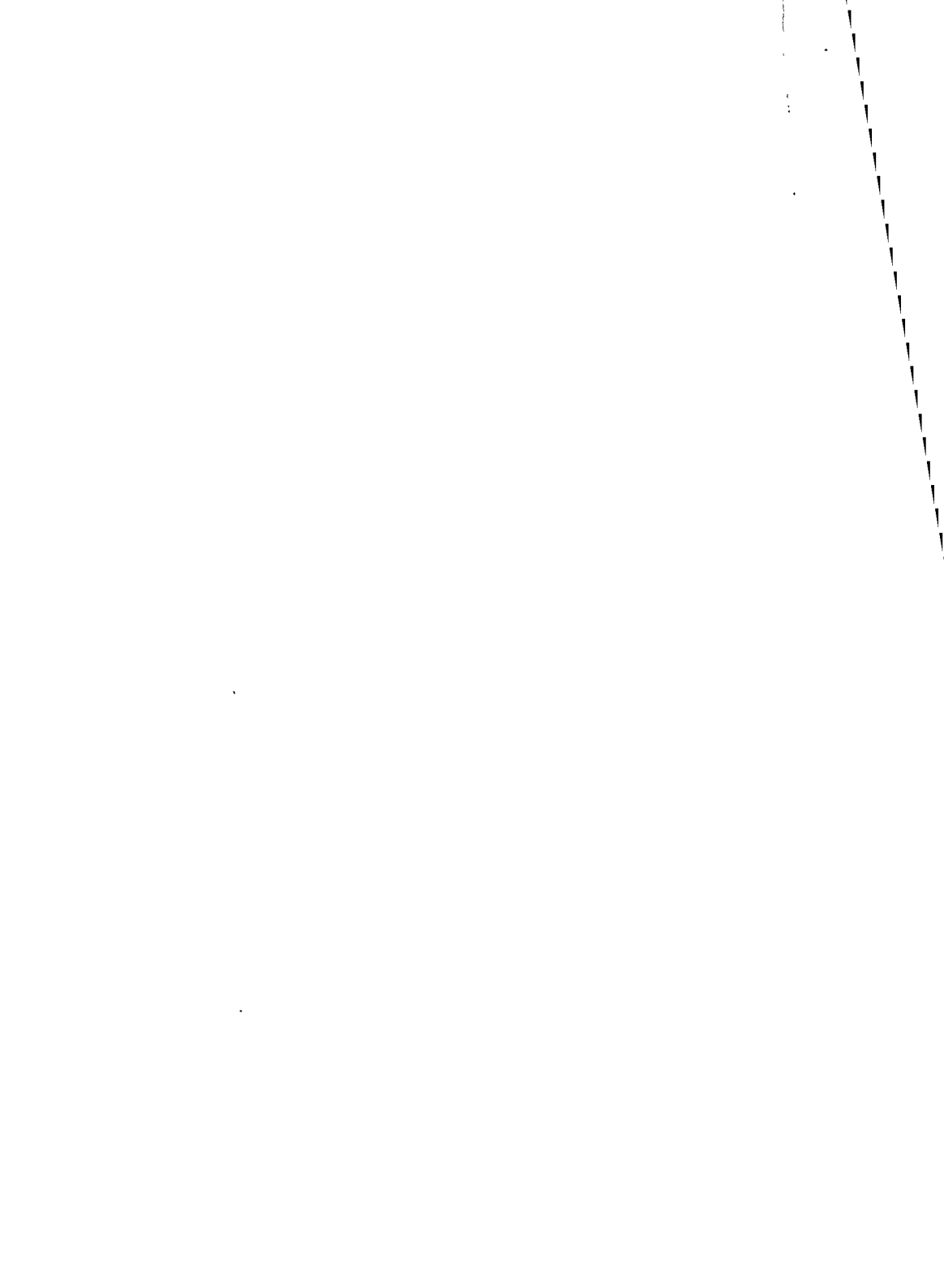
6.<sup>a</sup> El fallo del Jurado será inapelable y el hecho de participar en el presente concurso implica la total aceptación y conformidad con las bases del mismo.

7.<sup>a</sup> La concesión del Premio llevará consigo la publicación del trabajo por el Colegio de Registradores.

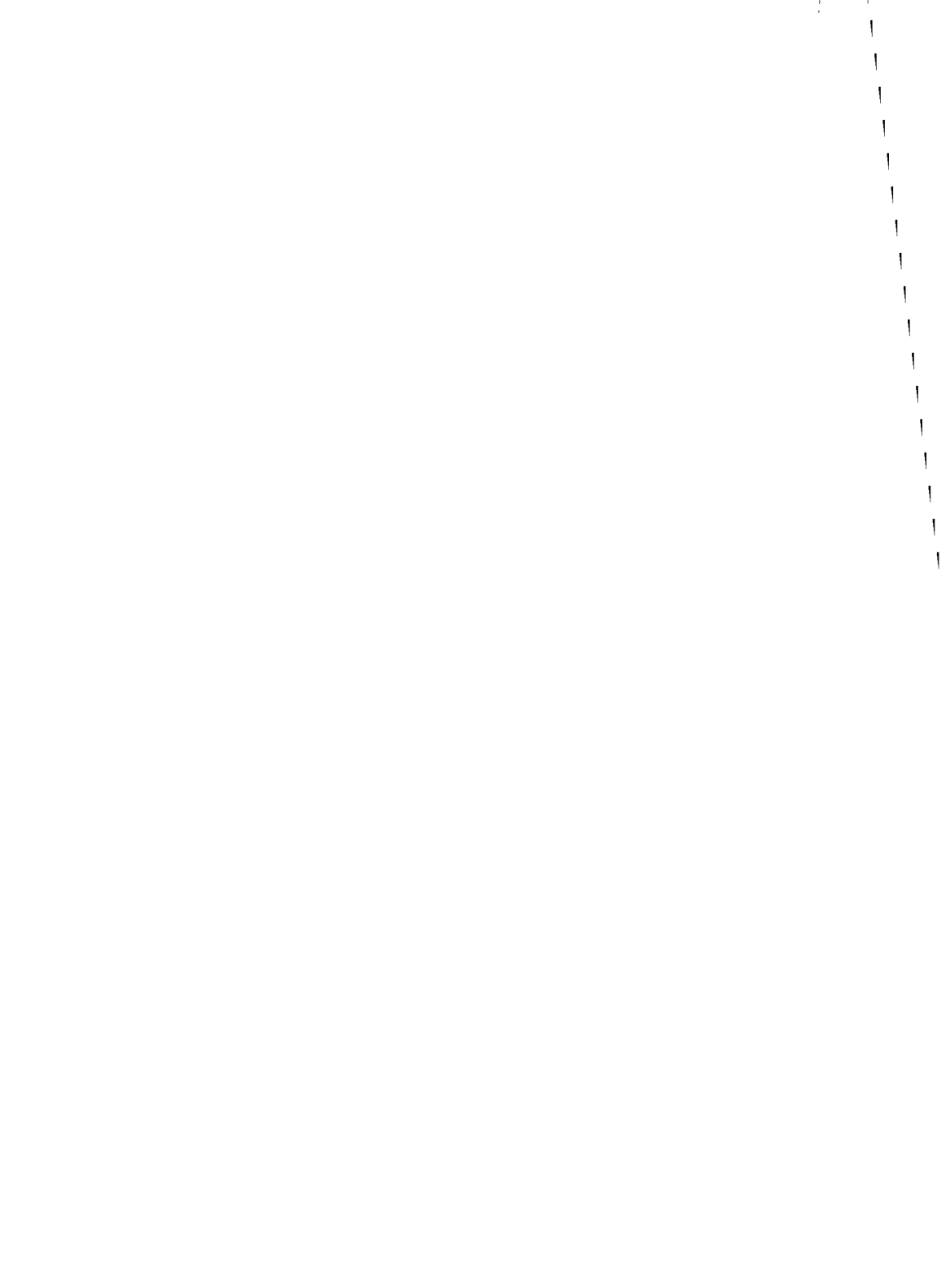
8.<sup>a</sup> El Premio se otorgará en el año 1992, y se entregará en un acto académico. Los originales de los trabajos deberán ser presentados o recibidos antes de las catorce horas del día 31 de diciembre de 1991, en los

locales del Colegio de Registradores, Príncipe de Vergara, 72, piso 1.º, 28006 Madrid.

9.<sup>a</sup> Una vez presentado un trabajo no podrá ser retirado. Los originales no premiados quedan a disposición de sus autores, salvo que concierten con el Colegio de Registradores de la Propiedad su publicación, en las condiciones acostumbradas.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 21 de febrero de 1989.*—EXEQUATUR.—Exigencia de la práctica de pruebas para reconocer sentencias de tribunales extranjeros.—Sala 2.<sup>a</sup>—Ponente: Sr. Latorre Segura.

*Antecedentes.*—1. Por escrito registrado en este Tribunal de 16 de abril de 1986, don Juan Antonio García San Miguel y Orueta, Procurador de los Tribunales, interpone, en nombre y representación de don S. C., de nacionalidad británica, recurso de amparo contra el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1986, por el que se deniega el *exequatur* de las Sentencias de divorcio y medidas complementarias dictadas con fecha 16 de abril y 31 de mayo de 1984 por la Parte Quinta del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York, Condado de Richmond (Estados Unidos de América).

2. Los hechos de los que trae origen la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los que a continuación se relacionan:

a) En octubre de 1983 y ante el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York, lugar de residencia conyugal a causa del cargo del marido como Consejero Económico Permanente en la Organización de las Naciones Unidas, doña E. C., de nacionalidad española, promovió demanda de divorcio por trato cruel e inhumano contra don S. C., de nacionalidad británica, con quien había contraído matrimonio en Madrid el 20 de septiembre de 1976, quien, a su vez, interpuso “contrademanda” contra su esposa, alegando asimismo haber recibido de ella tratos crueles e inhumanos, así como, posteriormente, demanda de nulidad matrimonial ante el Tribunal Eclesiástico de Portsmouth.

En diciembre de ese mismo año, la actora se trasladó a Madrid en compañía de los dos hijos habidos en el matrimonio y desistió del procedimiento que, no obstante, siguió adelante y en el que el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York dictó Sentencia el 16 de abril de 1984, declarando disuelto el matrimonio por razón del trato cruel e inhumano infringido al demandado —a quien se confía la custodia de los hijos— por la demandante, según resulta de los hechos que se consideran probados y entre los que se incluyen el mantenimiento por la actora de relaciones sexuales con personas distintas al demandado, inclusive, pero no limitadas a actos incestuosos y lésbicos, cometidos en presencia de los hijos, la amenaza de muerte al demandado dirigido por la actora, a través del pariente de un vecino que, a su decir, era miembro de la Mafia; el abandono del hogar marital por la actora y la imposibilidad para el demandado de acceder y comunicarse con sus hijos a consecuencia de los obstáculos opuestos por aquélla.

Por Sentencia de 31 de mayo de 1984, el Tribunal Supremo del Estado de

Nueva York dictó diversas medidas complementarias sobre la propiedad de la casa marital, manutención de hijos y repartición de bienes personales.

b) Mediante escrito de 31 de octubre de 1984, la representación procesal de don S. C. interesó el reconocimiento y ejecución en España de las Sentencias dictadas en el procedimiento de divorcio por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York

Una vez iniciado el procedimiento de *exequatur*, doña E. C., por sendos escritos de 21 de junio y 11 de julio de 1985, demandó nulidad matrimonial ante el Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Madrid-Alcalá y separación conyugal ante el Juzgado de Familia número 22 de los de Primera Instancia de Madrid, oponiéndose al otorgamiento del *exequatur* por escrito de 3 de diciembre de 1985, en el que alegó rebeldía en el procedimiento de divorcio, falta de prueba de los hechos imputados por el Tribunal de Nueva York, únicamente sobre la base de la declaración del señor S. C., y presentación en España de las merítadas demandas de nulidad y separación.

Por Auto de 19 de marzo de 1986, la Sala del Tribunal Supremo, previa audiencia al Ministerio Fiscal, favorable al reconocimiento solicitado, declaró no haber lugar al otorgamiento del *exequatur* por considerar, en síntesis, que "sin vulnerar en lo esencial el principio que excluye la revisión del fondo de la decisión extranjera, viene permitido al Tribunal del foro, en defecto de tratado expreso que lo prohíba, aplicar en garantía de los derechos de la defensa la dimensión procesal del orden público, subsumible en la amplia dicción de la circunstancia tercera del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que concierne a la inexistencia de prueba sustentadora de la resolución cuyo *exequatur* se pretende, situación ante la cual el Juez del Estado requerido no puede dar por válida la anómala actividad en el campo probatorio como ha señalado voz autorizada de la doctrina científica, y, en consecuencia, esta Sala obligadamente ha de considerar que la resolución foránea, al acordar el divorcio contra una súbdita española a la que aparta del cuidado de sus hijos, se asienta en una inveraz imputación a la mujer de los más nefandos vicios para su dignidad de madre, hija y esposa, carente —como expuesto queda— de respaldo probatorio alguno a la luz de nuestro ordenamiento positivo". A esto se añade que la demanda de separación conyugal ante el Juzgado de Familia genera una situación de litispendencia que impone la repulsa de la solicitud de homologación; que la soberanía del Estado impide declinar en favor de Tribunales extranjeros la jurisdicción de los Tribunales españoles cuando uno de los litigantes tiene la nacionalidad española, y, por último, que, informada la regulación de las crisis matrimoniales en el Código Civil español por el principio del *favor filii*, resultaría quebrantada tal directriz de accederse a la entrega de los menores a su padre.

3. En la demanda de amparo se alega la infracción del artículo 24 de la Constitución por violación del derecho "a gozar de una defensa positivamente contradictoria, con todas las garantías de un proceso debido y disponiendo de las necesarias oportunidades procesales, quedando, en consecuencia, indefenso" el recurrente.

En síntesis, la vulneración de derechos fundamentales cuya reparación se solicita se entiende producida porque la Sala Primera del Tribunal Supremo denegó el *exequatur* entrando en el fondo del asunto, valiéndose de procedimientos en curso, como el de separación y nulidad matrimonial promovidos en España por la actora, basando su fundamentación en un proceso, el de nulidad ante el Tribunal Eclesiástico de Porstmouth, no alegado por la parte promovente

del *exequatur*, todo ello sin haber abierto un periodo probatorio o cuando menos de alegaciones que permitiese al ahora recurrente el beneficio de la contradicción y de la igualdad procesal, evitando su indefensión.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha decidido denegar el amparo solicitado por el esposo que pedía el *exequatur*, confirmando la Sentencia del Tribunal Supremo.

Así lo razona en los siguientes,

*Fundamentos jurídicos.*—1. En el presente recurso de amparo se impugna el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1986, por el que se deniega el *exequatur* a dos Sentencias del Tribunal Supremo de Nueva York, Condado de Richmond, una de fecha 16 de abril de 1984, por la que se decreta el divorcio del recurrente, y otra de 31 de mayo del mismo año, por la que se dictan medidas complementarias relativas a dicho divorcio. El recurrente alega que el Auto impugnado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 de la Constitución). La supuesta vulneración de esos derechos se habría producido porque la resolución del Tribunal Supremo deniega el *exequatur* por entender que las Sentencias del Tribunal de Nueva York son incompatibles con el orden público del foro, y para llegar a esta conclusión el Tribunal Supremo español se excedió, según el demandante de amparo, en el ejercicio de su función homologadora, revisando el fondo del asunto y teniendo en cuenta alegaciones y documentos expuestos por la parte contra quien se dirigió la ejecutoria. Además, el Tribunal Supremo no dio traslado de dichas alegaciones y documentos al solicitante del *exequatur*, e infringió así los principios de audiencia y contradicción, privando de toda posibilidad de defensa al citado solicitante y ahora recurrente en amparo.

2. Antes de entrar en el examen del caso concreto planteado, conviene recordar la doctrina de este Tribunal relativa al *exequatur* de Sentencias y resoluciones judiciales extranjeras. Las Sentencias 43/1986 y 94/1984 han señalado que el examen de los requisitos que derivan del orden público del foro, la homologación del cumplimiento de tales requisitos y la interpretación de las normas que las establecen son cuestiones de legalidad ordinaria en sentido estricto y como tales están atribuidas de forma exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional no puede ni debe entrar en ellas, salvo en el supuesto de que se vulnere un derecho fundamental susceptible de amparo.

3. Hay que precisar también, con carácter previo al análisis de la cuestión planteada, que el demandante alega como vulnerados los derechos fundamentales que son, como antes se ha dicho, el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, y al derecho a un proceso con todas las garantías. Esta última vulneración se habría producido por la falta de audiencia y contradicción en el procedimiento seguido sobre el *exequatur* solicitado. Pero estas supuestas violaciones del derecho a un proceso con todas las garantías suponen, en realidad, una forma de indefensión, como señala la STC 176/1985. Por ello, debe considerarse la violación alegada sobre este punto englobada dentro de la garantía más específica del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. La presente Sentencia se centrará por tanto en la pretendida vulneración de ese derecho de defensa.

4. El demandante reprocha, en primer término, al Auto impugnado el exceso en el que, a su juicio, habría incurrido el Tribunal Supremo al haberse examinado la prueba realizada ante el Tribunal de Nueva York. En el Auto impugnado se dice, en efecto, que los hechos sobre los que se basa la resolución del Tribunal

extranjero no fueron objeto de una mínima prueba, lo que es contrario al orden público español e impide la concesión del *exequatur*, de acuerdo con el artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que exige para dicha concesión que “la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España”. Pero, como señaló la STC 43/1986, aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución sólo alcanzan plena eficacia allí donde se ejerce la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras (incluidas también las judiciales) que supongan vulneración de aquellos derechos y libertades públicos. El orden público del foro ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, para lo que aquí interesa, por las que impone su artículo 24.

Estas exigencias no suponen sólo que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía (art. 954.2 LEC). Requiere también en aplicación del apartado 3.º del mismo artículo 954 de la LEC que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, tenga en cuenta las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución, de forma que dicha ejecución no se convierta en un medio para enervar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello no comporta que el Tribunal español pueda revisar el fondo del asunto, pero le permite comprobar si, al dictar la resolución cuya ejecución se solicita, se han respetado las garantías previstas en nuestra Constitución.

Entre esas garantías, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, se incluye sin duda la de que las decisiones judiciales que resuelven el fondo del asunto contengan los hechos en que se basa la decisión y que esos hechos hayan sido objeto de prueba suficiente. En cuanto esta exigencia está contenida entre las que impone el artículo 24.1 de la Constitución, nada impide que los Tribunales la consideren incluida en el orden público del foro. Comprobar si en la resolución extranjera se cumple con esa exigencia de que se ha realizado una prueba razonable de los hechos no tiene por que implicar una revisión del fondo del asunto y no desborda, en consecuencia, la función homologadora que corresponde al Juez del *exequatur*.

6. Esto es lo ocurrido en el Auto que se impugna. El Tribunal Supremo deniega el *exequatur* principalmente porque considera en su segundo fundamento de Derecho que para acreditar los hechos determinantes de la concesión de divorcio no constaba que se hubiese practicado en el procedimiento de origen prueba alguna. Ello resultaba especialmente relevante en cuanto a la esposa se le atribuía una conducta de indudable gravedad, como era la práctica de relaciones heterosexuales, homosexuales e incestuosas, e incluso había perpetrado amenazas de muerte al marido a través de un supuesto miembro de la Mafia. El Auto recurrido entiende que esa falta de prueba de los hechos en que se basa la decisión de conceder el divorcio es incompatible con el orden público del foro en el que se incluye las garantías reconocidas en el artículo 24 de nuestra Constitución. El Tribunal Supremo ha llegado a esa conclusión en una resolución suficientemente motivada y que entra dentro de la competencia de la jurisdicción ordinaria, como antes se ha dicho. Y este Tribunal Constitucional, con independencia del juicio que pueden merecer algunos de los razonamientos y afirmaciones contenidas en el Auto recurrido, no puede revisar la interpretación que del artículo 954 de la LEC y de los requisitos del orden público del foro ha hecho el Tribunal a quien legalmente corresponde decidir sobre el *exequatur*.

7. Tampoco puede aceptarse el otro reproche que el recurrente formula contra el Auto impugnado y que consiste en sustancia, como se señaló en un principio, en que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta para denegar el *exequatur* hechos que no fueron aportados al procedimiento por el solicitante del mismo, sino por el propio órgano judicial y por la parte contra quien se instó el procedimiento, es decir, por la esposa. A esta última, según el recurrente, no sólo se la oyó, conforme a lo dispuesto en el artículo 956 de la LEC, sino que, además, se le concedió unilateralmente un período de prueba.

8. Del examen de las actuaciones remitidas por el Tribunal Supremo y demás datos que constan en Autos resulta que, en efecto, la representación de la esposa, al cumplimentar el trámite de audiencia que se le concedió en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 956 de la LEC, acompañó diversos documentos a los que se refiere la resolución impugnada sin que se abriera un período de prueba. Ahora bien, nada impide que en el procedimiento del *exequatur*, tanto el solicitante de la ejecución al pedir ésta, como la parte contra quien se dirige la ejecutoria, al formular sus alegaciones, aporten datos y documentos que podrán ser valorados por el Tribunal a la hora de decidir si se cumplen o no los requisitos exigidos para autorizar o denegar la ejecución en España de la resolución extranjera. Ello no requiere un debate contradictorio ni la apertura de un período probatorio. El procedimiento de *exequatur* no es un procedimiento contencioso articulado sobre una demanda, sino un trámite de homologación. Por ello la situación procesal de la parte contra quien se pretende ejecutar no es tanto la de un demandado cuanto la de quien, junto al Ministerio Fiscal, coopera en la verificación que ha de hacer el Tribunal español de las condiciones de que depende la concesión del *exequatur* y en la comprobación de que el interés de quien lo solicita coincide con el del Estado del que se pide su concesión.

9. Se comprende así que ni el artículo 956 de la LEC ni la aplicación que de él hizo el Tribunal Supremo sean contrarios a los derechos reconocidos por la Constitución. El Tribunal Supremo no hizo otra cosa que, sin abrir período probatorio alguno, dar audiencia a la parte contra la que se dirigía la ejecutoria por término de nueve días, como ordena la Ley. Y a la vista de los escritos de los interesados y de la documentación acompañada, decidió sobre la acomodación de las Sentencias cuya ejecución se pedía a los requisitos exigidos por la LEC. La decisión fue negativa por estimar que no habían existido en el proceso de origen las pruebas necesarias para acreditar los hechos en que se fundaban las partes dispositivas de las Sentencias extranjeras, y que esta audiencia de prueba era contraria al orden público del foro, cuya interpretación es, como ya se ha dicho, competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

10. Finalmente, la apreciación por el Tribunal Supremo de la litispendencia y de la competencia exclusiva de los tribunales españoles para denegar el *exequatur* entra en el ámbito de la legalidad ordinaria, cuyo conocimiento incumbe al tribunal que la aplica, pero no al Tribunal Constitucional.

*Sentencia de 1 de febrero de 1990.*—ADMISION DEL RECURSO DE AMPARO.—Es requisito imprescindible que en proceso precedente se haya invocado el derecho constitucional que se considera vulnerado. No se trata de un requisito formal, sino que responde al carácter subsidiario que tiene el recurso de amparo en la Constitución.—Sala 1.ª—Ponente: Sr. García-Mon y González-Regueral.

*Hechos.*—Presentada la demanda ejecutiva ante el Juzgado de Primera Instancia de Betanzos contra la Sociedad "M. F. de M., S. A.", con domicilio social en Betanzos, el Juzgado, por Auto de 1 de septiembre de 1982, admitió a trámite la

demanda, ordenando despachar la ejecución solicitada contra los bienes de la referida Sociedad y se llevó a efecto el embargo sobre una nave industrial perteneciente a la misma, designándose “depositario de tales bienes al mismo deudor, señor M. V.” (folio 13); a continuación se persona en los autos, mediante poder otorgado por don A. M. V., “en representación de la Sociedad Anónima ‘M. F. de M., S. A.’” (folio 16), el Procurador de los Tribunales don Antolín Sánchez Fernández, quien no lo hace en nombre de la Sociedad que, con la denominación citada, figuraba como otorgante del poder, sino “en nombre y representación del ‘M. F. M. F. de M., S. A.’”, oponiéndose a la demanda ejecutiva en virtud de una serie de excepciones de las que, a los efectos del amparo que ahora solicita, hay que destacar la siguiente: “Quinta excepción. Defecto legal en el modo de proponer la demanda, en base a lo establecido en el artículo 1.439 de la LEC, en relación con el artículo 524, al no fijar con precisión la persona del demandado.” Se sostiene en esta excepción que es ella, la Sociedad personada en el proceso, la aceptante de las letras y, por tanto, la que debió ser demandada, y no la Sociedad que realmente lo ha sido —la otorgante del poder— y que tiene la misma razón social, pero sin ir precedida de las iniciales M. F. que ostenta en su denominación la Sociedad comparecida. Se plantea así por primera vez en el proceso judicial el tema que ahora sirve de base al recurso de amparo, y se hizo con el carácter de una de las excepciones procesales opuestas sin atribuir a la misma decisión constitucional alguna (folio 19). El procedimiento siguió su curso y todos los escritos dirigidos al Juzgado se encabezan en nombre de la Sociedad recurrente en amparo, es decir, la que va precedida de las iniciales M. F.; el Juzgado dictó Sentencia el 7 de diciembre de 1984 y en el considerando cuarto se refiere a la citada excepción respecto de la cual, después de señalar su inviabilidad como tal excepción en el juicio ejecutivo, pues debió plantearse “en forma de recurso de reposición contra el Auto de admisión de la demanda y despachando la ejecución”, afirma que “lo cierto es que la entidad ejecutada está perfectamente identificada en la demanda, ya que ningún equívoco ha provocado la omisión de las letras M. F. que anteceden a la razón social de la entidad, que es lo que exige el artículo 524 de la LEC, a los efectos de que la relación jurídico-procesal quede válidamente constituida”. La Sentencia estima la demanda ejecutiva y manda seguir adelante la ejecución. Contra esta Sentencia interpuso recurso de apelación la Sociedad “M. F. M. F. de M., S. A.” —la recurrente en amparo—, mediante escrito de 13 de diciembre de 1984 (folio 77), en el que no se hace referencia alguna al artículo 24 de la Constitución y, admitida la apelación en ambos efectos, se elevaron los Autos a la Audiencia Territorial de La Coruña.

En el rollo formado por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial para sustanciar la apelación, aparece al folio 7 el poder otorgado a Procuradores por don A. M. V., “en nombre y representación de la Sociedad denominada ‘M. F. M. F. de M., S. A.’”, y en virtud de las facultades otorgadas en el mismo comparece ante la Sala el Procurador de los Tribunales don Rafael Pérez Lizarriturri, “en nombre y representación de ‘M. F. de M., S. A.’”, y, así, la representación de esta Sociedad (sin las iniciales M. F. con las que había actuado en primera instancia y había interpuesto la apelación) actúa en toda la segunda instancia. La identidad real entre ambas Sociedades en que se había fundado la Sentencia de instancia para rechazar la excepción y que aparece ratificada por ella con los poderes presentados en la instancia y en la apelación no se combate en la alzada como una cuestión que, por vulnerar el artículo 24 de la Constitución, hubiera de ser corregida en la Audiencia, sino que, por el contrario, la recurrente en amparo

“con sus propios actos”, como señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, admite esa identidad, sin la cual ni hubiera podido comparecer en la apelación ni utilizar un poder otorgado por la Sociedad, cuya razón social está precedido por las iniciales M. F. Pero es que, además, pese a lo afirmado en el hecho 7.º de la demanda de amparo, no hay en el rollo de la apelación ningún escrito de la recurrente en amparo en el que se denuncie la infracción del artículo 24 de la Constitución. Por el contrario, a los folios 47 y siguientes del rollo, aparece el escrito al que se refiere la recurrente de fecha 30 de abril de 1985, en el que —sin referencia alguna al artículo 24 de la CE— en nombre de “M. F. de M., S. A.”, solicita que para levantar el embargo causado en bienes de la Sociedad del mismo nombre, pero precedido de las iniciales M. F., se permita presentar aval bancario que garantice el pago de las cantidades objeto de la ejecución. Y, efectivamente, al folio 60 del rollo, figura el aval del Banco de Santander prestado en favor de la Sociedad “M. F. M. F. de M., S. A.”, por la cuantía de la ejecución (principal y costas). Finalmente también figura en el rollo de la apelación un escrito de fecha 10 de mayo de 1985 (folios 56 y 57), en el que el Procurador de la apelante, don Rafael Pérez Lizarriturri, esta vez en nombre de “M. F. M. F. de M., S. A.”, “en la representación que tiene acreditada en la apelación 30/85”, es decir, de la misma Sociedad, pero sin las iniciales citadas, trata de presentar ante la Sala las copias de las dos escrituras públicas de constitución de una y otra Sociedad [las reseñadas en el antecedente 1.º, apartado a), de los antecedentes de esta Sentencia], para, acreditando lo que ella misma viene desmintiendo a todo lo largo del proceso, solicitar que demostrada “la independencia absoluta entre ambas Sociedades”, se ha producido en las actuaciones “un defecto insubsanable y que en tal sentido habrá de pronunciarse, en su día, la Sala”. Tampoco en este escrito se hace alusión alguna al derecho fundamental que ahora se denuncia en el recurso de amparo. La Sala, por providencia de 21 de mayo de 1985, ordenó no haber lugar a lo solicitado por el Procurador señor Pérez Lizarriturri, “al que se le devuelven las escrituras presentadas sin dejar nota”. No recurrida esta providencia y celebrada la vista el 13 de noviembre de 1987 (folio 77), en la que tampoco fue aludido el artículo 24 de la Constitución, la Sala dictó Sentencia el 20 de noviembre de 1987, por la que, por los fundamentos de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Betanzos en todas sus partes.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional deniega el amparo declarando además que esta forma de actuar carente de la mínima buena fe exigible al ejercicio de los derechos (arts. 7 del Código Civil y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) hace de obligada aplicación al caso la imposición de costas y la sanción máxima que determinan los apartados 2 y 3 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

*Fundamentos jurídicos.*—Primero. La Sociedad demandante en el procedimiento ejecutivo de que trae causa el presente recurso de amparo “B. E. de C., S. A.”, se ha personado como parte recurrida o demandada en este proceso constitucional y se opone al recurso por las razones de fondo que, coincidentes con lo que resulta acreditado en las actuaciones judiciales, muestran que la Sentencia recurrida no ha incidido en la incongruencia que se denuncia y que, por tanto, no se ha producido la indefensión alegada por la recurrente con invocación del artículo 24 de la Constitución. Después de hacer estas alegaciones de fondos de las que se deduce que la Sentencia recurrida no ha quebrantado el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, señala en el hecho octavo de su escrito de

oposición al recurso que la Sociedad demandante “no ha cumplido el requisito previo al amparo constitucional contenido en el artículo 44.1 c) de la LOTC, pues entiende que la parte recurrente no ha invocado dentro del proceso el derecho constitucional vulnerado”.

En el tercero de los fundamentos jurídicos se cita como incumplido el citado precepto de la LOTC, y, con base en ello, se solicita en primer lugar que se declare no haber lugar al recurso de amparo por incumplimiento de dicho requisito y, de no entenderse así, la desestimación de la demanda por no haberse vulnerado por la Sentencia recurrida el artículo 24.1 y 2 de la Constitución, alzándose en todo caso la suspensión de la ejecución acordada en este proceso.

Se plantea, pues, como motivo de oposición al recurso, uno de los supuestos que, conforme al artículo 50.1 de la LOTC, son causa de inadmisión de la demanda; concretamente la del apartado a) de dicho precepto en relación con el artículo 44.1 c) de la citada Ley. Ha de examinarse, por tanto, con carácter previo al problema de fondo planteado, si concurre o no en la demanda el citado defecto, toda vez que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, una vez admitida a trámite la demanda por no haberse detectado en la fase de admisión de la misma la existencia de algún supuesto de inadmisibilidad, las causas de inadmisión operan como motivos de desestimación de la demanda.

A tal efecto, ha de comprobarse en primer lugar lo que resulta de las actuaciones judiciales en orden a si se ha “invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”, que es uno de los requisitos establecidos en el artículo 44.1 de la LOTC, concretamente en su apartado c), para que los recursos interpuestos por violación de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional “que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial” puedan dar lugar a este recurso. Como ha repetido este Tribunal en numerosas resoluciones, no se trata de un mero requisito formal, sino que responde al carácter subsidiario con que la Constitución ha configurado el recurso de amparo en el artículo 53.2 y que, en adecuación a este precepto constitucional, se regula en la LOTC, respetando dicha naturaleza subsidiaria mediante la exigencia de unos requisitos —los del art. 44.1— que no establecen para la impugnación de los actos o resoluciones de otros poderes públicos que hayan producido análogas violaciones de los derechos y libertades susceptibles del amparo constitucional.

La comprobación de lo que resulta de las actuaciones judiciales para determinar si se ha planteado ante los órganos judiciales el problema constitucional que ahora se denuncia en amparo, en términos que les permitieran conocer y, en su caso, corregir la violación que se invoca, resulta doblemente necesaria en el presente caso, porque al tema, antes de ser planteado por la representación procesal del B. E. de C., se había referido en su demanda la Sociedad recurrente, al afirmar en el hecho 7.º de la misma que en un escrito dirigido por ella a la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña “se invoca el derecho constitucional vulnerado de la tutela efectiva”. Afirmación que, como veremos a continuación, queda desmentida por lo que resulta de las actuaciones judiciales y de la posición y alegaciones que han mantenido durante toda la tramitación del proceso de la Sociedad recurrente.

Hemos expuesto como la máxima precisión todos los antecedentes que, relacionados con el problema suscitado en el recurso de amparo, resultan de las actuaciones judiciales, no sólo para poner de relieve que, como señala la demanda, no se ha invocado en el proceso, tan pronto como pudo serlo, el derecho

fundamental que se entiende vulnerado, sino que, en lugar de dar cumplimiento a dicha exigencia, ha sido ella misma la que con su actuación y documentos presentados en el procedimiento ejecutivo, ha subsanado cualquier defecto que en orden a la identificación de la Sociedad demandada se hubiera podido producir en la demanda ejecutiva.

La demanda, por tanto, ha de ser desestimada por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44.1 c), de la LOTC y porque la violación denunciada del artículo 24.1 y 2 de la Constitución, de haberse producido, sería imputable exclusivamente a la conducta procesal de la recurrente en amparo que, utilizando a su antojo una u otra denominación social, ha creado un confucionismo inexistente en la realidad, ya que, como afirma la Sentencia del Juzgado, desde el primer momento ha quedado perfectamente identificada en el procedimiento ejecutivo la Sociedad demandada en el mismo y se ha trabado correctamente las relaciones jurídico-procesal.

La desestimación de la demanda por estos motivos hace innecesario el examen del problema de fondo planteado que, por otra parte, se funda en hechos y razonamientos que, como hemos visto, se contradicen con lo que resulta de las actuaciones judiciales.

*Segundo.*—El artículo 95 de la LOTC dispone en su número 2 que “el Tribunal podrá imponer las costas que se derivaren de la tramitación del proceso a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, si apreciare temeridad o mala fe”. Y en el número 3 del mismo precepto faculta al Tribunal para imponer una sanción de 5.000 a 100.000 pesetas “a quien formulare recursos de amparo con temeridad o abuso de derecho”.

Las circunstancias previstas en los números 2 y 3 del artículo 95 concurren de forma manifiesta en el presente recurso. Se han ocultado en la demanda de amparo circunstancias y actuaciones que, acreditadas en los Autos y en rollo de la apelación, según hemos visto en el fundamento anterior, se han producido por su propia actuación en el proceso, tanto por los documentos por ella presentados, como por los escritos que ha dirigido a los órganos judiciales. Como ejemplo de estas omisiones, merced a los cuales ha conseguido la admisión a trámite de la demanda y la suspensión de la Sentencia recurrida, citaremos por su mayor relevancia las siguientes:

En primer lugar es incierto lo afirmado en el hecho 7.º de la demanda de amparo sobre la invocación ante la Audiencia del derecho fundamental que estima vulnerado; en segundo término aporta con la demanda de amparo las dos escrituras públicas de constitución de Sociedades que han quedado reseñadas en los antecedentes 1.º, apartado a), de esta Sentencia, ocultando que habían sido presentadas ante la Audiencia y rechazadas por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña en virtud de providencia que había sido aceptada por la propia recurrente. Planteaba así ante este Tribunal un problema de incongruencia por omisión, causante de la indefensión alegada, pero ocultando que el tema había sido planteado y resuelto por la Sentencia del Juzgado en términos que motivaron el rechazo por la Audiencia de dichos documentos y, finalmente, ocultó en la demanda de amparo que la Sociedad recurrente “M. F. M. F. de M., S. A.”, se había personado en la primera instancia del procedimiento ejecutivo en virtud de un poder otorgado por la Sociedad que no lleva dichas iniciales (M. F.) en su denominación, y que en la segunda instancia la Sociedad recurrente había actuado en sentido inverso, es decir, compareció en la alzada

con un poder otorgado por la Sociedad, en cuya razón social figuran las siglas M. F. y se personó en nombre de la Sociedad que no lleva esas iniciales en su denominación. Los dos poderes habían sido otorgados por la misma persona, don A. M. V., que actuaba indistintamente en nombre de una u otra de las Sociedades que la recurrente califica de "distintas y absolutamente independientes".

F. C. D.

## II. Resoluciones de la Dirección General

POR ROSA NAVARRO DÍAZ,  
VICENTE CARBONELL SERRANO  
y GALO RODRÍGUEZ TEJADA

*GASTOS COMUNES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL; PREFERENCIA.—LA FALTA DE ANOTACION DE LA DEMANDA EN EL MOMENTO ADECUADO MOTIVA QUE AQUELLAS CANTIDADES FUERAN PERDIENDO LA COBERTURA A MEDIDA QUE TRANSCURRIA EL TIEMPO Y DESAPARECIENDO POR COMPLETO AL PASAR UN AÑO SEGUN EL ARTICULO 9-5 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL (RESOLUCIÓN DE 1 DE JUNIO DE 1989).*

*Hechos.*—I. En juicio de menor cuantía número 865/1984, iniciado por demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios del edificio sito en la plaza de Zaragoza, número 18, de Valencia, el día 17 de mayo de 1984, ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de dicha ciudad, recayó Sentencia, en 12 de noviembre de 1984, por la que se condenó a la "C. M. C. A. C., S. A.", en situación de rebeldía, a que pagase a la citada Comunidad la cantidad de 204.238,38 pesetas en calidad de gastos comunes devengados en cuanto propietaria de las viviendas números 1 y 2 del edificio, fincas registrales números 1.224 y 1.225, desde el cuarto trimestre de 1981 al último trimestre de 1983, ambos inclusive. En el fallo de la Sentencia se declaró también, en vista del estado de suspensión de pagos de la Compañía Mercantil, declarado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Sevilla, el carácter de crédito preferente de la Comunidad demandante en cuanto a la parte correspondiente a las anualidades de 1982 y 1983, de acuerdo con lo dispuesto en el número 5 del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Instada la ejecución de la Sentencia, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia, mediante auto negó la ejecución, basándose en que la cantidad objeto de la condena debía reclamarse en el expediente de suspensión de pagos, dado que los inmuebles cuyo embargo se solicitaba pertenecían a la masa activa del procedimiento concursal. Apelado dicho auto, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, con fecha 2 de diciembre de 1985, dictó auto en el que revocó al del Juzgado de Primera Instancia y resolvió que se procediera al embargo de las dos viviendas propiedad de la demandada, para responder solamente de la parte del crédito declarado preferente por la Sentencia antes mencionada. El 2 de mayo de 1986 fue solicitada la ejecución del citado auto, y el 4 de junio del mismo año se acordó por el Juzgado de Primera Instancia

antes referido declarar embargadas las dos viviendas mencionadas y librar mandamiento al Registrador de la Propiedad para la correspondiente anotación preventiva, y debido a la imposibilidad de notificar el embargo a la Empresa demandada por haber desaparecido de su domicilio en Sevilla, se dilató la expedición del mandamiento hasta el día 17 de octubre de 1986, y siendo presentado en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Valencia, el día 21 de noviembre de 1986 fue suspendida la anotación preventiva por el defecto subsanable de no contenerse la salvedad de no llegar a la ejecución del embargo, mientras no haya terminado el expediente de declaración de suspensión de pagos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley de 26 de julio de 1922 y a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 15 de febrero de 1962, 16 de noviembre de 1968, 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 y 23 de noviembre de 1973.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia, el día 11 de febrero de 1987, a instancia de la parte actora, expidió nuevo mandamiento, complementario del anterior, haciendo constar el carácter privilegiado del crédito, que había sido resuelto definitivamente por el auto citado de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

II. Presentado el citado mandamiento en el Registro de la Propiedad número 3 de Valencia, fue calificado con la siguiente nota: "Examinado el precedente mandamiento y su adición, presentados en este Registro de la Propiedad número 3 de Valencia, el 19 de febrero pasado, se *deniega* la anotación preventiva de embargo en él decretada en cuanto se pretende que lo sea de un crédito singularmente privilegiado y haciendo constar su carácter de tal, pues aunque se pretenda que el crédito perseguido está revestido de la trascendencia real que sanciona la Sala Primera de lo Civil de esta Audiencia Territorial en segunda instancia, y que además proclama el fundamento 2 de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de febrero de 1987 (*Boletín Oficial del Estado* del 18), es lo cierto que, conforme a los fundamentos 3 y 4 de la indicada Resolución, el carácter preferente del crédito ejecutado en cuanto a las anualidades de 1982 y 1983, tanto en perjuicio de anteriores anotantes de embargos como en perjuicio del conjunto de acreedores a que se refiere la anotación de Suspensión de Pagos, tal trascendencia real ha perdido operatividad registral, toda vez que la demanda de fecha 17 de mayo de 1984, reclamando el pago de los gastos de comunidad de los años 1982 y 1983 no fue objeto de anotación preventiva conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, habiendo transcurrido con exceso desde entonces las dos anualidades a que como máximo alcanza el privilegio de los gastos reclamados conforme al artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal, privilegio que por esta razón y, frente al Registro, se ha desvanecido. Practicada en cambio la anotación, *sin hacer constancia expresa del carácter privilegiado* del crédito, y además en aplicación de la doctrina que se desprende de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero pasado (*Boletín Oficial del Estado* de 5 de marzo de 1987, fundamentos 8.º y 9.º), el tomo 1.274, libro 95 de Mar, folios 129 y 127, fincas números 1.224-N y 1.225-N, respectivamente, anotaciones letras I y J.—Valencia, 12 de marzo de 1987.—El Registrador, firmado: *Jaime Mayor Martínez*".

El Procurador de los Tribunales don Francisco Roca Ayora, en representación de la Comunidad de Propietarios del edificio sito en plaza de Zaragoza, número 18, de Valencia, interpuso recurso gubernativo, y alegó: 1.º Que la calificación del Registrador pretende que el crédito cuya anotación se solicita, objetivamente considerado, ha perdido la preferencia que se reclamó en la demanda y fue

reconocida por Sentencia judicial y por autos de la Audiencia Territorial, ya que no se dice que en el Registro de la Propiedad aparezca inscripción o anotación alguna que merezca la calificación de tercero o que ostente privilegio alguno frente al crédito mencionado. Además, se llega a la incongruencia de practicar la pretendida anotación, pero desvirtuándola del privilegio específico que le fue reconocido en su momento, cuando en la demanda ya se hizo alusión, al expediente de suspensión de pagos, con expresa oposición al contenido del mandato judicial que la ordenaba. Por tanto, tal modo de actuar se considera contrario a derecho. 2.º Que la primera infracción que se detecta en la nota de calificación es la expresa desobediencia al mandato judicial que ordena la anotación preventiva. 3.º Que el Registrador se excede de su función calificadora, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Una cosa es el criterio del funcionario calificador y otra muy distinta el que éste se oponga a cumplir un mandato judicial recaído después de una serie de resoluciones que lo fundamentan sin error de la interpretación posible. 4.º Que en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de febrero de 1987, fundamento jurídico de la calificación que se recurre, se observa que la tesis sustentada en ella tiene directa relación con la aparición de un tercero de buena fe, lo que no sucede en el caso contemplado en este recurso, sino que, por el contrario, tal pretendido tercero registral no existe. Quizá la confusión esté en considerar que los acreedores de la Entidad suspensa son tales terceros, pero ello es un error. En primer lugar, desde el punto de vista civil, el tercero siempre es alguien concreto, no una mera colectividad; en segundo lugar, desde una perspectiva estrictamente registral, el tercero registral no puede nunca traer causa del mismo deudor o causante, y, por último, los derechos del tercero han de recaer sobre un bien concreto, y 5.º Que con una actuación así se está desvirtuando el contenido de la normativa legal, donde se establece la preferencia de los créditos dimanantes de la Ley de Propiedad Horizontal, en los propios términos que de ella resultan. Además, la segunda calificación del Registrador queda vinculada al contenido de la primera, puesto que se trata de la misma cuestión y se aplica como fundamento de la calificación recurrida una Resolución que no existía al tiempo de la primera calificación, además que la objeción que se opone en ésta desaparece de inmediato, cuando en realidad las causas que la motivaron no han desaparecido. Por otro lado, no se toma en cuenta el texto de la propia Ley, y salvo error o inscripción desconocida para el recurrente en el Registro no consta inscrito ningún título con un privilegio superior. Que, por todo ello, debe revocarse la calificación que se recurre y procede declarar que debe anotarse el mandamiento expedido en sus propios términos, incluido el privilegio que en él se reconoce al crédito, cuya anotación se ha practicado. Que como fundamentos de derecho de cuanto antecede hay que señalar: I. El párrafo 5.º del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal, que establece una responsabilidad similar a la que la Ley recoge y declara para la Contribución Territorial Urbana y demás impuestos indirectos que gravan la propiedad de un bien concreto; y, por tanto donde la Ley no distingue no se debe distinguir. II. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Actuar de otro modo distinto, se considera tanto como conculcar el principio de tutela judicial recogido en el artículo 24 de la Constitución Española y la resolución de tal índole deviene nula por exceso de función. Este criterio viene determinado en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de mayo de 1944, y no se puede decir que en este caso se está aplicando la doctrina de la Resolución de 29 de marzo de 1944, ya que ésta hace concordar la cuestión relativa a los obstáculos registrales con la congruencia del mandato

y naturaleza del juicio, y en este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1986.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en el momento de extenderse la nota recurrida, las fincas registrales números 1.224 y 1.225 se hallaban afectas a tres anotaciones preventivas de embargo y la anotación de tenerse por solicitada la suspensión de pagos de "C. A. C., S. A.". Que aunque la nota de calificación contra la que cabe el recurso, única y exclusivamente puede ser la segunda, del examen del escrito del recurrente, no se sabe realmente a cual de las dos notas de calificación se refiere aunque parece que las quiere vincular y unir para atacar las dos conjuntamente. Por ello hemos de diferenciar ambas notas, pues aunque se refieren al mismo asunto, ésta estaba en los dos casos diferentemente planteado: I. En cuanto a la primera nota.—Se calificó el mandamiento presentado, contemplándolo como que ordena la anotación de embargo a favor de la Comunidad de Propietarios, por una cantidad que no se dice ni que sea por gastos de comunidad, ni a qué período se refieren los gastos, solamente luego de la inserción de la providencia y a continuación de la descripción de las fincas, se dice que es por gastos de comunidad y que todas las cantidades han sido declaradas de carácter preferente, pero sin acreditarse en modo alguno; ante todo ello y constando en el Registro las anotaciones antes mencionadas, atendiendo al mandamiento y a lo que resulta del Registro, y siguiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado imperante en el momento, se emitió la calificación en el sentido que se deduce de la nota correspondiente. II. En lo referente a la segunda nota.—El anterior mandamiento vuelve a presentarse en el Registro con una adición en la que justifica que los gastos de comunidad a que se refieren las cantidades por las que se embargan las fincas, son las anualidades de 1982 y 1983, y que por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia se declaran como créditos privilegiados y preferentes. El que las dos anualidades son un crédito preferente, ya lo declaraba la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, en su artículo 9, 5.º, párrafo 2, y lo reconoce unánimemente la doctrina, y en el caso que nos ocupa lo sanciona la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial. Pero una cosa es el privilegio y otra la actuación. Cuando dice la Ley que las anualidades declaradas preferentes son la última y la parte vencida de la corriente, está refiriéndose a períodos de tiempo, y es obvio que pretender en 1987 que la última y la corriente sean las anualidades de 1982 y 1983 no es admisible; cuando se iniciaron las actuaciones y se entabló demanda en 1984, lo serían, pero cuando se pretende el embargo, al presentarse el mandamiento y su adición de 19 de febrero de 1987, ha perdido por transcurso del tiempo su cobertura legal. Admitir lo contrario sería tanto como reconocer la posibilidad de aparecer en cualquier momento un gravamen oculto y eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario. Tal aparente contradicción puede armonizarse perfectamente como ha sancionado la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987. Que este informe es conforme a la doctrina de las Resoluciones antes citadas, debiéndose destacar lo establecido en el fundamento de derecho tercero de la fecha 9 de febrero de 1987. Que, por todo ello, no cabe pretender el 19 de febrero de 1987 la subsistencia de la cobertura real preferente que al tiempo de la demanda amparaba a las cantidades reclamadas. Que la falta de advertencia registral y de la anotación de la demanda en el momento adecuado, motiva que las cantidades reclamadas fueran perdiendo la cobertura que tenían a medida que transcurría el tiempo, y desapareciese, pasado el tiempo de

los dos años, desvaneciéndose por completo e imposibilitando el que en el Registro se haga constar el carácter de preferente y privilegiado que en su origen tuvo el crédito. Que no obsta que se anoten como créditos comunes, sin preferencia, aun habiendo una anotación de declaración de Suspensión de Pagos, porque la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado así lo permite, concretamente la Resolución de 20 de febrero de 1987, en los fundamentos de Derecho 8 y 9.

V. El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Valencia, informó: Que en la demanda no se ejercitaba ninguna acción real, sino una estrictamente personal de reclamación de cantidad, por lo que el demandante no podía utilizar el número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, sino los números 2 y 3 del mismo artículo. Que el tiempo es uno de los factores esenciales en la resolución de este recurso y la Comunidad de Propietarios ha intentado, desde que pudo hacerlo, anotar preventivamente los embargos y condición privilegiada de su crédito, y siempre ha encontrado obstáculos. El mero correr del tiempo sólo puede impedir el ejercicio de un derecho a través de la prescripción y de la caducidad. Que no puede ignorarse que en el suplico de la demanda se solicita, alternativa y condicionalmente, para el supuesto que la demandada estuviera declarada en suspensión de pagos, la condición preferente de las anualidades de 1982 y 1983, pero es dudoso que con esto se trate de constituir, declarar, modificar o extinguir cualquier derecho real, como dice el artículo 42, número 1 de la Ley Hipotecaria, y, por tanto, es improbable que se hubiera admitido y llevado a cabo la solicitud de una anotación preventiva de la demanda.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia revocó la nota del Registrador fundándose en que no era posible exigir a los recurrentes, como cauce adecuado a su pretensión de conseguir la anotación de embargo, la utilización del número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, por no ejercitarse una acción real, sino una de las personales que contemplan los números 2 y 3 del mismo precepto, por lo que ninguna dificultad cabe oponer a esta pretensión, habida cuenta que el transcurso del tiempo se ha producido por causas que justifican plenamente esa demora, y en que, además, los defectos subsanables se difuminan a la vista del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, en relación con el artículo 913 del Código de Comercio.

VII. El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que se estima no se está ante un problema de imputación de retraso procesal, sino ante la necesidad de cohonestar la justa pretensión del recurrente con los intereses de los demás titulares registrales y de la seguridad del tráfico en general. Que probablemente el principio de prioridad registral se salvaguarda mejor con la postura de rechazo a la constancia en los libros del Registro de un privilegio tardíamente aducido y de anómalos efectos si se actúa hasta las últimas consecuencias, y que con su acceso franco, puede conducir a saltarse de modo sorpresivo varias ejecuciones singulares y una colectiva que ya estaban en marcha.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 20, 114, 126 y 146 de la Ley Hipotecaria; 1.490, 1.516, 1.518 y 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 9 y 20 de la Ley de Propiedad Horizontal; 116, 117, 140, 175-2 y 223 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 20 de mayo de 1919 y 12 de julio de 1941 y las Resoluciones de 10 de diciembre de 1898 y 9 de febrero y 18 de mayo de 1987.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren los siguientes elementos definidores:

El 24 de mayo de 1984 se demanda al titular de dos pisos pertenecientes a un edificio en Régimen de Propiedad Horizontal el pago de su cuota de gastos comunes correspondientes a los años 1983, 1982 y último trimestre de 1981. El 13 de noviembre de 1984 se dicta Sentencia condenatoria declarando el carácter preferente de las anualidades 1982 y 1983 ante la situación jurídica de suspensión de pagos en que se encuentra el propietario.

Tras distintos avatares que no son del caso exponer se embargan los citados pisos el 4 de julio de 1986 y se despacha con fecha 17 de octubre de 1986 el correspondiente mandamiento ordenando su anotación y haciendo constar en ella el carácter preferente de las cantidades reclamadas. Este mandamiento fue calificado como defectuoso no siendo recurrida tal calificación en plazo oportuno.

Con fecha 11 de febrero de 1987 se dicta nuevo mandamiento complementario del anterior en el que se reitera el carácter privilegiado del crédito perseguido. Presentados ambos en el Registro son objeto de la nota calificadora ahora impugnada.

Sobre las fincas trabadas pesan tres anotaciones de embargo y una de suspensión de pagos.

2. La cuestión planteada es, pues, similar a la resuelta en las Resoluciones de este Centro Directivo de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987, y como en ellas es necesario abordar con carácter previo la naturaleza de la afección real establecida en el artículo 9, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Ciertamente, este gravamen tiene carácter preferente: sobre él no pueden prevalecer ni los derechos reales (ni siquiera importa que la propiedad del piso o local no sea ya del deudor) ni ningún otro derecho de crédito. Inscrito en el Régimen de Propiedad Horizontal consta ya suficientemente, aunque con cierta indeterminación, la carga de tal afección real preferente, que forma parte del contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso. Cualquier hipoteca o embargo sobre el piso o local ha de entenderse, por tanto, que únicamente tendrá eficacia en cuanto no menoscabe la eficacia de la afección real que por Ley es preferente.

3. En cuanto a su operatividad, producido el impago durante un período determinado, e instándose judicialmente la satisfacción de las cantidades debidas, todas las que están comprendidas en el límite temporal establecido, un año y la parte vencida de la anualidad corriente a contar desde el momento mismo de la demanda, estarán amparadas por dicha afección. Ahora bien, aun cuando tal afección no pueda hacerse valer inmediatamente porque las cantidades reclamadas no resulten de título con fuerza ejecutiva (art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 20 de la Ley de Propiedad Horizontal), y sea precisa una fase declarativa previa que conduzca a una Sentencia condenatoria al pago, no cabe duda que el momento determinante en el cómputo de las cantidades garantizadas por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal ha de ser el de presentación de la demandada en juicio declarativo, pues en tal instante el acreedor, Comunidad de Propietarios, agota todas las posibilidades legales a su alcance para obtener la satisfacción de su crédito. Ello plantea una importante dificultad; desde la demanda hasta el inicio de la ejecución y la anotación de embargo a que se refieren los artículos 921 y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esa afección genérica daría lugar en su aplicación singular a un gravamen oculto, eficaz frente a todos, en contra del principio de publicidad, fundamento y esencia de nuestro sistema hipotecario. Por ello, la correcta armo-

nía entre el legítimo derecho que por Ley corresponde a la Comunidad de Propietarios en su diligente actuación y las exigencias de seguridad del tráfico y certeza de las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, impone la necesidad de la constancia registral inmediata de aquella demanda, en lo relativo a las cantidades objeto de cobertura real, lo que para los supuestos en que no quepa el embargo preventivo (arts. 1.400 y 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) podrá alcanzarse a través de una anotación de las prevenidas en el artículo 42, párrafo 1, de la Ley Hipotecaria, por cuanto en dicha demanda se insta también el reconocimiento judicial de una singular aplicación de la afección real del artículo 9, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal para un periodo concreto.

Así la Comunidad de Propietarios mantendría la cobertura real de las cantidades impagadas diligentemente reclamadas.

4. Por todo ello, en el presente supuesto, no cabe pretender en 1987 la subsistencia de la cobertura real preferente que al tiempo de la demanda ostentaban las anualidades 1982 y 1983; la falta de constancia registral y de la anotación de la demanda en el momento adecuado, motiva que aquellas cantidades fueran perdiendo la cobertura aludida a medida que transcurría el tiempo y desapareciese por completo pasado un año, no natural sino computable conforme el Régimen de Propiedad Horizontal, tal como resulta de la inscripción de dicha demanda, no procediendo, por tanto, la consideración en las anotaciones de preferencia alguna por razón del artículo 9, 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso de apelación interpuesto, revocando el auto apelado y confirmando la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 1 de junio de 1989.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia.

## COMENTARIO

### I. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

La DGRN, al examinar el alcance del artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal, distingue dos cuestiones:

- Naturaleza jurídica de la “afección real”, y
- Operatividad de la misma.

El primer problema lo resuelve considerando tal afección como un “gravamen de carácter preferente”, que conforma el contorno ordinario del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso o local y que consta “suficientemente, aunque con cierta indeterminación” en la inscripción del régimen de Propiedad Horizontal.

Respecto a la operatividad de dicha afección real, resuelve que el momento determinante del cómputo de las cantidades garantizadas por la afección es el

de la interposición de la demanda en el juicio correspondiente; y qué exigencias de la seguridad del tráfico imponen la inmediata constancia registral de aquella a través de anotación preventiva de dicha demanda o de anotación preventiva embargo preventivo, en los casos en que proceda, dado que la falta de constancia registral motiva que las cantidades reclamadas van perdiendo cobertura a medida que transcurre el tiempo.

## II. PLANTEAMIENTO

La doctrina de la Resolución que estudiamos reitera criterios ya contenidos en las Resoluciones de 9 de febrero y 18 de mayo de 1987. La última de ellas fue estudiada detalladamente por JUAN PABLO RUANO en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 580.

En este trabajo formulamos una interpretación distinta de la naturaleza jurídica de la afección real prevista por el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal y una correlativa operatividad diferenciada de la que patrocina el Centro Directivo.

## III. NATURALEZA JURIDICA

El artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, cuyo último párrafo ha sido adicionado por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, establece:

“Serán obligaciones de cada propietario:

...Quinta. Contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.

Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere el propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la Comunidad de Propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes.

En la escritura por la que se transmita el piso o local a título oneroso deberá el transmitente declarar hallarse al corriente en el pago de los gastos o, en su caso, expresar los que adeudare; el transmitente a título oneroso, quedará sujeto a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local.”

El artículo 20 del mismo texto normativo añade:

“Las obligaciones a que se refiere el número quinto del artículo 9, serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinada por la Junta. Si no lo hiciera, será requerido de pago en forma fehaciente, y de no verificar éste en el plazo de quince días, se le podrá exigir por la vía judicial.”

El significado de la afección real que consagra la Ley de Propiedad Horizontal no es pacífico en la doctrina.

VENTURA TRAVESET precisa que esta afección es distinta a la hipoteca legal preferente que establece la Ley Hipotecaria en los números 6 y 7 del artículo 168. Añadiendo que no es obstáculo para su operatividad el que la finca haya pasado a poder de un tercer adquirente, si bien matiza que es necesario, para que surta efectos, su expresión en el Registro en forma de anotación de embargo. (*Derecho de Propiedad Horizontal*, cuarta edición.)

FERNANDO MARTÍNEZ GRANIZO la considera una garantía real que asegura un crédito singularmente privilegiado, preferente incluso al del Estado y al de los aseguradores. (*La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho Español*, Segunda edición.)

JOAQUÍN SAPENA sostiene que la afección que nos ocupa no es una hipoteca legal tácita. ("Los Organos de la Propiedad Horizontal: Forma y Eficacia de sus resoluciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 525.)

Algunos autores han considerado que la garantía objeto de este trabajo tiene el carácter de hipoteca legal tácita, así lo entendió OGAYAR AYLLÓN ("Nuevo Régimen Jurídico de la Propiedad Horizontal", *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 1970); MONET ANTÓN ("Problemas de Técnica Notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal", *Estudios de Derecho Notarial*, volumen 1); ZANÓN MASDEU (*La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1974), e incluso PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS se refiere a dicha afección bajo el epígrafe *Hipotecas legales tácitas u ocultas*, advirtiendo que "fuera de la Ley Hipotecaria se establecen preferencias análogas, con eficacia incluso frente a terceros adquirentes de derechos reales", y entre tales preferencias incluye la afección de la que estamos tratando (*Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, segunda edición, Madrid, 1986).

Este pequeño sondeo doctrinal pone de manifiesto que los autores no llegan a perfilar con nitidez la naturaleza de la afección que estudiamos, rechazando, a veces, la expresión "hipoteca legal" pero, en definitiva, reconociéndole una eficacia semejante a la de dichas figuras.

No cabe duda que estamos ante una afección real que recae sobre cada piso o local cualquiera que sea su titular, como dice el precepto, pero la insuficiencia normativa nos exige clarificar tal naturaleza, de modo que podamos acudir, para suplir tal carencia, a figuras análogas.

Pensamos que la afección considerada participa de la misma naturaleza que se predica de los privilegios en favor del Estado y los aseguradores, que se contienen en el artículo 1.923 del Código Civil y que, en lo que afecta al Estado, tiene un copioso desarrollo en la normativa tributaria. Entendemos que la analogía resulta no sólo de la literalidad de los preceptos, "año anterior y parte vencida de la anualidad corriente" sino, también, del fundamento de las propias normas.

La garantía a favor del Estado tiene por objeto evitar que, como consecuencia de una enajenación, resulten impagados determinados tributos, afectando el inmueble, cualquiera que sea su propietario, al pago de dichos impuestos.

En el régimen de la Propiedad Horizontal parece que se trata de proteger igualmente a la comunidad de propietarios ante la eventualidad de que uno de los titulares, moroso, enajene su piso o local dejando impagados los gastos más recientes.

Partiendo de tal aproximación analógica vamos a estudiar la operatividad de la afección que resulta de su caracterización como hipoteca legal tácita.

## IV. OPERATIVIDAD

El criterio de la DGRN presenta, a nuestro juicio, una desarmonía, puesto que, después de realizar una serie de consideraciones incontestables en torno a la naturaleza jurídica de la figura, al resolver sobre su operatividad limita extraordinariamente su efectividad práctica, al señalar que las cantidades reclamadas van perdiendo cobertura real a medida que transcurre el tiempo, dado que el momento determinante del período de afección es el de la interposición de la demanda y su inmediato reflejo registral.

Nuestro criterio disiente del sostenido por el Centro Directivo; pensamos que la afección real sólo cobra su verdadero sentido cuando el inmueble figura inscrito a nombre de persona distinta del deudor. Es obvio que si el piso sigue registrado a nombre del deudor éste responde con todo su patrimonio y cualquiera que sea la cantidad de gastos reclamada. De ello se infiere que el crédito garantizado con eficacia real a la comunidad es aquel que se ostenta contra quien fue copropietario y ha dejado de serlo y por ello el período de tiempo que determina los gastos a que queda afecto el piso debe calcularse desde la adquisición del tercero, puesto que de los gastos posteriores, indudablemente, ya responde este tercero personal e ilimitadamente.

Este criterio de cómputo que postulamos ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la hipoteca legal tácita a favor del Estado. Así, la Sentencia de 21 de diciembre de 1979 señala en su primer considerando que "Anualidad corriente es la que transcurre en la fecha en que se inscribe en el Registro de la Propiedad el crédito hipotecario o al efectuarse la transmisión del dominio de la finca...", y la más reciente, de 23 de diciembre de 1983, señala que la hipoteca legal tácita "actúa únicamente para el cobro de la anualidad corriente al efectuarse la transmisión de dominio de la finca y para la última vencida" citando como antecedente la de 29 de noviembre de 1962.

También la doctrina, al estudiar tal garantía a favor del Estado, sigue análogo criterio. Así SERRERAS CONTRERAS ("La Anualidad Corriente en la Hipoteca Legal Tácita por Contribuciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 524) y MARTÍN TIMÓN (*Embargos y Tercerías de la Hacienda Pública*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978).

La tesis de la DGRN al partir de la idea de que es la interposición de la demanda la determinante del momento en el que se inicia el cómputo de los gastos a que está afecto el piso o local con carácter real y, además, al axigir la constancia registral de la reclamación para que pueda afectar a terceros, devalúa grandemente la efectividad de dicha afección, abocándola a una caducidad paulatina a medida que pasan los días desde la interposición de la demanda.

Entendemos que en el tema se han involucrado dos cuestiones, a saber:

- Duración de la afección, y
- Período de tiempo a que se refieren los gastos.

Consideramos que la afección no tiene más plazo de caducidad que el de prescripción de la acción para exigir el crédito garantizado, que a juicio de la mayoría de los autores es de cinco años, por aplicación del artículo 1.966 del Código Civil.

Partiendo de la anterior premisa, juzgamos irrelevante el momento de interposición de la demanda o el acceso al Registro, puesto que entendemos que la

comunidad puede accionar contra el inmueble gravado con plena eficacia en cualquier momento, siempre que el crédito siga vivo y la cantidad reclamada corresponda al período de anualidad corriente y la vencida anterior contada desde la adquisición del tercero.

Por lo que se refiere a las actuaciones registrales en orden a la operatividad de la afección que estudiamos, nos parece clarificador distinguir los siguientes supuestos:

A) La finca se encuentra inscrita a favor del copropietario deudor, libre de cargas.

En tal caso, la comunidad actora no necesita hacer valer afección real ni preferencia alguna; el embargo será anotable cualquiera que sea la cantidad reclamada y el período a que corresponda.

B) La finca figura inscrita a favor del copropietario deudor pero constan inscritas hipotecas o anotados embargos.

La peculiaridad que se plantea en este supuesto es que al existir créditos constatados registralmente surge exclusivamente un problema de concurrencia y preferencia de créditos.

El embargo se dirigirá contra el titular registral como deudor pero, si se quiere hacer valer la preferencia del crédito que ostenta la comunidad, será necesario demandar o, cuanto menos, notificar a los acreedores cuyos créditos se van a ver afectados por la preferencia del crédito comunitario.

En este supuesto que planteamos deben distinguirse dos cuestiones:

a) El embargo contra el deudor es anotable sin limitación de período o cantidad, como el supuesto anterior.

b) El crédito reclamado será anotado con carácter preferente en cuanto a las cantidades que correspondan a gastos originados en el año corriente y el anterior contados desde el nacimiento del derecho de crédito registrado no preferente; que en el caso del crédito hipotecario será la fecha de inscripción del mismo y en el caso del crédito anotado preventivamente será, según la doctrina más reciente, la fecha de la diligencia de embargo.

Para poder distinguir estas dos cuestiones, que el Registrador debe calificar, el mandamiento debería deslindar qué cantidades corresponden a los gastos de la comunidad generados en los dos años anteriores a la inscripción del crédito hipotecario o a la diligencia de embargo, cantidades éstas que constituyen el crédito que tienen carácter preferente al registrado, y con tal carácter van a reflejarse registralmente; el resto reclamado, que no tiene carácter preferente, se anotará como un embargo ordinario sujeto a las reglas generales de prioridad.

C) La finca figura inscrita a nombre de tercero no deudor.

En este supuesto juega plenamente la afección real del artículo 9, 5, de la LPH. Como resulta de lo antes expuesto, el embargo será anotado y si la demanda se dirige contra el actual titular y la cantidad reclamada corresponde a los gastos de la anualidad correspondiente y la anterior a la adquisición del dominio.

D) La finca figura inscrita a nombre de tercero y además sobre ella existen cargas o gravámenes registrados.

En este supuesto también distinguimos:

a) El embargo contra el tercero titular es anotable con igual limitación de cantidad y período que en el caso anterior.

b) Respecto de los titulares de créditos registrados se vuelve a plantear,

como en el supuesto B), un problema de concurrencia y preferencia de créditos, que podemos resolver con el mismo criterio, esto es, deslindando de la cantidad reclamada (dos años como máximo anteriores a la adquisición del tercero) la parte que corresponda a gastos originados durante el año anterior y anualidad corriente a la constitución del gravamen, cantidad ésta que se podrá hacer constar con carácter preferente.

Se puede objetar a nuestra interpretación que magnifica un gravamen oculto en perjuicio de la seguridad del tráfico jurídico, pero entendemos que tal crítica no es fundada por las siguientes consideraciones:

1. Porque, como dice la DGRN, tal afección constituye el contorno del ámbito de poder en que consiste el dominio de cada piso o local y que consta suficientemente, aunque con cierta indeterminación en la inscripción del régimen de propiedad horizontal.

2. Porque el principal peligro para el tercero se atenúa con la expresa declaración sobre situación de gastos, que en las transmisiones a título oneroso, impone al transmitente el artículo 9 de la LPH, en redacción dada por la Ley 2/1988, de 23 de febrero. Asimismo, el citado riesgo se podría soslayar exigiendo del órgano competente de la comunidad de propietarios una certificación sobre la situación de gastos del transmitente.

3. Por último, porque estamos ante una limitación legal del dominio, que conforme a nuestro sistema hipotecario afecta a terceros, sin necesidad de expresa constancia registral, pues goza de los beneficios de la publicidad legal, superior a la registral.

ROSA NAVARRO DÍAZ  
VICENTE CARBONELL SERRANO

**CADUCIDAD DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO Y CONSECUENCIAS PARA LOS TITULARES DE GRAVAMENES POSTERIORES.—NECESIDAD O NO DE LA NOTIFICACION DEL PROCEDIMIENTO A DICHOS TITULARES POSTERIORES (RESOLUCIONES DE 30 DE JUNIO Y 7 DE JULIO DE 1989).**

*Planteamiento.*—En esta Resolución vamos a examinar básicamente dos cuestiones diversas, pero íntimamente conectadas cuando se trata de conseguir la cancelación de las cargas posteriores a un embargo, sobre la base de un auto de adjudicación y el mandamiento cancelatorio correspondiente surgidos de un procedimiento ejecutivo ordinario, que obtuvo su proyección registral a través de la correspondiente anotación preventiva de carácter precedente, respecto a las citadas cargas; de estas dos cuestiones tienen una de ellas carácter fundamental, referido a la caducidad de la anotación de embargo, de conformidad con el artículo 86, una vez transcurridos cuatro años desde la fecha de la anotación, y a las consecuencias de dicha caducidad para los titulares de los gravámenes posteriores; y otra cuestión accesorio, referida a la necesidad o no de la notificación del procedimiento a los titulares de anotaciones de embargos posteriores a la del ejecutante, pero practicadas con anterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas, ordenada en el mismo procedimiento ejecutivo ordinario entablado para la satisfacción de las expectativas de dicho ejecu-

tante. Asimismo se deduce de los argumentos esgrimidos por las partes, en esta materia, la conocida pugna entre la jurisprudencia de intereses y la jurisprudencia de conceptos, amparados unos y otros, como no podía ser de otro modo, en una interpretación amplia o estricta de los distintos preceptos legales aducidos.

*Antecedentes:*

— A primeros de 1982, "M. I., S. A." plantea demanda ejecutiva cambiaria contra don L. C. U. S. y don E. A. V. por importe de 1.269.374 pesetas, siguiéndose juicio ejecutivo número 395/1982 en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao.

— El 22 de abril de 1982 se practicó diligencia de ejecución, causándose traba sobre la vivienda, sita en la casa número 12 de la calle Arene de Guecho, inscrita en el Registro de la Propiedad de Bilbao número 9 a nombre de don L. C. U. S.

— El día 14 de octubre de 1982, después de notificada la esposa del señor U., de la existencia del procedimiento, el embargo trabado es anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad.

— El día 7 de octubre de 1982 se dicta Sentencia desestimando la oposición a la demanda formulada por el demandado, y se manda seguir adelante la ejecución. Se interpone a continuación por el ejecutado recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, desistiendo de éste el día anterior a la vista mismo, señalada para el día 24 de septiembre de 1985.

— Entre tanto, en el lapso de tiempo señalado entre las dos últimas fechas, se han producido diversas anotaciones preventivas de embargo e incluso una inscripción de hipoteca, prorrogándose más tarde alguna de aquellas.

— El día 11 de julio de 1984 a instancia de la entidad ejecutante, que solicitó la ejecución provisional de la Sentencia, se expidió la oportuna certificación de cargas por el señor Registrador de la Propiedad, de la que resulta la existencia de una hipoteca anterior a la anotación, ocho embargos y otra hipoteca posteriores.

— El día 17 de enero de 1986, una vez firme la Sentencia de remate, se celebró la primera subasta que resultó desierta, por lo que la entidad ejecutante solicitó la adjudicación de la vivienda debatida, por los dos tercios de la tasación, consignando posteriormente la diferencia con el principal reclamado.

— El día 26 de junio de 1986, el Juzgado competente, mediante auto, declaró la nulidad de las actuaciones prácticas desde el momento del nombramiento de Perito, dado que la certificación de cargas expedida por el señor Registrador de la Propiedad, se deducía la existencia de una hipoteca inscrita con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, y no se había realizado la notificación prevista en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuicimiento Civil.

— El día 1 de agosto de 1986 se verifica la notificación al acreedor hipotecario posterior, por medio de edictos, que se publican en el *Boletín Oficial del Estado*. Seguidamente, el día 10 de septiembre se nombra Perito de nuevo.

— El día 25 de noviembre, con motivo de expedirse una certificación relativa a la finca se produce la cancelación por caducidad de la anotación, a favor de "M. I., S. A." dado que ésta no había sido objeto de prórroga.

— El día 21 de enero de 1987 se celebra de nuevo la primera subasta, que resulta desierta, adjudicándose mediante auto la vivienda a favor del ejecutante, por los dos tercios de la tasación, y tras consignar la diferencia con el principal reclamado y, el día 26 de este mismo mes se expide mandamiento de cancelación de todas las cargas posteriores.

— El día 2 de febrero de 1987 se presenta en el Registro de la Propiedad el mandamiento cancelatorio reseñado, junto con el testimonio del auto de adjudicación, y es calificado con la siguiente nota:

“Denegada la cancelación ordenada en el precedente mandamiento por los siguientes defectos:

1.º Resultar caducada y cancelada la anotación de embargo derivada del procedimiento del que hace causa el presente documento y haber perdido por consiguiente la propiedad registral ganada.

2.º No indicar especialmente las anotaciones posteriores a la que motiva el mandamiento y anteriores a la nota de expedición de certificación de cargas, que han de ser canceladas, de conformidad con el artículo 175. 2.º, en relación con el 233 del Reglamento Hipotecario, y

3.º No resultar notificados del procedimiento los titulares de dichas anotaciones posteriores y anteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas por aplicación analógica de la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Se considera insubsanable el primer defecto.—Bilbao, 14 de abril de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible.”

*Recurso del Procurador.*—El Procurador de los Tribunales don José María Bartau Morales interpuso recurso gubernativo contra los defectos primero y tercero de la anterior calificación y alegó:

I. En cuanto al defecto *tercero* de la nota de calificación hay que señalar: Que en el mandamiento de cancelación de cargas, en el caso presente, no proviene de un procedimiento judicial sumario, sino de un procedimiento ejecutivo, cuya regulación viene recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, concretamente, hay que estar a lo que establece sobre este punto el artículo 1.490 de la misma, que habla de *acreedores hipotecarios posteriores*, y, en ningún caso, habla de embargantes o de cargas o derechos reales posteriores; tal como hace el artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, es claro que al supuesto contemplado, nunca podrá aplicarse analógicamente la regla 5.ª del artículo 131 citado, ya que lo prohíbe *a sensu contrario* el artículo 4.1 del Código Civil. El referido artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla un supuesto específico y estas normas y la citada de la Ley Hipotecaria deberá aplicarse cada una en su ámbito, sin que ella pueda trasladarse al procedimiento judicial sumario, ni ésta al juicio ejecutivo.

Que, además, la calificación del señor Registrador es incongruente, si el criterio emitido por él es correcto, pues no se comprende por qué inscribe la adjudicación, si ésta es nula por falta de las notificaciones exigidas. Se considera que el Registrador no debe ser un fiscalizador de la actividad jurisdiccional. Que, por último, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en sentido contrario a la calificación recurrida, en las Resoluciones de 23 de noviembre de 1913, 3 de diciembre de 1925, 6 de noviembre de 1933, 17 de julio de 1935, 16 de marzo de 1940 y 22 de noviembre de 1974.

II. En lo referente al *primer defecto* de la nota de calificación, hay que considerar:

A) Que en primer lugar, conviene recordar *la razón del ser del Registro de la Propiedad*, que nace como un medio o forma de publicidad de derechos, actos, situaciones, etc.

B) Que es difícil, por otro lado, dar un concepto de la anotación preventiva. Teniendo en cuenta la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, su finalidad es sustituir las antiguas hipotecas judiciales, garantizando derechos reales que aún no han llegado a su perfección o que son eventuales o transitorios, o garantizan aquellos derechos reales que por falta de alguna circunstancia legal requieran subsanaciones antes de ser inscritos definitivamente en el Registro, y entre sus caracteres resaltables está el enervar la eficacia de la fe pública registral.

C) Que la anotación preventiva del embargo viene recogida en el artículo 42.2 de la Ley Hipotecaria, entre las anotaciones preventivas de carácter judicial. Tampoco es fácil dar un concepto de embargo; el Tribunal Supremo lo establece en la Sentencia de 21 de febrero de 1966. En cuanto a los efectos del embargo, parte de la doctrina ha entendido que produce efectos sustanciales, y por otra parte mantiene efectos exclusivamente procesales. Ahora bien, la jurisprudencia que ha ido recogiendo el espíritu de la legislación hipotecaria, ha negado que el embargo confiera al *crédito de ejecutante un carácter real*, admitiendo, no obstante una limitación en el ejercicio del poder dispositivo del deudor, pero de carácter meramente procesal y público.

D) Que dentro del embargo hay que considerar el aspecto de su garantía con la finalidad de que el bien trabado no desaparezca y pueda realmente permanecer inalterable física y jurídicamente, y precisamente entre las formas de garantía del embargo del inmueble, se puede destacar la anotación preventiva del embargo, que no modifica, en absoluto, la naturaleza del crédito que se ejecuta, sino que solamente lo dota de publicidad frente a terceros, advirtiéndoles que se sigue un proceso de ejecución sobre tales bienes. La única finalidad que se persigue con la anotación preventiva de embargo es que el acreedor ejecutante consiga una preferencia sobre los créditos y otros actos registrales posteriores a la anotación sobre los bienes (arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923-4 del CC), así como advertir a los terceros posibles adquirentes en el sentido antes expuesto.

En definitiva, el Registro no es más que un instrumento técnico o institución pública al servicio del fenómeno publicitario, cuyo fin consiste en lograr la seguridad o protección del tráfico. Consecuencia de lo dicho es la *negación del carácter constitutivo de la anotación preventiva del embargo*, tanto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, como por el Tribunal Supremo, destacándose la Sentencia de 27 de septiembre de 1967, a pesar de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Hipotecaria y 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

E) Que la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la *preferencia o mejor derecho al producto de la venta* de los bienes embargados ratifica el carácter meramente obligacional y no constitutivo del embargo, concibiendo como modelo básico y esencial del mismo la afección o traba de los bienes, independientemente que esta afección tenga acceso o no al Registro de la Propiedad, pues con notable acierto ha reconducido el estudio del embargo de bienes al terreno estrictamente procesal, considerando éste como una facultad procesal que adquiere el ejecutante en el momento de afectar el órgano jurisdiccional de los bienes del deudor ejecutado, tendente a lograr el resarcimiento de su crédito con el producto de la venta de aquellos bienes. La anotación de la traba en el Registro de la Propiedad tiene como función otorgar al acreedor ejecutante una preferencia respecto del producto de la venta de los bienes anotados, sobre los demás acreedores del deudor ejecutado, siempre que tengan créditos posteriores a la fecha de la anotación preventiva practicada; por el contrario, esta preferencia no

se dará respecto a aquellos créditos o actos de disposición anteriores a la anotación, aunque no hubiere tenido acceso al Registro.

F) Que teniendo en cuenta todo lo expuesto, es evidente que "M. I., S. A.", en juicio ejecutivo número 395/82, causó traba sobre un inmueble el día 22 de abril de 1982, anotándose preventivamente el día 14 de septiembre del mismo año, y, con posterioridad a ésta, se practicaron otras anotaciones de embargo e incluso se inscribió una hipoteca, sin que conste que aquellas sean de fecha anterior. En cualquier caso, es evidente que, a pesar del tiempo transcurrido y conocer todos los asonantes posteriores la existencia del procedimiento ejecutivo aludido, *no se ha planteado tercería de mejor derecho por ninguno de ellos*. Así que, consecuentemente, la citada entidad, mediante el embargo, adquirió un derecho preferente de cobro frente a otros embargantes posteriores, y adquirió, mediante la anotación registral, *un derecho preferente frente* a los acreedores de créditos posteriores a dicha anotación, y está claro que habiéndose consumado la anotación procesal, adjudicándose dicha entidad el inmueble embargado, no puede existir obstáculo registral alguno para que, inscrita dicha adjudicación, desaparezcan del Registro todas las inscripciones posteriores.

Que la anotación preventiva de embargo ha caducado conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria y, por eso, el señor Registrador la ha cancelado y niega la cancelación de las anotaciones posteriores. Si la anotación preventiva tiene carácter meramente publicitario, no se puede decir ahora que todos los efectos que dicha anotación ha producido durante cuatro años no sirven para nada.

Que las anotaciones preventivas de embargo suponen llenar los libros del Registro de situaciones jurídicas que en un momento determinado están extinguidas o se pueden considerar inexistentes en la realidad civil, procesal o administrativa. Esta situación fue preocupando a los legisladores de los textos hipotecarios quienes fueron arbitrando diversos recursos para remediar este estado de cosas, siendo, el legislador de la vigente ley quien creó la institución de caducidad, que la consideró un medio de extinción de las anotaciones preventivas, y supone su cancelación automática por parte del Registrador pero es necesario distinguir entre caducidad de la anotación, que supone la extinción del asiento registral, sin que afecte para nada a la existencia o no del derecho anotado, y la cancelación, que es consecuencia de la extinción del derecho anotado. Secuela de la caducidad en la prórroga de la anotación, artículo 86 de la Ley Hipotecaria, por otros cuatro años, pero el artículo 199-2 del Reglamento establece el carácter indefinido de la anotación prorrogada.

Que la institución de la caducidad de las anotaciones preventivas de embargo tiene, como finalidad concreta eliminar trabajo al Registrador presumiendo que la anotación preventiva que durante un tiempo prudencial no ha sido objeto de inscripción definitiva ha perdido su razón de ser porque el derecho a que se confiere se ha extinguido, prescrito o abandonado ahora bien, lo que no se comprende es que dicha institución pueda servir para producir la presente situación en la que existe una palpable demostración que el demandante, en todo momento ha estado ejerciendo el derecho de crédito. Por lo que se está perpetuando una situación absurda en la que el único beneficiario es el deudor, situación que de confirmarse la calificación registral podría dilatarse para toda la vida, y sin que, según la tesis del señor Registrador, el demandante pudiese obtener de nuevo prioridad registral toda vez que la prórroga de la anotación inscrita por los acreedores posteriores convierte a este en indefinida.

Independientemente de que ello supone una infracción del artículo 14 de la Constitución.

Que es evidente que el señor Registrador ha actuado en esta clasificación con un criterio rígido olvidando la vigencia de otras normas legales aplicables al supuesto contemplado, pues el derecho no nace de la anotación preventiva, sino del embargo, y la preferencia o prioridad nace de la fecha de este; por lo tanto, no hay que fijarse si la anotación preventiva está vigente o cancelada por caducidad, ya que el derecho que la hizo nacer sigue produciendo todos sus efectos, y es la autoridad judicial la que ordena al señor Registrador que cancele las anotaciones posteriores porque sabe que no ha existido contra el derecho de "M. I., S. A." ninguna oposición mediante tercería de mejor derecho, y es quien puede determinar que no existe ningún obstáculo al mejor derecho de dicha Sociedad para cobrarse su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que el señor Registrador debe obedecer el mandamiento judicial y no se debe negar a cancelar las anotaciones posteriores basándose en un aspecto parcial: el puramente hipotecario.

Que de confirmarse la calificación registral, se puede decir que se acuda a un procedimiento declarativo para hacer valer el derecho de crédito, pero no se comprende qué finalidad tendría el mismo, puesto que el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao ya está diciendo que el derecho es preferente a las anotaciones posteriores y éstas se deben cancelar, y si dichos acreedores entienden que la cancelación no es correcta ellos serán quienes deberán acudir a un procedimiento judicial contra "M. I., S. A.", para demostrar que la cancelación de sus anotaciones no se ajusta a Derecho y conservar un derecho de superior o preferente valor. En apoyo de lo expuesto cabe citar un artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario y la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1986.

*Defensa de la nota.*—El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que en lo referente al *tercer defecto* de la nota calificación, se considera correcta la exigencia de la notificación por las razones siguientes:

1.º Porque armonizando e interpretando los artículos 1.489 y 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil debe concluirse que los titulares de cargas o gravámenes incluidos en la certificación registral están igualmente incluidos en la exigencia de notificación del último precepto citado, con lo que se evitaría vaciar de contenido el artículo 1.489.

2.º Porque es opinión generalizada en la doctrina de afirmar la similitud, como cargos reales, entre el embargo y la hipoteca y esto lleva a incluir en el concepto de hipoteca del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al embargo.

3.º Por ampliación del principio hipotecario de que el titular de un asiento debe tener, al menos, la posibilidad de ser oído, para que su asiento pueda ser cancelado.

4.º Porque este es el criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en varias Resoluciones, entre las que se pueden citar las de 3 de diciembre de 1925, 6 de noviembre de 1933 y 17 de julio de 1935.

5.º Porque la interpretación amplia del citado artículo 1.490 es la seguida por la generalidad de la doctrina actual e igualmente es práctica habitual en los órganos jurisdiccionales el verificar tales anotaciones.

6.º Porque es criterio seguido por la regla 5 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria para el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria.

Que el procedimiento ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el judicial sumario de la Ley Hipotecaria son procedimientos de ejecución, su naturaleza es análoga y ello bastaría para que las notificaciones a realizar fueran en ambas las mismas; pero es que, además, el procedimiento ordinario de ejecución con mayor motivo debería ser exigible la verificación de las notificaciones a los titulares de las anotaciones de embargo preceptivas en el procedimiento de extraordinario o sumario de la Ley Hipotecaria (llamado así por la simplificación de trámites y brevedad de la fase de cognición).

Que en cuanto a la exigencia de tales notificaciones a los acreedores posteriores que han anotado su derecho, se considera clara la identidad de razón entre ambos procedimientos; la razón de tal exigencia no es otra que la que quienes tengan algún derecho o interés en el bien que se está ejercitando pueden intervenir en tal procedimiento, si así conviene a su derecho, evitando, que el mismo pueda cancelarse sin poder, al menos, ser oído, y a esta identidad de razón debe corresponder igual tratamiento jurídico, y ello se fundamenta en la aplicación analógica de las normas, que recoge el artículo 4.1 del Código Civil.

Que en cuanto al *primer defecto* de la nota de calificación, hay que señalar que la caducidad de la anotación preventiva de embargo por la aplicación del artículo 353 del Reglamento Hipotecario, no se discute, pues bien, la caducidad de las anotaciones preventivas constituye uno de los modos extintivos de dichos asientos por ministerio de la Ley y transcurso el tiempo; por virtud de ello la anotación decae o queda caduca y, por tanto, carente de efectos jurídicos que le sean propios.

Que no hay que confundir la caducidad de los asientos registrales con la de derechos registrados. En cuanto a la caducidad de los asientos hay que tener en cuenta lo señalado en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de noviembre de 1955, 12 de julio de 1956 y 30 de marzo de 1983, y, por otro lado, hay que resaltar las siguientes conclusiones:

1. La caducidad es una causa de extinción de los asientos registrales y específicamente el de la anotación preventiva, por su propia naturaleza.

2. La caducidad extingue radical y automáticamente los efectos registrales o hipotecarios del asiento caducado, es como si no existiera desde que llega el plazo fijado en la Ley.

3. La caducidad de asiento y la extinción de sus efectos registrales no implica la del derecho registrado, el cual existirá o no, extrarregistralmente, en función de la concurrencia o no de sus propias causas extintivas. Por lo cual, hay que afirmar que caducada y cancelada la anotación preventiva de embargo, ha perdido el rango hipotecario que tenía, porque ya no produce efecto alguno, y, por tanto, no se puede provocar, basándose en ella, la cancelación de anotaciones posteriores, porque al haberse cancelado ya no son posteriores, sino que ha logrado rango preferente; siendo estos efectos puramente registrales o hipotecarios. Ahora bien, aun cancelada la anotación, el crédito que aquella recogía subsiste en el orden civil, con la preferencia y prelación que el Código Civil le otorga, que opera al margen del Registro y que debe establecerse el correspondiente procedimiento declarativo, sin que pueda producirse en un procedimiento ejecutivo, como tienen declaradas reiteradamente el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Que registralmente, y de conformidad con el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario la anotación a favor de "M. I. S. A.", era preferente a las demás mientras subsistió; al haber caducado y haberse cancelado ha perdido tal prefe-

rencia, y, por tanto, no puede apoyarse en ella el mandamiento cancelatorio denegado. Civilmente, el crédito de "M. I., S. A.", puede existir y ser preferente a los demás, pero tal preferencia deberá dilucidarse en el correspondiente procedimiento declarativo, y una vez lograda, puede provocar la cancelación, ahora denegada, a través de la Sentencia y mandamiento correspondiente.

Que los efectos de una aplicación rígida del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, destacados por el recurrente, se producen porque no se han utilizado los recursos legales para evitarlos. Que la preferencia del crédito recurrente no es inequívoca:

1.º Porque del silencio de los acreedores no pueden producirse preferencias, y, además, tal silencio puede ser temporal, por cuanto puede iniciar en cualquier momento, el proceso declarativo correspondiente; por otra parte, podrían seguir adelante con sus ejecuciones al saberse preferentes en rango, si suponen asimismo la preferencia civil de sus créditos, y

2.º Por el Juez que conoce de un proceso ejecutivo no puede resolver cuestiones de preferencia de créditos, siendo su lugar adecuado el procedimiento declarativo en el que todos los interesados pueden intervenir. Es obvio que en la resolución judicial, origen del presente recurso, no hay declaración alguna sobre este punto.

Que las anotaciones prorrogadas pueden cancelarse en los casos previstos en los artículos 198 y 206 del Reglamento Hipotecario, o a través del correspondiente proceso declarativo.

Que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1986, no hay nada que desvirtúe lo mantenido en este informe. En este caso, la anotación caducada y la nota marginal podrían evitar que los acreedores posteriores quedaran protegidos por la fe pública registral pero ello en nada se opondría a que el rango registral logrado se perdiera o alterara; ni tampoco supone que la fe pública registral o el rango resuelvan la preferencia de créditos.

Que es preciso destacar las consecuencias negativas que para el principio de publicidad formal del Registrador puede suponer el mantener la existencia y vigencia de la anotación caduca por cuanto con fecha 25 de noviembre de 1986, se emitió por el Registrador certificación de cargas en la que no se comprendía, como era lógico, la anotación caducada lo que resultaría incorrecto de sustentarse su vigencia.

Que en el presente caso se han opuesto obstáculos que surgen del Registro y, por tanto, entra dentro del ámbito de la función calificadora de los documentos judiciales; así lo ha señalado la Resolución de 24 de agosto de 1981.

*Informe del Magistrado.*—El ilustrísimo Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao, informó: que respecto al defecto señalado con el número 1 en la nota de calificación, la anotación de embargo se encuentra entre las anotaciones preventivas de carácter judicial, artículo 42.2 de la Ley Hipotecaria; como consecuencia de ello, y a instancia del ejecutante y de lo dispuesto en el artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se libró mandamiento para su anotación, que tuvo lugar el día 14 de septiembre de 1982. El Juzgado, al dictar auto de adjudicación, no contaba en los autos con otra certificación de cargas que la expedida por el señor Registrador, el día 11 de julio de 1984, en la que la anotación estaba vigente, *siendo cometido de las partes solicitar su prórroga dentro de los cuatro años*; por otro lado, el ordenar cancelar las anotaciones posteriores es una fórmula de estilo cuya calificación corresponde al señor Registrador en primera instancia sin olvidar que las anotaciones

mandadas cancelar son posteriores a la traba o embargo decretado como consecuencia del auto que despachaba la ejecución y que la mayoría de las inscripciones registrales, entre ellas las anotaciones de embargo, no tienen carácter constitutivo (que por lo que respecta al segundo de los defectos apuntados en la nota de calificación, en efecto, se ha omitido en el mandamiento especificar las anotaciones que debían ser canceladas, conforme preceptúa el art. 233 del Reglamento Hipotecario, defecto que puede ser subsanado mediante mandamiento ampliatorio). Que en cuanto al tercero de los defectos contenidos en la nota de calificación ha de tenerse en cuenta que el mandamiento de cancelación de cargas no proviene de un procedimiento judicial sumario, sino de un procedimiento de ejecución cambiaria, recogido por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no habla en ningún caso, de la notificación a los embargantes posteriores, artículo 1.490 de dicha Ley; por lo que interpretando *a sensu contrario* el artículo 4, 1, del Código Civil, no cabe la aplicación analógica de la regla 5 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Es por ello por lo que no se ordenó en el procedimiento la notificación a los titulares de dichas anotaciones de embargo y sí a los acreedores hipotecarios de conformidad con el citado artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1940 y 22 de noviembre de 1974, entre otras.

*Informe del Presidente de la Audiencia.*—El Presidente de la Audiencia Territorial de Bilbao confirmó la nota del Registrador, fundándose en los argumentos alegados por el Registrador en su informe, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1965, 21 de febrero de 1966, 27 de septiembre de 1967, 21 de febrero de 1975, 8 de abril de 1978, 24 de enero de 1979 y 4 de abril de 1980 y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968.

*Recurso del Procurador.*—El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en cuanto al defecto número 3 de la nota de calificación, hay que citar lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1903.

Que no se puede asumir la interpretación que se otorga al artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al conexionarlo con el contenido del artículo precedente, pues aquél solamente se refiere a acreedores hipotecarios y no se puede hacer equivalentes la expresión "hipoteca" con "embargo" o "anotación de embargo".

Que en lo referente al defecto número 1 de la nota de calificación, hay que señalar que el Registro de la Propiedad nace en función de la publicidad, y, por tanto, la sustancia de la anotación de embargo es su publicidad, que todo el mundo mediante el examen de los asientos del Registro pueda comprobar la situación de un bien inmueble y, como consecuencia de dicha publicidad las normas hipotecarias le conceden el "plus o rango registral", la preferencia del artículo 1.923.4 del CC.

Que en el supuesto presente, el que declara la caducidad no le consta que existe una inactividad del titular del derecho, sólo le consta que no ha llegado a su poder un mandamiento de anotación de prórroga y sólo se basa en ello, ya que puede transcurrir el plazo de caducidad de la anotación, sin que exista abandono del derecho anotado. Que se vuelve a destacar la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de noviembre de 1986.

*Resolución.*—Vistos los artículos 4.º del Código Civil, 1.442, 1.489 y 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 17, 20, 38, 126, 127, 131 y 134 de la Ley Hipotecaria

vigente; 24 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909; 100, 143, 175.2.º, 232 y 233 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1874, 30 de mayo de 1903, 24 de diciembre de 1904 y 12 de julio de 1941, y las Resoluciones de 20 de febrero y 15 de marzo de 1909, 23 de noviembre de 1912, 3 de diciembre de 1925, 12 de noviembre de 1934, 11 de diciembre de 1937, 9 de noviembre de 1955, 25 de marzo de 1959, 16 de marzo de 1940, 22 de noviembre de 1974, 24 de agosto de 1981, 28 de septiembre de 1987 y 30 de junio de 1989.

1. La primera cuestión a resolver en este recurso es la de determinar si en el juicio ejecutivo ordinario es preciso notificar, a los efectos prevenidos en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aquellos acreedores que hubieren obtenido anotación de embargo con posterioridad a la ordenada en aquel juicio, pero antes de la extensión de la nota acreditativa de la expedición de la certificación de cargas prevenida en el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La solución ha de ser indudablemente negativa si así ocurre en igual procedimiento respecto del tercer poseedor de los bienes anotados de embargo; por ello, interesa examinar cuál es el tratamiento jurídico-procesal que a este último corresponde en el juicio ejecutivo.

2. Conforme a la doctrina reiterada de este Centro (Resoluciones de 20 de febrero y 15 de marzo de 1907, 1 de diciembre de 1937 y 9 de noviembre de 1955), que tienen su apoyo en una antigua Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de diciembre de 1904), la cuestión habría de resolverse en el sentido de no poderse inscribir la adjudicación porque resulta que no se dio cumplimiento a la citación o requerimiento de este tercer poseedor en momento procesal oportuno que había de ser con anterioridad a la subasta, por entenderse que así se desprendía de los dos últimos párrafos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, del artículo 143 del Reglamento Hipotecario y de los demás preceptos concordantes. Efectivamente, el artículo 38 *in fine* señala que si después de efectuada en el Registro la anotación de embargo, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor, se habrán de observar las mismas reglas establecidas para cuando se persiguen bienes hipotecados que hubieren pasado a ser propiedad de un tercero; en concreto, habría de tener aplicación lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de la Ley Hipotecaria, expresión en la se entienden incluidos los artículos 126 y 127, que imponen el requerimiento o citación al tercer poseedor a fin de que éste pueda pagar, desamparar los bienes u oponerse, y el artículo 131.5.º, que obliga a notificar la existencia del procedimiento a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, la cual necesariamente habría de ser comprendida en la certificación que el Juez ha de reclamar previamente al Registrador (en el juicio ejecutivo la certificación que se ha de pedir conforme al art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil era inicialmente sólo de cargas).

3. Ahora bien, es necesario analizar detalladamente los preceptos apuntados, para comprobar si realmente el tercer poseedor de bienes embargados en el juicio ejecutivo ordinario ha de ser requerido o notificado en el procedimiento, toda vez que:

a) Ni la Ley de Enjuiciamiento Civil (que recoge la normativa básica de ese procedimiento) ni ningún otro texto de rango legal imponen expresamente tal notificación.

b) Ese tercer poseedor ya conoce o puede conocer al tiempo de efectuar su adquisición la existencia de un procedimiento ejecutivo en marcha sobre el bien, dado que está practicada la anotación de embargo.

4. Debe tenerse en cuenta en primer lugar la diferencia esencial existente entre la hipoteca y la anotación de embargo; aquella implica una fase de pendencia previa en tanto se produce el incumplimiento de la obligación asegurada y es posible que se extinga sin desenvolver su potencialidad realizatoria; la anotación de embargo, en cambio, supone ya una obligación incumplida y la puesta en marcha del mecanismo procesal oportuno para obtener su satisfacción, por tanto, si frente a la hipoteca es posible distinguir dos tipos de terceros poseedores: El que adquiere e inscribe su derecho durante la fase de pendencia y que ignora en ese momento la suerte que seguiría a la hipoteca el que lo hace cuando ha comenzado la fase de ejecución; frente a la anotación de embargo sólo cabe hablar de este último. En consecuencia, la equiparación que resulta del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no habría de darse con aquellas reglas que regulan la posición en el procedimiento de los que ya son terceros poseedores del bien hipotecado antes de iniciarse la ejecución, sino con las reglas relativas a los que pasan a ser terceros poseedores cuando ya se ha consignado resgistralmente el comienzo de la realización del bien hipotecado. (Para el que resulta del Registro que ya era dueño del bien antes de que éste fuera embargado en procedimiento seguido contra otra persona, lo que procede, si el bien no sufre la carga de la hipoteca no es de entender incumplido el trámite del requerimiento, sino, pura y simplemente, la aplicación de reglas de la tercería y, en particular, las de la tercería registral de acuerdo con el art. 38.III de la Ley Hipotecaria.)

5. Por otra parte, no deben desconocerse las diferencias estructurales existentes entre el juicio ejecutivo y el procedimiento judicial sumario, lo que debe tenerse en cuenta al valorar el concreto alcance y repercusiones que en el ejecutivo tendrán la remisión del artículo 38 *in fine* de la Ley Hipotecaria. Este precepto ni implica que el régimen del tercer poseedor de bienes hipotecarios (o embargados) haya de ser igual en cualquier tipo de procedimiento y cualquiera que sea la fase en la que éste se encuentre cuando sobreviene dicho tercero, sino que la posición de uno y otro tercero —el que lo sea respecto de bienes hipotecarios o de bienes embargados— queda sujeta al mismo régimen. Cada procedimiento está sujeto a sus propias normas (la Ley de Enjuiciamiento Civil con las especialidades que imponen los arts. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria para el primero, y el art. 131 de la Ley Hipotecaria y concordantes, para el segundo) y sólo regirán las mismas cuando expresamente se disponga, como ocurre en materia de subsistencia de hipotecas y otros gravámenes preferentes (art. 133.2.º de la Ley Hipotecaria).

6. En cuanto a los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria de nuestro ordenamiento, resulta claro que el requerimiento que imponen al tercer poseedor no ha de hacerse en cualquier momento del procedimiento, sino como trámite previo para que el acreedor pueda dirigir su acción precisamente contra el bien determinado. Así lo demuestran las razones siguientes:

a) El requerimiento que ordenan los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria respecto del tercer poseedor completa el que preceptúa el artículo 1.442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del deudor, y que tiene carácter previo al embargo.

b) Este carácter de previo y complementario aparecía con toda claridad en la Ley Hipotecaria de 1861, pues en ella se señalaba que es requisito para que el acreedor pueda pedir “que se despache mandamiento de ejecución contra los bienes hipotecados” (cfr. art. 133 de la Ley Hipotecaria de 1861); aclaraba su exposición de motivos que “ha de acudir al deudor principal que pague antes

de molestar que, por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada”, y si requerido después el tercer poseedor tampoco paga éste ni desampara los bienes hipotecados, entonces el acreedor “puede ya entablar la acción ejecutiva contra los mismos bienes”.

c) También resulta el carácter de previo del propio tenor de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria vigente, pues sólo el requerimiento previo es el que abre las amplias posibilidades que para el tercer poseedor señalan esos artículos: Pagar, desamparar u oponerse y ser, por tanto, considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes que posee. En particular, sólo si el requerimiento al tercer poseedor tiene carácter previo podrían entenderse con él, como exige el artículo 127, IV, “Todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes”

Es claro, pues, que las reglas en el juicio ejecutivo imponen el requerimiento al tercer poseedor sólo pueden tener cumplimiento respecto de los que tienen tal condición con anterioridad al inicio del procedimiento, lo cual sólo puede ocurrir como antes se ha dicho, cuando se ejecuta una hipoteca respecto al tercer poseedor de la finca hipotecada anterior al embargo y nunca por hipótesis, con el tercer poseedor de finca sujeta a embargo decretado en seguridad de un crédito no garantizado realmente.

7. La no necesidad de notificación en el ejecutivo ordinario del tercer poseedor del bien embargado se conforma si se observa el criterio seguido en el procedimiento judicial sumario: Si tanto la nota marginal del artículo 131, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria como la anotación de embargo en el juicio ejecutivo ordinario proporcionan la primera noticia registral de la existencia de la ejecución en marcha (el paralelismo entre ambos asientos en cuanto a dicho papel divulgador ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de julio de 1941), y solamente del tercer poseedor anterior a la citada nota ha de ser requerido en el judicial sumario a los efectos prevenidos en la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria bastando respecto al posterior con la información que le suministra el Registro y el derecho que le concede el artículo 134 de la Ley Hipotecaria, este último tratamiento procesal es el que ha de corresponder en el ejecutivo ordinario al tercer poseedor del bien embargado.

8. Esta equiparación entre la nota del artículo 131.4.ª de la Ley Hipotecaria y la anotación del embargo en el ejecutivo no debe quedar enturbiada por la previsión para este último procedimiento de una nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación del artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto dicha nota sobre, no venir impuesta ni por la Ley de Enjuiciamiento Civil ni por los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, sino por el párrafo segundo del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, no puede contradecir la unidad y características esenciales del juicio ejecutivo, sino que ha de valorarse en armonía con la normativa legal rectora de dicho procedimiento y con la significación que éstas atribuyen a cada uno de sus trámites.

9. Por otra parte, y respecto del juicio ejecutivo, se ha recurrido para afirmar la necesidad del requerimiento o notificación a estos terceros poseedores que surgen después de la anotación de embargo a la aplicación extensiva del artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si prevé la necesidad de la notificación al acreedor hipotecario posterior, con mayor razón debería extenderla al tercer poseedor posterior. Debe, en primer lugar, señalarse la devaluación que la previsión de este precepto supone respecto de la contemplada por los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria; aquél ordena notificar al tercer poseedor

para el avalúo y subasta y estos disponen, en cambio, que se le de ocasión para, incluso, oponerse. Mas el contenido del artículo 1.490, detenidamente analizado, más que contradecir, ratifica la tesis mantenida. Efectivamente, el tenor del precepto revela que no está pensando en el juicio ejecutivo por créditos ordinarios, sino en el promovido para la efectividad de créditos hipotecarios, al comenzar señalando que “si de la certificación resultaren gravados los bienes con segundas o posteriores hipotecas...”, está evidenciando que el crédito que se ejecuta es hipotecario y precisamente garantizado por hipoteca anterior. Si el crédito del actor no fuera hipotecario, sino garantizado exclusivamente con el embargo acordado en el procedimiento, no habría por qué excluir la primera o las anteriores hipotecas, porque ni el ser primera significaría siempre ser anterior al embargo ni el ser segunda, posterior; y no se alegue que es que se parte de considerar como primera hipoteca al embargo anotado, pues la expresión hipoteca judicial para referirse a esta ya había sido abandonada por la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre negocios y causas de comercio de 1830 (esto es, medio siglo antes).

10. Al referirse el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al juicio ejecutivo para hacer efectivo un crédito hipotecario habría de regularse especialmente la posición de aquellos otros acreedores garantizados como hipotecas de rango inferior a la del actor, pero anteriores al comienzo de su ejecución (esto es, anteriores al embargo del bien hipotecado, que conforme al art. 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, había de practicarse cuando el crédito hipotecario se persiguiese por la vía del juicio ejecutivo), por cuanto dichas hipotecas intermedias ordinariamente habían de quedar canceladas al realizarse el bien (arts. 1.516 y 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), recayendo la garantía sobre el metálico sobrante si lo hubiere (que será consignado a disposición de los interesados); son, pues, estos acreedores hipotecarios intermedios los únicos a los que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordenaba notificar, despreocupándose, en cambio, de los adquirentes posteriores al embargo, lo fueran del dominio o de un derecho real limitado, y ello se confirma si se tiene en cuenta:

a) Que, según el artículo 1.489,1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no habrá de incluirse en la certificación registral solicitada la última inscripción de dominio.

b) Que aunque ya no rija la antigua doctrina, anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que consideraba nulos e ineficaces frente al acreedor a los actos dispositivos realizados por el propietario del bien embargado por infringir la prohibición de enajenar que el embargo comporta (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1874), rige hoy la de que la enajenación ha de entenderse sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación (art. 71 de la Ley Hipotecaria).

11. Basta, por último, examinar el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, en el que expresamente se ordena la notificación al tercer poseedor de bienes embargados. Mas cabe afirmar la inoperancia de dicho precepto —y otros también reglamentarios que partes de la premisa— no sólo por lo anteriormente apuntado que evidencia su falta de apoyo legal y, consiguientemente, su incompetencia para alterar el ordenamiento procesal, sino, además, por la contradicción sustancial en que incurre su mandato, efectivamente, se dispone en él que la notificación al tercer poseedor de los bienes embargados se haga a los efectos

del artículo 126 de la Ley Hipotecaria es evidente, porque, como antes ya se señaló, el requerimiento a que se refiere este artículo tiene siempre carácter previo al inicio del procedimiento contra el bien, es anterior a “todas las diligencias” del embargo. De aceptarse la solución que da el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, se alterarían —sin norma legal— la regla de los presupuestos que determinan la legitimación de las partes se perpetúan durante todo el proceso; se menoscabaría la eficacia *erga omnes* del embargo, con todas sus consecuencias; se obligaría a duplicar trámites —el requerimiento hecho en tiempo oportuno— ya cumplidos con el transmitente (sea o no el deudor); se excepcionaría la regla de la eficacia *inter partes* de los contratos (*vid.* art. 1.257 del Código Civil) —en este caso, la del contrato traslativo. En cambio, la doctrina contraria es coherente con la consideración de que al tercer poseedor interesa, para evitar su burla es que antes de efectuar su adquisición conste debidamente en el Registro la existencia del trámite de ejecución sobre el bien que pretende adquirir (lo que queda perfectamente cumplido por la anotación de embargo), pero no la concreta fase en que se halla dicho procedimiento, y luego es a él —carga— a quien incumbe decidir, de acuerdo con las Leyes, la posición que ha de adoptar en el procedimiento en marcha.

12. En cuanto al otro defecto impugnado, insuficiencia del mandamiento cancelatorio dictado en el juicio ejecutivo para la cancelación de las cargas posteriores a la anotación del embargo trabado en garantía del crédito del actor, habida cuenta de que al tiempo de su presentación en el Registro de la Propiedad dicha anotación había sido cancelada por caducidad, ha de reiterarse la doctrina sentada en la Resolución de este Centro Directivo de 28 de septiembre de 1987. Según esta Resolución, en caso de coexistencia de varias anotaciones de embargo sobre el mismo bien —y con independencia del cual sea la preferencia sustantiva entre los créditos respectivos que habría de ser decidida en el procedimiento oportuno— no puede desconocerse la operatividad del principio de prioridad registral (art. 17 de la Ley Hipotecaria), en virtud del cual la que es primera subsiste, no obstante haberse rematado el bien para la efectividad del crédito reflejado en la segunda (arts. 131.8.ª y 133.2.º de la Ley Hipotecaria) y, por el contrario, si es el crédito amparado por la primera anotación la que provoca la ejecución, las posteriores serán canceladas con la sola presentación del mandamiento a que se refiere el artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, ahora bien, si la anotación primera ha caducado —cualquiera que sea la causa—, sus efectos se extinguen automáticamente *ipso iure*, de modo que la que es segunda pasa a tener primer rango y ya no es posible su cancelación por el solo mandamiento al que se refiere en el artículo 175.2.º del Reglamento Hipotecario, cuya eficacia va indisolublemente unida y sustentada por la prioridad registral del asiento ordenado en el procedimiento en que se dictó.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto al tercero de los defectos de la nota impugnada, desestimándose en cuanto al primero de ellos, en el que se confirma el auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

*Comentario.*—En esta Resolución hay dos partes claramente diferenciadas: una relativa a la cuestión accesoria de la necesidad o no, de la notificación a los titulares de anotaciones preventivas posteriores a aquella, que deriva del procedimiento ejecutivo en curso, pero anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas relativa a dicho procedimiento, y otra, relativa a la

cuestión fundamental de los efectos que la caducidad de anotación preventiva tiene para los titulares de derechos posteriormente inscritos o anotados según los casos, y la operatividad que supone el principio de prioridad registral.

*Primera cuestión.*—El Centro Directivo emplea 11 de los 12 fundamentos de Derecho aducidos en esta Resolución para sostener su fallo en lo referente a esta primera cuestión, y ello no es para menos si tenemos en cuenta que, a través del mismo, se disvirtúa y deja prácticamente sin efecto lo dispuesto en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, cuando de modo expreso ordena la notificación al tercer poseedor de bienes embargados (en este mismo sentido se pronuncia la Resolución de 30 de junio de 1987). Acerca de este fallo, creo que se pueden suscitar los siguientes comentarios:

1. En primer lugar veremos que, con una claridad meridiana, esta Resolución viene a considerar que la cuestión debe considerarse bajo la premisa de que la notificación objeto de la controversia, no será necesaria si no lo es respecto del tercer poseedor de los bienes anotados de embargo. Esta precisión simplifica el tratamiento del problema, si bien estimo que también se puede añadir, que si la notificación al tercer poseedor es necesaria, también lo será respecto de aquellos acreedores que hubiesen obtenido anotación de embargo con posterioridad a aquella, que tiene su origen en el juicio ejecutivo ordinario en marcha, pero con anterioridad a la extensión de la nota acreditativa de la expedición de la certificación de cargas.

2. La Resolución examinada cuestiona, sin lugar a dudas acertadamente, que el tercer poseedor de bienes embargados en el juicio ejecutivo ordinario haya de ser requerido o notificado en el procedimiento, puesto que pudo conocer al tiempo de efectuar su adquisición la existencia de un procedimiento ejecutivo en marcha sobre el bien, dado que está practicada la anotación preventiva, reflejo registral de dicho embargo. Pero ante esto cabe señalar que también el tercer poseedor, en el caso del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, pudo conocer la existencia del crédito hipotecario que sirve de base al procedimiento, y no por ello, deja de ser precisa la notificación. Y si bien la aguda distinción del Centro Directivo señala que, en tanto el tercer poseedor que tiene por delante un embargo puede suponer ya la existencia de una obligación incumplida y la puesta en marcha del mecanismo procesal oportuno, el tercer poseedor de bienes hipotecados puede ignorar la suerte que seguirá la hipoteca si aún no ha habido incumplimiento alguno, y es posible que se extinga sin necesidad de desenvolver su potencialidad realizatoria. Sin embargo, esto no hace que la notificación prevista en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, al tercer poseedor de bienes sujetos a procedimiento ejecutivo ordinario no sea precisa, puesto que sin la misma, como destaca el procesalista BROCA-MAJADA, se puede conocer la existencia del procedimiento ya asentado en los libros registrales, pero no la fase procesal del mismo, siendo o facilitando esa información reforzada una de las finalidades de tal notificación.

3. Es interesante, por otra parte, la Resolución comentada al destacar que el momento oportuno para verificar la citación prevenida en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, dado que ha de hacerse a los efectos de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria, no es para que el tercer poseedor pueda intervenir en el avalúo o subasta, como previene el artículo 1.490 (referido al procedimiento de ejecución hipotecaria), sino que ha de realizarse al inicio del mismo, siendo éste su momento procesal. Admitiendo esta interpretación —por lo demás generalmente admitida— cabe preguntarse que ocurrirá en caso de que tal

requerimiento, citación o notificación (vamos a evitar en este comentario, al igual que en la Resolución, todo problema terminológico en este punto) al tercer poseedor, que figure como tal en el Registro, al tiempo de expedirse la certificación de cargas y extenderse la oportuna nota marginal no se haga en el momento procesal oportuno, ¿no será precisa entonces tal notificación?, ¿no implicaría esto una merma de las garantías de ese tercer poseedor, que superando las trabas de un sistema de cierta clandestinidad inmobiliaria, ha logrado inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad? Yo estimo que sería preciso en tal caso, ya que otra cosa implicaría que este tercer poseedor no tendría ventaja alguna sobre aquel que hubiera registrado su derecho con posterioridad a la nota marginal de expedición de cargas y, en consecuencia, esta nota no tendría valor alguno a estos efectos, y, desde luego, no es este el carácter que tiene una nota marginal cuya importancia y efectos fueron siempre destacados, propugnándose doctrinalmente la conveniencia de la presentación en el Libro Diario, de la solicitud de la certificación —actualmente impuesta por el art. 416 del Reglamento Hipotecario— con el fin de destacar la trascendencia de la fecha de su acceso a los libros registrales. Además, si bien es cierto que el tercer poseedor de los bienes, anterior a la nota de expedición de la certificación de cargas, pudo conocer la existencia del procedimiento ejecutivo en marcha, también el tercer poseedor, en el caso del procedimiento de ejecución hipotecaria, pudo conocer la existencia de una hipoteca previa, y no por ello deja de ser imprescindible hacerle la notificación en los términos del artículo 131, párrafo 5.º, de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, la notificación tiene como finalidad dar a conocer estas circunstancias en el marco del juicio ejecutivo, aun cuando el tercer poseedor pueda conocer al anotar su derecho, la existencia de un procedimiento en marcha, este procedimiento puede surgir diversos avatares que tangan trascendencia para sus facultades jurídicas en cada caso y que puede desconocer si no es precisa la notificación.

4. Respecto a las diferencias estructurales existentes entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el procedimiento ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y destacados en esta Resolución objeto de comentario, no cabe duda alguna acerca de éstas, ni de que cada procedimiento está sujeto a sus propias normas. Sin embargo, ambos son procedimientos de ejecución y su naturaleza en consecuencia es de carácter similar—aunque tengan un origen diferenciado. Esta similar naturaleza hace pensar que las notificaciones que tengan que hacerse a los terceros poseedores, entendidas estas como garantías procesales, deben ser las mismas, si bien en cada caso con arreglo a sus normas procedimentales (en base a los arts. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria conectados con el art. 143 del Reglamento Hipotecario en un caso y en base a lo dispuesto en el art. 131 de la Ley Hipotecaria y concordantes, en el otro). En esta última línea si un procedimiento de carácter extraordinario o sumario como es el contemplado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria (llamado precisamente así en opinión de procesalistas como GUASP, por la simplificación de las citaciones y brevedad de la fase de cognición) se exige la notificación a los titulares de anotaciones practicadas con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas; en un procedimiento como es el ejecutivo ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Civil (donde no hay tal brevedad ni tal simplificación) con mayor motivo deben exigirse las notificaciones a los terceros poseedores que a través de las mismas pueden obtener un beneficio, o evitar un perjuicio ya sea a través de conocimiento de la existencia del trámite ejecutivo sobre el bien anotado, ya sea a través del conocimiento de la fase concreta en que se encuentran tales trámites ejecutivos.

Fruto de estos conocimientos obtenidos a través de la notificación al tercer poseedor de los bienes embargados prevenidos en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y que habrá de hacerse a los efectos del artículo 126 de la Ley Hipotecaria, podrá éste adoptar una de las tres posturas permitidas al amparo de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, pagar: desamparar u oponerse. En los dos primeros casos no son previsibles problemas concretos, sin embargo en el supuesto de que el tercer poseedor notificado opte por la tercera postura (o sea oponerse) la Resolución contemplada estima que supondrá una contradicción con el mismo artículo 126 de la Ley Hipotecaria, que está contemplando la notificación con carácter previo al inicio del procedimiento contra el bien, estimando asimismo que de aceptar la solución que deviene del artículo 143 del Reglamento Hipotecario se perpetuaría a lo largo del proceso la legitimación de las partes, con el consiguiente menoscabo de la efectividad *erga omnes* del embargo y se obligaría a duplicar trámites ya cumplidos. A esta postura del Centro Directivo cabe no obstante poner una objeción: no parece correcto tratar de evitar el menoscabo señalado en base a interpretar el precepto reglamentario de forma claramente perjudicial para el tercer poseedor, entendiendo que la notificación no es precisa, porque entonces el menoscabo en sus derechos lo sufriría este último, que sin ningún tipo de actitud negligente por su parte se encuentra con que se le suprime una garantía procesal legalmente contemplada, y que podía permitirle en un momento concreto del procedimiento adoptar una postura procesal concreta para la mejor defensa de sus expectativas sobre el bien ejecutado. Y desde luego no parece admisible considerar no necesaria la notificación porque ello implica una duplicidad de trámites y una pérdida de "agilidad" del procedimiento, y no parece admisible por las siguientes razones. Primero: porque esos trámites se hallan contemplados en el marco legal que rige el procedimiento ejecutivo ordinario. Segundo: porque tal duplicidad no se da, al poder adoptar en cada momento del proceso una postura distinta dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso. Y tercero: porque es sumamente peligroso agilizar los procedimientos (especialmente aquellos que no son sumariales) mediante la supresión de las garantías procesales contempladas en favor de aquellos que creen mantener expectativas sobre un bien que está siendo ejecutado.

Por último quisiera señalar acerca de esta cuestión en la que, como en muchas otras, se acusa al Registrador de la Propiedad de ser un fiscalizador de la actividad jurisdiccional, que ello, con independencia de que en el presente caso sea precisa o no la notificación debatida, no es si puesto que la calificación se ciñe a los obstáculos que surgen de los mismos libros registrales (en los márgenes del art. 18 de la Ley Hipotecaria) de donde resulta la existencia de unos titulares de anotaciones posteriores a la anotación que deriva del juicio ejecutivo, pero anteriores a la fecha de la nota marginal de expedición de la certificación que no han resultado notificados en la forma que parece exigir el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, y poner esto de relieve no supone traspasar los límites de la calificación registral e invadir con carácter fiscalizador la actividad jurisdiccional, la misma Dirección General en Resolución de 24 de agosto de 1981 señaló que la calificación desfavorable del Registrador —al no haberse ejecutado una notificación de las comprendidas en el art. 131, p.5, de la LH— no invade el fundamento de la decisión judicial sino que supone poner de relieve obstáculos que surgen del Registro.

Así pues, aún si seguimos la tesis del Centro Directivo en esta materia y entendemos que, teniendo en cuenta las diferencias estructurales existentes en-

tre el juicio ejecutivo y el judicial sumario y la necesidad de interpretar el artículo 143 del Reglamento Hipotecario a la luz de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y las demás consideraciones enunciadas en la Resolución analizada, se puede llegar a la conclusión de que no es precisa la notificación debatida, pero en ningún caso se puede considerar que la calificación traspasa los límites de la función registral, dado que el defecto señalado surge de los libros del Registro de la Propiedad y de la interpretación y aplicación de un precepto reglamentario vigente.

*Conclusión.*—En resumen, la cuestión acerca de la necesidad o no de la notificación referida será una u otra según se considere:

1. Que el tercer poseedor aunque sea anterior a la nota de expedición de la certificación de cargas, pudo conocer en el momento de anotar su derecho, la existencia de un procedimiento en marcha referido a la misma finca y unido esto a considerar que en caso de optar el tercer poseedor de las tres posturas posibles pagar, desamparar u oponerse, si optara por la última ocasionaría un considerable perjuicio a la marcha del procedimiento iniciado, y, en consecuencia, a los intereses del ejecutante, hace que se deba interpretar el artículo 143 del Reglamento Hipotecario a la luz de los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y a considerar interpretando restrictivamente el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tal notificación no es necesaria.

2. Sin embargo si consideramos que el tercer poseedor de bienes anotados de embargo —e igualmente aquellos acreedores que hubieren obtenido anotación de embargo— cuyo asiento registral sea posterior a la anotación ordenada en juicio ejecutivo ordinario pero anterior a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien pudieron conocer en el momento de practicar su asiento en los libros registrales la existencia de anotaciones precedentes derivadas de un procedimiento en marcha, lo cierto es que también el procedimiento judicial sumario el tercer poseedor pudo conocer la existencia de una hipoteca precedente y no por ello deja de ser necesario hacerle la notificación prevista en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y si consideramos que la razón de tal exigencia no es otra que conseguir que aquel que diligentemente ha inscrito o anotado su derecho en el Registro tenga suficiente noticia de apremio y tenga la posibilidad de ser oído antes de que su asiento pueda ser cancelado, y si entendemos que dado que el proceso de ejecución iniciado afecta directamente a aquellos acreedores con créditos posteriores anotados y a los posibles terceros poseedores, para ellos es importante para salvaguardar sus expectativas conocer el momento procesal del juicio ejecutivo y, en consecuencia, que la notificación prevista en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se extiende a todas aquellas que aparecen en la certificación de cargas que el Registrador remite al Juez executor con arreglo al artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que si no se entiende porque esta certificación ha de extenderse no sólo a las hipotecas sino a las cargas y gravámenes, si luego no tiene ninguna aplicación concreta al proceso el conocimiento de tales causas y gravámenes por el Juez executor. Y, finalmente, si consideramos que la necesidad procesal de tal notificación deducida con arreglo a todo lo anteriormente señalado se halla recogida y prevista hipotecariamente a través del artículo 143.2 del RH —que no puede desvirtuarse por razones de economía procesal— concluiremos que la notificación, requerimiento o citación debatida es necesaria.

*Segunda cuestión.*—1. Respecto a la segunda cuestión tratada por la Resolución objeto del comentario, la postura de la Dirección General es terminante en su pronunciamiento y viene a reiterar la doctrina sentada con anterioridad por este Centro Directivo. Siendo la cuestión si un mandamiento cancelatorio dictado en juicio ejecutivo ordinario es suficiente para la cancelación de las cargas posteriores a la anotación de embargo del crédito del actor, teniendo en cuenta que en el momento de presentación en el Registro de la Propiedad, al mandamiento la indicada anotación había sido ya cancelada por caducidad como consecuencia de la expedición de una certificación de cargas referida a otro procedimiento en curso. Nuestro Centro Directivo —tras poner bien claro que no entra en cuál pueda ser la preferencia sustantiva entre los créditos respectivos— destaca la operatividad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria que consagra el principio de prioridad registral, con arreglo al cual en caso de existir varias anotaciones de embargo sobre una misma finca, será únicamente la primera de ellas la que puede provocar la cancelación de todas las posteriores —sin perjuicio de poder satisfacer sus expectativas con el rematante del precio de remate si lo hubiese— con la sola presentación del mandamiento referido en el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario, consecuencia del procedimiento ejecutivo oportuno para la efectividad del crédito amparado por la primera anotación. Sin embargo, si como consecuencia de su caducidad esta primera anotación debe ser cancelada, habrá perdido, sin lugar a dudas, su rango hipotecario en favor de las anotaciones que eran posteriores y que ahora adelantan un puesto en su rango hipotecario pasando por encima de la que fue primera y cuyos efectos se han extinguido de modo automático, no pudiéndose, en consecuencia, pretender, en base a ella y su prioridad registral la cancelación de las anotaciones que en su momento fueron posteriores, a través del mandamiento cancelatorio previsto en el artículo 175.2 del Reglamento Hipotecario, puesto que era el rango hipotecario previsto —ahora perdido— de la anotación preventiva sobre la que se había de sustentar la eficacia de dicho mandamiento.

2. La postura inequívoca de nuestro Centro Directivo, señalada anteriormente, viene a ser ratificada aún de modo más rotundo a través de una Resolución de 11 de julio de 1989, en la que ante la pretensión de que se despache un mandamiento en el que se ordenaba la prórroga de unas anotaciones preventivas de embargo que habían caducado con anterioridad a la fecha de presentación del citado mandamiento en el Registro de la Propiedad, establece y destaca el carácter radical y automático —a la vista del art. 86 de la Ley Hipotecaria— de la caducidad como modo de extinción de asientos que nacen con vida limitada una vez llegado el día predeterminado. En consecuencia, la imposibilidad de practicar operación registral alguna —a no ser su cancelación, si no se había verificado anteriormente— que tengan su base en asientos caducados, destacándose que esto es así dado que la trascendencia *erga omnes* de la institución registral supone que la normativa rectora de su funcionamiento únicamente sea predicable respecto a los asientos registrales que se hallen en vigor.

De la claridad de esta fundamentación jurídica de nuestro Centro Directivo podemos fundar los siguientes comentarios:

a) En primer lugar indican de modo claro los fundamentos de esta Resolución que la fecha que habrá de tenerse en cuenta para que se produzca la caducidad por el transcurso de plazo de cuatro años fijado por el artículo 86, es la fecha de la anotación preventiva misma sin que a estos efectos tenga valor alguno la fecha de la nota marginal de la expedición de la certificación de cargas

practicada en el curso del procedimiento ejecutivo oportuno. Dicha nota marginal producirá unos efectos relativos a la situación jurídico-procesal de aquellos que con anterioridad o posterioridad hayan anotado o inscrito sus expectativas en el Registro de la Propiedad, pero en nada afectará o modificará la fecha de caducidad de las anotaciones preventivas (su cauce de modificación de dicha fecha de caducidad debe buscarse a través del art. 199 del Reglamento Hipotecario).

b) Asimismo es de destacar que la Resolución comentada señala que la caducidad de un asiento extingue automáticamente sus efectos registrales "cualquiera que sea la causa" que provoca la caducidad, quiere esto decir que al Centro Directivo sin tener en cuenta la argumentación del recurrente —que señala que la caducidad se produjo sin que existiera atisbo de abandono o dejación, sino por la mala suerte que aboca a una nulidad de actuaciones— resalta la aplicación correcta del artículo 86. En este mismo sentido la citada Resolución de 11 de julio de 1989 establece el carácter radical y automático de la caducidad como modo de extinción de los asientos y "ello con independencia de las concretas causas que en el caso debatido provocaron el retraso en la presentación".

La tesis no podía ser otra dado que, aún sin tener en cuenta los graves problemas de inseguridad jurídica a que daría lugar la aplicación con carácter "flexible" de los plazos concretos establecidos legislativamente, lo cierto es que el Reglamento Hipotecario en su artículo 199.2 tras la reforma introducida en su artículo 199.2, estableció la prórroga con carácter indefinido de las anotaciones preventivas que fueran reflejo registral de procedimientos en desarrollo, y ello con el fin de prever las consecuencias negativas que de no concederse la prórroga de tales anotaciones podían derivarse para sus titulares en caso de que el procedimiento se prolongara en el tiempo, siendo a través de la utilización de esta posibilidad reglamentaria contemplada como se evitaran problemas los titulares de anotaciones preventivas cuyo plazo de vida se acerque al día predeterminado para que se produzca su caducidad.

c) Por último, destacar en torno a este tema, que si bien nuestro Centro Directivo ha evitado pronunciarse —puesto que ello no era preciso para resolver el problema planteado— acerca del carácter constitutivo o no de la anotación preventiva de embargo, y, asimismo, tampoco configura su naturaleza jurídica (ya sea como un derecho real, como un *ius ad rem*, como un derecho personal, como hipoteca de seguridad o cualquiera otra de las sostenidas doctrinalmente), y aunque no podemos aquí entrar en el estudio de estas cuestiones si creo que es interesante destacar la distinción entre el embargo como acto procesal, y la anotación preventiva como su proyección registral. Así podemos consignar al embargo como la afectación de unos bienes concretos a un proceso para asegurar una futura y eventual ejecución, y para dotar a esta garantía de una cierta eficacia real se añade la anotación preventiva como en su proyección registral. Configurados así el embargo, y la anotación preventiva, puede tener aquel una vida propia e independiente de esta, de manera que si ésta caduca, y como consecuencia de ello se cancela, aquel puede subsistir siguiendo los avatares propios del procedimiento de ejecución en que fue utilizado y con arreglo a sus propios requisitos de existencia y extinción. Con arreglo a lo anterior se deduce que el embargo, y sus efectos en cuanto traba procesal, persistirán y en nada resultarán afectadas (en su existencia aunque acaso sí en su efectividad) por la cancelación por caducidad de la anotación preventiva derivada del mismo procedimiento, y, por tanto, cuando en el curso de esta Resolución se trata de la

caducidad de los asientos registrales y sus consecuencias nos estamos refiriendo única y exclusivamente a la proyección del procedimiento y a la publicidad efecto registral derivado de la anotación misma, pero no nos estamos refiriendo para nada a la caducidad de los actos o derechos que se registran.

Sin embargo la publicidad registral que deriva como efecto de la anotación preventiva, surge como un efecto de carácter secundario, anudado al asiento registral y si este asiento tiene una vida limitada, también la tendrá la publicidad que de él deriva, y cancelado aquel por caducidad los efectos de su posibilidad cesarán en su ejecución de modo automático.

Finalmente, y en un plano más relajado, me gustaría comentar la casi habitual reiteración por parte de los recurrentes en todo tipo de asuntos, del argumento relativo a la vulneración de los preceptos de la Constitución, especialmente del artículo 14 de la misma, en todos aquellos casos en que la calificación registral no se ajusta a sus pretensiones. Estamos, pues, ante un argumento-comodín ante cualquier problema de índole jurídico, y si a ello añadimos que no es infrecuente aducir este mismo artículo en defensa de la calificación registral, que también es un argumento en boga utilizado profusamente por organismos de índole muy variada, ya sean de carácter feminista, ecológico, político o cualquier otra; hay que concluir que si no se matiza claramente su alcance, nos encontraremos con una verdadera cláusula de estilo en todo tipo de argumentación jurídica. Así parece entenderlo nuestro Centro Directivo cuando —así ocurre en la Resolución comentada— es frecuente que pese a ser esgrimido este artículo argumentalmente por los recurrentes, no es ni tan siquiera tenido en cuenta entre los preceptos legislativos que se sirven de base de la subsiguiente Resolución.

GALO RODRÍGUEZ TEJADA

# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR JOSÉ QUESADA SEGURA

***EL COMPRADOR DE UN BIEN INMUEBLE CON PRECIO APLAZADO Y PACTO DE RESERVA DE DOMINIO A FAVOR DEL VENDEDOR, PUEDE EJERCITAR LA TERCERIA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1989).***

*Doctrina de la Sentencia.*—Se somete a la resolución de esta Sala un mismo y único problema, cual es el de si el comprador de un bien inmueble a precio aplazado y con pacto de reserva de dominio a favor del vendedor hasta que quede totalmente pagado el precio, que se halla en la posesión del inmueble comprado, por habérselo entregado el vendedor y que va cumpliendo exacta y puntualmente su obligación de pago en los respectivos vencimientos de los plazos estipulados, puede ejercitar la acción de tercería de dominio ante un embargo trabado, antes del vencimiento de todos los referidos plazos, sobre dicho inmueble por un acreedor del vendedor para el cobro, por la vía de apremio, de las deudas que éste tiene contraídas en favor de ese acreedor. La solución que corresponde al enunciado problema, pese a las vacilaciones doctrinales, e incluso jurisprudenciales acerca del mismo, entendemos que ha de ser afirmativa y ello con base en las consideraciones siguientes: *a)* La acción de tercería de dominio tiene por finalidad principal el levantamiento del embargo trabado. *b)* Aunque carente de regulación legal (salvo las escasas referencias que al mismo hacen los artículos 6 y 23 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 17 de julio de 1965), el pacto de reserva de dominio, reconocido en cuanto a su validez por la doctrina uniforme de esta Sala (Sentencias de 16 de febrero de 1894, 6 de marzo de 1906, 30 de noviembre de 1915 y 10 de junio de 1958, entre otras), y por virtud del cual en el contrato de compraventa, el vendedor no trasmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que éste le pague por completo el precio convenido, viene a constituir simplemente, como cualquiera otra de las

varias que pueden utilizarse para ese fin, una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el periodo de pendencia de la expresada condición (*pendente conditione*), determinado dicho período por los sucesivos vencimientos de los plazos estipulados, se produce esta doble situación jurídica: por una parte, y desde el lado del comprador, éste, si bien adquiere normalmente, con la posesión de la cosa, el goce de ella, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva (voluntaria o forzosa) de la misma a un tercero, por lo que si antes de haber completado el pago, dispone voluntariamente de ella o se ve forzado a tal transmisión (a virtud de procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores), el vendedor, con base en el citado pacto de reserva de dominio, podrá ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercera de dominio, según los casos) para obtener la recuperación de dicha cosa; por otra parte, y desde el lado del vendedor, éste, pese al expresado pacto *reservati domini*, carece igualmente de poder de disposición o facultad de transmisión (voluntaria o forzosa) de la cosa a un tercero, mientras el comprador esté dando cumplimiento a la obligación de pago aplazado al llegar los sucesivos vencimientos de los plazos convenidos, de tal manera que si, durante el expresado periodo de pendencia de la condición, el vendedor dispone voluntariamente de la cosa en favor de tercero o se ve forzado a ello, a virtud de procedimiento de apremio seguido contra el mismo por sus propios acreedores, el comprador, que se halla en la posesión y disfrute de la cosa y viene realizando todos los actos a que está obligado para que la condición pueda cumplirse, no puede quedar inerte e indefenso ante esa situación a la que es totalmente ajeno, sin perjuicio, por otra parte, de que los acreedores del vendedor, durante el expresado periodo de *pendente conditione*, puedan trabar embargo sobre el crédito que el vendedor ostenta contra el comprador, por la parte del precio cuyos plazos aun quedan por vencer, pero no sobre la cosa vendida.

**LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA NO SE APLICA A TERCEROS QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL PROCESO (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La excepción de cosa juzgada, que establece el artículo 1.252 del Código Civil, tiene un doble efecto: negativo o preclusivo de todo ulterior debate sobre el mismo objeto (*non bis in idem*) y positivo, vinculante o prejudicial, en el sentido de no poder decidirse en otro proceso de manera distinta o contraria al fallo precedente, carece de aplicación a este supuesto, en el que lejos de tratarse de un nuevo proceso sobre el mismo objeto, se pretende simplemente que la Sentencia recaída en un único proceso sea ejecutiva, incluso por la vía de apremio, respecto de personas (los terceros adquirentes) que no han sido partes en dicho proceso, lo cual, salvo en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias se halla vedado por el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, por lo que si dichos terceros poseedores se niegan a restituir o ser desposeídos voluntariamente, no pueden ser compelidos a ello en vía exclusiva de ejecución de Sentencia, sino que habrá de seguirse contra ellos el proceso que sea procedente para obtener la mencionada restitución.

**EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA SIENTA UNA PRESUNCION IURIS TANTUM.  
LA FECHA DE UN DOCUMENTO PRIVADO PUEDE ACREDITARSE POR OTROS MEDIOS DE PRUEBA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como consecuencia que es, según expresamente se reconoce, de lo establecido en el párrafo primero, no sienta más que una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuado por prueba en contrario (Sentencias, entre otras, de 4 de enero de 1982 y 21 de septiembre de 1987).

Esta Sala ha declarado que el principio legal que establece el artículo 1.227 del Código Civil (surtir efectos la fecha del documento privado para terceros únicamente desde que se incorpora a un Registro público, desde que se entrega a un funcionario público por razón de oficio, o desde que muere uno de los firmantes) sólo es aplicable cuando el hecho a que se refiere solamente puede tener demostración por el propio documento, lo que no ocurre, como en el caso ahora contemplado, cuando existen otros medios de prueba que acrediten la realidad de la fecha que en él aparece (Sentencias de 20 de diciembre de 1956 y 12 de junio de 1986).

*Comentario.*—Aunque el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sea consecuencia del anterior, donde se establece la presunción *iuris tantum* es en el párrafo primero; presunción que es triple (existencia de los derechos inscritos, pertenencia al titular registral y posesión del mismo).

En el segundo párrafo no se hace presunción alguna, sino que se ordena que “no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente”. Lo que la jurisprudencia ha hecho, ha sido suavizar el rigor de esta norma, diciendo que es un requisito no esencial, y que puede cumplirse incluso en ejecución de sentencia, como señalan las Sentencias de 27 de noviembre de 1987 y 24 de abril de 1989, entre otras.

**NO SE PUEDE EXIGIR UNA APLICACION LITERAL DE “UNA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION” (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina de esta Sala que la resolución del contrato de compraventa de inmuebles conforme al artículo 1.504 del Código Civil requiere para su viabilidad una voluntad manifiesta de incumplimiento, sin que se pueda exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino que más razonablemente es suficiente apreciar incumplimiento cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual o cuando se obligue al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento ante la inactividad en el pago del comprador y adeudándose una suma importante en relación al total precio del inmueble vendido (Sentencias de 21 de febrero y 4 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1988, entre otras). En consecuencia, habiéndose cumplido oportunamente el requerimiento que exige el artículo 1.504 del Código Civil, por medio de acta notarial, no puede concederse al comprador nuevo término.

**HAY SUPUESTOS EN QUE PUEDE EJERCITARSE LA ANULABILIDAD POR VIA DE EXCEPCION** (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1989).

*Doctrina de la Sentencia.*—Si sigue vigente la doctrina general de que la nulidad plena puede hacerse valer por vía de acción y de excepción, mientras que la anulabilidad sólo accionando, ello no ocurre en todos los casos, pues en supuestos como el que nos ocupa la anulabilidad aceptada puede acogerse sin necesidad de que se reconvenga por quien ha padecido la restricción en su capacidad de obrar, siempre que lo haga dentro del plazo de caducidad, ya que en otro caso, se si admite que no puede reconvenir, sería él quien quedaría indefenso.

**LA ACCION DE TERCERIA DE DOMINIO TIENE POR FINALIDAD EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO** (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1989).

*Doctrina de la Sentencia.*—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 obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (Sentencias de 29 de octubre de 1984 y 11 de abril de 1988, entre otras), o lo que es igual, sustraer de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado (Sentencias de 8 de mayo de 1986 y 12 de febrero de 1988), ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que éste realmente tenga y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento (Sentencias de 29 de noviembre de 1962 y 13 de diciembre de 1982).

**NO PUEDE REVISARSE EN CASACION LA PRUEBA PERICIAL** (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1989).

*Doctrina de la Sentencia.*—La prueba pericial no puede confundirse con la documental, pues son medios de prueba distintos. La prueba pericial es apreciada por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a un dictamen determinado, lo que impide que pueda denunciarse un error en su apreciación; al ser la pericial prueba de apreciación discrecional, según las mencionadas reglas de la sana crítica, estas reglas, no constatadas ni previstas en ninguna norma valorativa, carecen de eficacia para poder fundamentar recursos de casación, no siendo por tanto censurables los criterios de aplicación, ni los modos empleados por el Tribunal *a quo* en su valoración; la nueva normativa dada por la Ley de 6 de agosto de 1984 no ha alterado la doctrina legal anterior, en el sentido de no ser impugnabile en casación la prueba pericial, no permitiéndose por tanto al recurrente un nuevo examen y valoración de esta prueba, para extraer consecuencias más favorables a sus intereses, lo que implicaría convertir la casación en una tercera instancia; en definitiva, ni antes ni después de la reforma, se ha introducido una impugnación abierta, libre y sin cortapisas, sobre lo acordado por el Tribunal de instancia, que continúa siendo soberano en la apreciación de la prueba, quedando fuera del ámbito casacional la documentación judicial de las pruebas periciales, testificales y de confesión en juicio.

**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL NACIDA DE NEGLIGENCIA PUEDE MODERARSE. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga —tal como acertadamente ha puntualizado la mejor doctrina— a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es bien sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica que ciertamente evitará, en el caso del artículo 1.103, resultados contrarios a la equidad. Y es esa norma de *ius equum* la que debe ponderarse y entrar en juego en el supuesto de que se trata, en la medida en que el concepto más clásico y genuino de la equidad como justicia del caso concreto, supone y significa la adecuación de la regla general a las circunstancias del caso, para evitar así que su aplicación a éste resulte injusta. La regla general del repetido artículo 1.103 es que la responsabilidad se exige “en toda clase de obligaciones”, pero si procede de negligencia, esa exigencia puede resultar injusta en un caso concreto por las circunstancias específicas que en él concurran, lo que obliga en tales supuestos a moderar precisamente la cuantía o cuantificación de la responsabilidad, sin que por ello sea obligada la apreciación de con causas o concurrencia de actitudes culposas o negligentes, bastando con comprobar y estimar que los cuantiosos daños producidos superan ostensiblemente lo que sería previsible para el grado de negligencia observado.

**CONTRATO DE SEGURO: EL IMPAGO DE LA PRIMA NO PROVOCA AUTOMÁTICAMENTE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El contrato de seguro, en sus líneas generales, y sobre todo cuando su objeto es el aseguramiento de cosas materiales percederas, por el riesgo, entre otros, de incendio, como es el caso de autos, participa de la categoría de los llamados contratos aleatorios o de suerte, enmarcados en el título XII del libro IV del Código Civil, y por eso mismo ha de matizarse cómo opera en tales negocios el sinalagma ejecutor o prestacional, en la idea de que al contrario de otros contratos en los que el intercambio de prestaciones es cierto y en exacta equivalencia —“conmutativos”, “onerosos”, por ello mismo— en éste de seguro, tras su concertación no se produce un tránsito real de cosas o servicios entre las partes que colme el objetivo a satisfacer, sino que por un lado, mientras que el asegurado sí tiene el deber de abonar la prima convenida, por el asegurador se asume el riesgo de garantizar el evento dañoso, cuando el mismo se produzca, que, claro es, depende del *aleas* o azar, por lo que en realidad, tanto el asegurado se satisface desde el comienzo de la relación con la tranquilidad anímica de que está a cubierto del riesgo, como el asegurador *ab initio* no tiene por qué desplazar ningún bien material como contraprestación, en tanto no se produzca el siniestro o riesgo asegurado; así las cosas, no debía en buena lógica jurídico-civilística, proyectarse sobre este contrato de seguro la pura exigencia de en otros contratos, en la idea de que incumplida la prestación por una parte —el asegurado en cuanto al pago de la prima— tenga automáticamente que darse por resuelta la póliza suscrita, y sin duda, al socaire del principio general

del artículo 1.124 del Código Civil, se prevea en el artículo 15 de la Ley de Contratos de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, que “si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida con base a la póliza, salvo pacto en contrario”; o sea, no cabe la cesación de efectos inmediata, sino esa posibilidad actuatoria del asegurador, al margen del juego de tal “pacto en contrario”.

**LA INSCRIPCIÓN NO TIENE CARÁCTER CONSTITUTIVO TRATÁNDOSE DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—No es de acoger el motivo segundo, por alegada violación del principio de legalidad, contenido en el artículo 9.3 de la Constitución española y artículos 149, 18, 20 y 30 de la Ley Hipotecaria y 244 de su Reglamento, en relación con el artículo 1.256 del Código Civil, porque si ciertamente la normativa contenida en los indicados preceptos de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento aluden a la exigencia de inscripción en el Registro de la Propiedad del crédito hipotecario cedido, ello hay que entenderlo en sus efectos con relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación y consiguiente normativa de que la inscripción es meramente declarativa, y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene carácter constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo 2.º del artículo 149 de la Ley Hipotecaria cuando previene que “el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”, significativo, como tiene declarado la Resolución de 22 de diciembre de 1945, de que el hecho de que el demandante actuase en el procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario, no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita en fecha posterior. Lo confirma el artículo 32 de la Ley Hipotecaria cuando se manifiesta en el sentido de que los derechos reales no inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudicarán a tercero, determinando, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 15 de abril de 1899, 27 de octubre de 1900 y 17 de enero de 1903, que los títulos no inscritos en el Registro de la Propiedad pueden y deben ser estimados, cuando las personas a quienes perjudiquen no ostenten frente a ellos otros inscritos, dado que en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la referida Ley Hipotecaria, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias de 11 de enero de 1988 y 26 de octubre de 1899, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es de por sí un título de derecho, sino corroboración y garantía de los que revisten tal solemnidad.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: NATURALEZA Y FACULTADES DEL CARGO DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La jurisprudencia tiene declarada, respecto a la naturaleza del cargo de Presidente, que constituye un órgano del ente comunitario, cuya voluntad sustituye a la voluntad social, representando a la Comunidad

en juicio y fuera de él, y exigiéndose al mismo tiempo que la persona nombrada tenga la condición de copropietario, pudiendo ejercitar en principio las acciones encaminadas a obtener el resarcimiento derivado de defectos constructivos en los elementos comunes, y los propietarios singulares tengan, también en principio, que ejercitar las acciones propias de sus pisos y locales, lo que no impide que cuando los daños originados en estos espacios privados se produzcan por el mal estado de un elemento común, cuyo origen está en la defectuosa terminación, no pueda entenderse que la representación del Presidente se extiende a la que correspondería a los referidos propietarios singulares, ya que el contenido de su derecho singular y exclusivo, viene referido al “aprovechamiento independiente” y a su concreción material, no imaginable sin la conjunción con los elementos comunes del edificio, y con la existencia de una serie de factores que interesan a toda la comunidad, lo que permite calificar a aquella titularidad individual como una auténtica propiedad especial, distinta de la del artículo 348 del Código Civil, y sin que por ello pueda quedar reducida la posibilidad de actuación de la Comunidad como tal a dichos elementos comunes, cuando el artículo 13,5 de la Ley autoriza a tomar las medidas convenientes o necesarias para el interés general, o al mejor servicio común, entre los cuales cabe incluir primeramente las referidas a los elementos comunes, y ampliar después a las que, derivadas de los mismos, afecten a los privativos.

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: SI EL DAÑO DERIVA DEL USO DE LAS COSAS, EL DUEÑO DE LAS MISMAS DEBE RESPONDER (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1989).**

*Hechos.*—Al cerrarse violentamente la ventana de un piso, por efecto de una corriente de aire, se desprendió un trozo de cristal que cayó a la calle, matando a una niña. Los inquilinos del piso y la aseguradora del edificio son condenados a indemnizar.

*Doctrina de la Sentencia.*—En ambas clases de responsabilidad aparecen las tipologías más clásicas de la institución, que en su génesis secular, partía de que la responsabilidad así derivada de un factor de indiscutible aporte voluntarista o intencional —en sus diversos grados— del que luego resultaría responsable: el autor del ilícito civil o aquiliano, por su negligencia o conducta reprochable, o el que asumió voluntariamente responder frente a terceros por los daños causados a estos, bien personalmente o bien, con la técnica evolutiva del seguro de daños merced al desplazamiento de esa responsabilidad al ente que asume aquel deber por la percepción de una prima; mas la misma evolución de los tiempos, en pos de robustecer más el principio con la adecuada tutela efectiva judicial (art. 24.1 Código Civil) o, en otras palabras, que ante la producción de un daño, debía a toda costa, encontrarse la persona responsable haya o no participado en su causación voluntaria de la acción, culminó, en un reino ya de progreso o solidez de los principios de solidaridad social en el advenimiento o de la llamada responsabilidad por riesgo, o bien de la responsabilidad por el uso de las cosas, en la que ya, descolgando el nexo de imputación del modelo voluntarista, la conquista de aquella ecuación —daño igual a responsabilidad— determinó que en cualquier caso, cuando ese daño se produce a consecuencia de la presencia del damnificado en un mundo que esta actividad económica en que se halla o a la que sirve el dueño o lucrado con esta actividad, debe responder ese dueño —siente para

los dogmas clásicos del *ubi emolumentum ibi onus* o *eius commoda, eius incommoda*, o bien, en una versión más progresista y actual, que si el daño deriva del uso o contacto con las cosas, el autor/dueño de esas cosas debe responder, como si estuviesen las mismas vivificadas y fuesen las causantes de aquel daño; y es claro que si acontece el traslado de esa responsabilidad de/por las cosas mediante el instrumento del seguro, la entidad subrogada asume igual posición frente a los terceros que resultaron dañados o por la actividad o por el uso o contacto de tales cosas.

#### NATURALEZA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE ALGUNOS PISOS QUE SE CONSTRUYAN EN EL (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1989).

*Doctrina de la Sentencia.*—El contrato ha sido tratado por la literatura jurídica, habiéndose iniciado su contemplación con ribetes definitorios como una permuta especial en la que uno de los permutantes transmite al otro —salvo pacto de reserva de dominio— la propiedad de un solar edificable de que es dueño, mientras que el segundo, constructor o empresario de la construcción, asume la obligación de entregar a aquél locales o pisos del edificio, que se compromete a construir sobre dicho solar; negada su naturaleza de permuta por cierta doctrina extranjera al no poder cambiarse algo real por algo que no existe, sin embargo en la doctrina patria se suele hablar de permuta de solar por cosa futura, y varias Sentencias de esta Sala hablan de permuta sin más (S. de 24 de octubre de 1983), como permuta con prestación subordinada de obra, o bien como contrato atípico, según la de 22 de mayo de 1974, habiendo sido por fin la de 24 de octubre de 1983 la que lo ha contemplado con mayor nitidez: El negocio de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir es calificado por la jurisprudencia de contrato atípico *do ut des*, no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque presente notas que la aproximen a la permuta, e incluso subsumible por analogía dentro de los términos del artículo 1.538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aun existencia real en el momento de practicarse, por lo que se tratará de una prestación de una cosa futura que se corresponde con otra presente, añadiéndose que ante la falta de individualización de los pisos que habrá de entregarse ni la extensión o superficie de los mismos a los aportantes del solar que lo son en proporción diversa, supremos imperativos de justicia aconsejan que lo recibido sea en proporción del terreno aportado; por su parte la doctrina ya ha caracterizado este *nomen* negocial *ad hoc*, y lo fija en la apreciación de que se individualicen suficientemente los pisos o locales a recibir como contraprestación, o bien cabe que se deje al arbitrio de un tercero, aunque nunca a discreción de una parte porque lo veda el artículo 1.256 del Código Civil; que si se constituye un régimen de comunidad horizontal, el dueño del solar participe en la constitución de la misma, y sobre todo se contemplan los problemas del cumplimiento defectuoso de la prestación, en cuyo caso es posible la resolución vía artículos 1.504 y 1.124, siempre que el constructor no haya construido, planteándose la cuestión de si ha construido pero lo ha hecho mal, pues la restauración al origen de la situación será ya difícil, por lo que cabe o recurrir a las normas sobre accesión industrial, o el juego específico de la accesión invertida de nuestro artículo 361 del Código Civil.

**EL FONDO DE GARANTIA SALARIAL, QUE PAGA A LOS TRABAJADORES, SE SUBROGA EN LOS DERECHOS DE ESTOS FRENTE AL DEUDOR (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El Fondo de Garantía Salarial tendrá, por su indiscutible cometido de fiador, el derecho al reembolso derivado frente a quien proceda, y como si fuese el mismo titular o trabajador, pues se ha subrogado a todos sus derechos y acciones, por lo que podrá no sólo reclamar lo así pagado del deudor principal, sino ejercitar los derechos que le confiere la preferencia en caso de concurrencia, de consiguiente, tal subrogación determinante del derecho al reembolso, permitirá al fondo ejercitar las acciones consignadas con el privilegio de la máxima preferencia sobre cualquier otro crédito, y por ello hay que entender el juego de tal subrogación cuando realmente se produce, es decir, cuando el Fondo se convierte en acreedor, porque paga al trabajador, o sea desde el momento de pago, y sólo desde entonces, podrá instar su derecho, por lo demás podría funcionar en vía de exigencia como el relativo al de los trabajadores, en cuanto al plazo de ejercicio, y naturaleza prescriptiva del plazo.

**EL SERVICIO DE CUSTODIA QUE PRESTAN LOS HOTELES SOBRE ALHAJAS Y OBJETOS DE VALOR, NO CONSTITUYE CONTRATO DE DEPOSITO INDEPENDIENTE (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1989).**

*Hechos.*—La actriz A. R. se hospedaba en el Hotel E., de Valencia, y entregó una bolsa, conteniendo valiosas joyas para que se las guardaran en la caja fuerte del Hotel; con tan mala suerte que el Hotel fue atracado esa noche y la bolsa robada. A. R. demanda a la Compañía Hotelera, que es absuelta.

*Doctrina de la Sentencia.*—Parte la recurrente de entender que la entrega de la bolsa conteniendo sus joyas para su custodia en la caja fuerte del Hotel constituye un contrato de depósito voluntario y no un depósito necesario de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil. La responsabilidad excepcional de los hoteleros, regulada en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil, fundada en el riesgo profesional o de empresa, nace por el hecho de la introducción en hotel de los efectos por el huésped, sin necesidad de un previo contrato de depósito y sin requerirse la aceptación del fondista que queda, desde ese momento y hasta la terminación del contrato de hospedaje, responsable por los daños o la pérdida de los efectos introducidos en los términos establecidos en los citados preceptos legales; de ahí que no sea admisible la tesis sustentada por la recurrente sobre constitución de un depósito voluntario de los definidos en el artículo 1.763 del Código Civil a consecuencia de esa entrega de los efectos, ya que la misma trae su causa en el contrato de hospedaje celebrado, no constituyendo por tanto un contrato de depósito autónomo e independiente, distinto de la prestación por el Hotel de los varios servicios integrantes del complejo contrato de hospedaje, configurándose esa entrega como la adopción por el cliente de las prevenciones hechas por el hotelero sobre cuidado y vigilancia de los efectos valiosos: en este sentido, la Orden de 19 de julio de 1968, reguladora de la clasificación de los establecimientos, dice en su artículo 78 que “en todos los establecimientos se prestará el servicio de custodia de dinero, alhajas u objetos de valor que a tal efecto sean entregados bajo recibo por los huéspedes, siendo responsables los hoteleros de su pérdida o deterioro, en los supuestos y en las condiciones esta-

blecidas en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil", y el hecho de que no se hiciesen en el presente caso la entrega bajo recibo, no altera la responsabilidad del hotelero ya que tal falta sólo tendría relevancia en orden a determinar la existencia y valor de los efectos entregados. De otra parte, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad de los hoteleros o fondistas como depositarios de los efectos introducidos por los viajeros en sus establecimientos resulta agravada en relación con la que a los depositarios impone el artículo 1.766 en el depósito voluntario por los daños o pérdida de la cosa depositada, que se regula por lo dispuesto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, quedando exento de responsabilidad el depositario por unos y otra cuando sean debidos o provengan de caso fortuito o fuerza mayor, en tanto que el artículo 1.784 limita esa exoneración de responsabilidad a los casos en que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor, respondiendo de esos daños y pérdidas cuando sean producidos por caso fortuito, de donde se desprende que la admisión de la tesis de la parte recurrente situaría a ésta frente al hotelero en una posición menos favorable que la derivada del depósito necesario de los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil.

**LA PRESUNCION DE EXACTITUD REGISTRAL ABARCA SOLO LOS DATOS JURIDICOS (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Los documentos públicos no acreditan la veracidad intrínseca de las manifestaciones personales hechas por las partes, pudiendo ser combatidas por otros medios probatorios, y haciendo prueba contra tercero sólo del hecho que los motiva, y de la fecha de su otorgamiento. Tampoco es atendible la protección registral que se menciona, pues la presunción de exactitud registral que ampara el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cubre únicamente los datos jurídicos, no las circunstancias de mero hecho, tales como la extensión, situación, linderos, etc., de la finca inscrita.

**OBLIGACIONES CONTRACTUALES: NO HAY NORMATIVA GENERAL APLICABLE PARA CORREGIR LOS EFECTOS DE LA DEVALUACION MONETARIA (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es conocida, notoria y permanente la doctrina de esta Sala, según la cual no pueden devengar intereses deudas sujetas a depuración, liquidación y concreción a través de un necesario procedimiento judicial, como aquí acontece (SS de 30 de abril de 1981 y 28 de octubre de 1988, entre otras). No existiendo convenio expícito sobre indemnización de daños y perjuicios, dicha indemnización consecuenta a la mora en el pago de una cantidad de dinero, es siempre el pago de los intereses convenidos y en su defecto el interés legal, que corrigió las injustificadas demoras en el pago de cantidades una vez liquidadas, aunque fuera a través de un procedimiento judicial. En punto a la devaluación monetaria, que es un fenómeno producto del progreso y del estímulo productivo, no ha encontrado aun una normativa general que pueda ser aplicada y por ello se ha dicho, tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia, que, salvo los casos en que se ha regulado específicamente en determinadas materias —como es *ad exemplum* la corrección en el cómputo de bene-

ficios a efectos fiscales con el señalamiento de coeficientes en función del tiempo transcurrido en las inversiones que los generen—, en el ámbito civil, volvemos a repetir, en términos generales sólo ha encontrado su cauce por vía de la previsión contractual consensuada por medio de las denominadas cláusulas de estabilización; cláusulas de valor u otras con el mismo propósito, pero que fuera de estas previsiones sólo es utilizable el artículo 1.108 del Código Civil.

**SI LA RUINA OBEDECE A INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN ES DE QUINCE AÑOS (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Conforme a doctrina de la que es paradigma la contenida en la Sentencia de 11 de octubre de 1974, dictada a propósito de la responsabilidad decenal establecida en el artículo 1.591 del Código Civil, hay que distinguir entre la obligación de garantizar el resultado de las obras, edificaciones, construcciones, etc., realizadas por las personas que se enumeran en el precepto sustantivo, en el sentido de que si precluido el plazo no se hubiere producido el evento dañoso, la responsabilidad se extingue a la par; pero distinto es el supuesto en que los daños o perjuicios se derivan de un supuesto incumplimiento contractual en que la demora influyera sobre la construcción o sus vicios, en cuyo supuesto el plazo de prescripción de la acción de indemnización sería el genérico de quince años, como paladinamente se establece en el último de los párrafos del citado precepto.

El concepto jurídico de ruina empleada en el artículo 1.591 del Código Civil extravasa el puramente semántico de nuestro Diccionario, al comprender en la misma todos aquellos defectos o vicios que por afectar a elementos esenciales de la construcción lo hagan insertible o inadecuado para el uso a que estaba destinado, naciendo así una nueva figura que ha encontrado carta de naturaleza en la llamada ruina funcional.

**LA NATURALEZA DE LA SIMULACION ABSOLUTA ES ESENCIALMENTE CONTRAVENTORA DE LA LEGALIDAD (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—Calificada la simulación de total o absoluta —la llamada *simulatio nuda*—, la misma por su naturaleza esencialmente contravenidora de la legalidad, ostenta una afinidad cuasi pública con los *institutos* que en su juego operativo se prevalen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo simulado y el prevalecimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

Al no estar específicamente regulada la simulación por nuestro código, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que puede ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de la voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta cuando el propósito negocial inexistente por completo y la relativa, que es cuando el negocio aparente

o simulado encubre otro real o disimulado; si bien mirado el asunto y con alcance general en esta simulación absoluta, las partes no es que omitan o carezcan de causa *qur debetur*, o más en puridad *qur pactetur*, pues quieren preconstituir un negocio de sociedad en el caso en cuestión, pero eso sí, omitiendo un requisito de *ius cogens*, las aportaciones de algunos socios, con lo que también se alcanza por esta vía la nulidad radical.

**LA FALTA DE CAUSA PROVOCA LA NULIDAD RADICAL DEL CONTRATO**  
(SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1989).

*Hechos.*—Con el fin de burlar las garantías del Banco acreedor, un deudor vendió su finca a persona de su confianza. El Supremo declara la nulidad de la venta.

*Doctrina de la Sentencia.*—Aun cuando la compraventa es un contrato consensual y por tanto perfeccionable por el mero consentimiento de los intervinientes, no puede olvidarse que dicho acuerdo de voluntades ha de tener una razón de ser, esto es, una causa, de tal forma que si ésta no existe o fuese falsa, el contrato adolece de nulidad radical; la falta de dicho elemento esencial en todo negocio jurídico provoca la nulidad radical del contrato; esa nulidad es imprescriptible (SS de 19 de mayo de 1981 y 24 de febrero de 1986, entre otras). Es igualmente doctrina pacífica de esta Sala, la que en orden a la causa, su apreciación y su calificación, deben tenerse en cuenta ciertos aspectos tanto subjetivos (ánimo de perjudicar) como objetivos (acto o medio externo que caracteriza al dolo civil), tal acontecer cuando alguno de los contratantes hace uso de argucias o maquinaciones insidiosas para perjudicar al otro. Aun cuando cierto es que el artículo 1.277 del Código Civil establece una presunción en pro de la existencia y licitud de la causa, ello no es obstáculo para que, cual tiene declarado esta Sala, se admita la posibilidad de acreditar o justificar lo contrario por cualesquiera de los medios probatorios que se describen en el artículo 1.215 del Código Civil.

**ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: EXIGE FALTA DE CAUSA Y PROCEDER DE UN SOLO HECHO** (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1989).

*Hechos.*—La Casa Regional V. era arrendataria de unos locales, propiedad de don T. La Casa Regional hizo unas obras en los mismos; como dejó de pagar su importe, el contratista de la obra le demanda, así como al propietario. Este último fue absuelto.

*Doctrina de la Sentencia.*—En punto al enriquecimiento injusto, la doctrina de esta Sala tiene sentado que la *conditio* basada en el citado enriquecimiento injusto exige, para su éxito, entre otros requisitos, “la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida, presupuesto que con toda evidencia faltará en los casos de resarcimiento por incumplimiento contractual reprochable al sujeto pasivo de la pretensión de condena”. En la Sentencia de 30 de abril de 1988 se decía que, de aceptar la tesis del enriquecimiento que sostiene el recurso, se transformaría este principio general de derecho, de saludable postulado de equidad y justicia, en motivo grave de perturbación y trastorno de la seguridad de las relaciones jurídicas. Y más adelante se decía

asimismo "ha de ser un mismo hecho o circunstancia el que dé lugar a la pérdida o ganancia y no distintos hechos. Las obras se ejecutan y han de satisfacerse su precio por quien las ajustó, o sea, la Casa Regional, en tanto que si quedan a beneficio de la propiedad es por virtud del contrato de arrendamiento del local, con absoluta desconexión uno y otro contrato, pues en definitiva el alegato del recurso entraña nada más y nada menos que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del propietario del local respecto de las obras que libre y unilateralmente ajuste el arrendatario, lo que conduce al absurdo y a la imposición de una carga desconocida, sorpresiva y sorprendente para el dueño, que lo hace inviable en Derecho.

**SE PUEDE ACUDIR A LA PRUEBA DE PRESUNCIONES PARA APRECIAR LA SIMULACION DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—La necesidad de acudir a la prueba de presunciones a que se refiere el artículo 1.253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación, es doctrina reiterada de esta Sala, como la reciente Sentencia de 13 de octubre de 1987, pues al ser grandes las dificultades que encierra la prueba plena de la simulación de los contratos, por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación, y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, obliga a acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código Civil, y se reconoce en reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente entre otras las Sentencias de esta Sala de 25 de abril de 1981, 2 de diciembre de 1983 y 5 de diciembre de 1984, y con su base apreciar comportamiento simulador absoluto cuando, con arreglo a un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, se evidencia que el contrato no ha tenido en definitiva la causa que nominativamente se expresa.

**LOS DEFECTOS DE FALTA DE PERSONALIDAD SON SUBSANABLES EN CUALQUIER MOMENTO DEL JUICIO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS CAUSANTES DE LA RUINA DE UN EDIFICIO (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1989).**

*Doctrina de la Sentencia.*—El hecho de que en el encabezamiento de la demanda se diga solamente que el Procurador formula la misma en nombre de la Comunidad de Propietarios, sin agregar expresamente que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, no puede por sí solo entrañar la falta de personalidad (*legitimitatio ad processum*) en dicha actora, que quiere atribuirle la entidad recurrente, pues el imprescindible poder para pleitos, a virtud del cual actúa dicho Procurador, que fue acompañado con la demanda, aparece otorgado única y exclusivamente por el Presidente de dicha Comunidad de Propietarios, lo que sin género alguno de duda, está indicando que el referido ente comunitario interviene en el proceso representado por su Presidente. Siendo doctrina reiterada de esta Sala la de que los defectos o deficiencias determinantes de la falta de personalidad procesal son subsanables en cualquier periodo del juicio, doctrina que hoy se halla legislativamente consagrada por los artículos 11 y 243 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, si el que aquí nos ocupa pudiera mere-

cer, que ni a eso llega, la conceptualización de defecto o deficiencia determinante de la falta de personalidad procesal, el mismo quedó subsanado en la instancia.

La solidaridad que puede existir entre los responsables de la ruina, viene establecida por la doctrina de esta Sala (SS de 16 de marzo de 1984, 6 de junio de 1986 y 17 de mayo de 1988, entre otras), cuando no se puede establecer una conducta como exclusivamente causal de la ruina (vicios de la construcción o del suelo o de la dirección), o cuando, como ocurre en este supuesto, habiendo intervenido causas (vicios de la construcción y de la dirección) no se pueden cuantificar su influencia en el resultado.

J. Q. S.

### C) ARRENDAMIENTOS URBANOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

*TRASPASO.—NO HAY DIFERENCIA ENTRE CESION Y TRASPASO, SALVO EL REQUISITO DE LA ONEROSIDAD. LA ESCRITURA DE TRASPASO NO ES UN REQUISITO AD SOLEMNITATEM SINO AD PROBATIONEM DEL NEGOCIO JURIDICO (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1986).*

El Juzgado número 1 de Albacete desestima la demanda sin entrar en el fondo del asunto. La Audiencia estimó la demanda, declarando la existencia de traspaso de local en la forma establecida en el documento privado correspondiente.

No ha lugar a la casación. En el contrato de 1949 se estipuló que la participación del arrendador en el traspaso sería del 20 por 100 del precio, contrato que en 1979 fue novado, permaneciendo el mismo porcentaje de participación. En 1981 se produjo un nuevo negocio jurídico mediante documento privado, planteándose la duda de si este contrato supone la subrogación en los derechos y obligaciones de las partes convenidos en el anterior y concretamente la cláusula de estabilización, cuya vigencia se niega por el recurrente, estimando el contrato de 1981, como *ex novo*. Entiende que la cesión es distinta del traspaso, pero la realidad es que el artículo 29 LAU asimila la figura del traspaso y la de la cesión señalando tan sólo la particularidad de la onerosidad. El requisito de la escritura no es *ad solemnitatem* sino *ad probationem* como lo demuestra que la falta de escritura sólo conlleva la facultad del arrendador de desconocer el traspaso y aquí intervino personalmente en el contrato privado, lo que determina que el arrendador renuncia al cumplimiento de aquel requisito, lo que es factible según el artículo 6.3.º LAU. El traspaso supone una subrogación del cesionario en los derechos del cedente y en este caso, aparece claro al precisarse la participación del 20 por 100 y la alusión al contrato de 1979, reafirmando la continuidad de uno y otro, de lo que se deduce la correcta aplicación del artículo 29 LAU.

**REVISION DE LA RENTA.—SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA, DE ACUERDO CON LA LIBERTAD DE PACTO Y COMO CORROBORA EL RDL DE 30 DE ABRIL DE 1985 (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1986).**

Tanto el Juzgado número 1 de Murcia como la Audiencia de Albacete estimaron la demanda.

La misma doctrina mantiene el Tribunal Supremo. De acuerdo con las Sentencias de 13 de mayo de 1986, 11 de octubre de 1982 y 21 de octubre de 1985, la validez de las cláusulas de estabilización se asienta en el principio de libertad de pacto del artículo 1.255 CC y los artículos 97, 98 y 100 LAU, sin olvidar los cambios en la realidad socioeconómica a que responde el RDL de 30 de abril de 1985 que suprimía la prórroga forzosa, profunda innovación de la que no se puede prescindir como elemento sociológico de la exégesis normativa, conforme al artículo 3 del Código, pues es evidente que, a fin de lograr el equilibrio de las prestaciones acordaron que la corrección en la cuantía del precio se haría cuando el coste de la vida altere su valor más del 40 por 100 de la renta respecto al del mes de septiembre de 1977, lo que ha ocurrido según las certificaciones de la Delegación Provincial de Estadística, con independencia de todo factor temporal, sin tener que ajustarse a cada uno de los años transcurridos, aisladamente considerados, como pretendía la arrendataria. La limitación ordenada por las disposiciones dictadas para prevenir la inflación como el RDL de 4 de enero de 1978, el 29 de diciembre de 1979 y el de 1 de octubre de 1980, que no autorizaron elevaciones superiores al 80 por 100 de la elevación experimentada en los doce meses anteriores del Índice general de precios del consumo que debe publicar el IN de Estadística han sido tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, restringiendo los aumentos al 80 por 100, según lo dispuesto por tales disposiciones. No ha caducado la acción del arrendador, puesto que no han pasado tres meses desde la última comunicación de la demandada pero, además, aquel breve plazo sólo es operante cuando se trate de acciones fundadas en los supuestos legales de elevaciones fundadas en los artículos 99 y 100 LAU pero no en los casos de ejercicio de una cláusula estabilizadora como se hace constar aquí, pues en las cartas del arrendador se da por sentado que se trata de aplicar la cláusula 2.ª del contrato, siendo intrascendente el exceso en que, por error de cuenta incurre, luego subsanado en la demanda cuando ese no fue el motivo de la negativa de la arrendataria.

**NULIDAD DE CONTRATO.—LA DECLARACION DE SUBSISTENCIA DEL CONTRATO ARRENDATICIO HA DE EJERCITARSE POR EL PROCEDIMIENTO COMUN POR NO APOYARSE EN NORMA ALGUNA DE LA LAU Y HABER ACEPTADO LAS PARTES LA RELACION JURIDICO-PROCESAL CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El Juzgado número 3 de Oviedo declaró subsistente el contrato de arrendamiento que la propietaria quería declarar nulo, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa el recurso de casación. El Juzgado de Primera Instancia entendió correcta la demanda hecha conforme al juicio declarativo de menor cuantía, ya que se pedía indemnización de daños y perjuicios sufridos al tener que cambiar

de domicilio por la no reparación de los desperfectos sufridos en la vivienda arrendada, además de la subsistencia del contrato de inquilinato. Pero la Audiencia la desestima por creer que debió seguirse el procedimiento arrendaticio y no la acción extracontractual de daños y perjuicios. Sustancialmente lo que se reclama es una indemnización de daños por culpa, pero derivados de un contrato arrendaticio fundándose en el artículo 1.902 del Código. La jurisprudencia ha declarado que se ha de respetar la relación jurídico procesal establecida por las partes y habiendo alegado el actor y aceptado el demandado la litis conforme al artículo 1.902, el Tribunal de instancia no debe entender ejercitada la acción contractual. Incluso la acción de subsistencia del contrato arrendaticio ha de ejercitarse por el procedimiento común por no apoyarse en norma alguna de la LAU conforme al artículo 151 de la misma y así lo declaró en Sentencias de 2 de diciembre de 1965 y 10 de febrero de 1966, entre otras, ya que la determinación de la existencia del contrato cae fuera del ámbito de la LAU que sólo regula los efectos y consecuencias del contrato en período de consumación. En cambio sí se limita a las obras de reparación del inmueble debe prevalecer la legislación especial y seguirse el procedimiento en ella determinado, criterio acertadamente seguido por el Juez de Primera Instancia.

***TRANSFORMACION DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO.—EL EJERCICIO EN LA VIVIENDA DE UNA PEQUEÑA INDUSTRIA NO TRANSFORMA ESTA EN LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1986).***

El Juzgado número 4 de Madrid estimó la demanda dando lugar a la indemnización pedida por el arrendatario, desahuciado por estimar la propietaria que se había transformado la vivienda en local de negocio, alterando la naturaleza del contrato primitivo. La Audiencia absolvió de la demanda al demandado.

No ha lugar a la casación. El arrendamiento concertado en 1939 fue de vivienda y desde 1953, sin dejar de ser vivienda, el actor ejerció la profesión de constructor, teniendo centralizada en la vivienda la gestión de su negocio. Pero la vivienda no se transformó en local por el ejercicio de un pequeño negocio, tanto por el volumen de su actividad como por su facturación. En otro juicio de cognición seguido ante el Juzgado de Distrito número 13 de Madrid, se invocó por el recurrente la condición del inmueble como vivienda, siendo ahora cuando pretende que es local de negocio para pedir indemnización por el desalojo. Está probado que el arrendamiento fue de vivienda durante trece años y después, además, se ejerció en la vivienda una pequeña industria, es decir el supuesto del artículo 4.º LAU y no el del artículo 5.º, no habiéndose probado que el ejercicio de la industria tuviera la aquiescencia inequívoca de la entidad arrendadora. No se puede admitir que se tache el contrato de 1939 como inexistente olvidando que la base de la litis fue ese contrato de inquilinato y la naturaleza jurídica inicial no se perdió posteriormente, según fue apreciado por el Tribunal de instancia.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—SE TRATA DE UN CONTRATO MULTIPLE EN EL QUE SE CONVIENE UNA CESION O TRASPASO DE INDUSTRIA Y UN ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El Juzgado de Requena declaró resuelto el contrato pero no así la Audiencia de Valencia.

No prospera la casación. La Audiencia considera que el de autos es un contrato múltiple en el que se conviene un cesión o traspaso de industria por un precio de 900.000 pesetas y un arrendamiento de local por 20.000 pesetas mensuales, al que no le es aplicable el régimen que el Código establece para el contrato de arrendamiento de industria. La interpretación que del contrato hace el demandante no es sino un modo subjetivo de enjuiciar una situación dudosa, que la Sala ha considerado como un contrato múltiple en su modalidad de varios contratos unidos en un solo documento, cuyo contenido ha de interpretarse relacionando sus distintas cláusulas y lo que se decía en el encabezamiento del contrato y en otro documento posterior en que se insiste en que el anterior fue un traspaso de industria y un arrendamiento de local, como lo demuestra el fijar dos precios: una cantidad fija a pagar en varios plazos y otra pagadera por meses, interpretación que en modo alguno puede ser tachada de ilógica ni contraviene ninguna norma hermenéutica legal por lo que ha de aceptarse, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, que señala que la facultad de interpretar los contratos pertenece a la soberanía del juzgador de instancia y escapa al control de la casación.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO.—EL REQUERIMIENTO DANDO POR EXTINGUIDO EL CONTRATO LO FUE DENTRO DEL PLAZO PACTADO, POR LO QUE ERA PROCEDENTE EL DESAHUCIO CONFORME A LA LEGISLACION COMUN (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El Juzgado de Granadilla desestima la demanda de desahucio, pero la Audiencia de Las Palmas revocó la anterior.

No triunfa la casación. El demandado alega que lo arrendado no fue una industria sino un local de negocio sometido a la legislación especial y que el contrato se prorrogó tácitamente por no haber notificado la negativa con dos meses de antelación a su finalización. El Juzgado entiende que la negativa a la prórroga se había hecho dentro de los dos meses a final del plazo contractual y no impidió la tácita reconducción, pero la Audiencia estima que el requerimiento dando por extinguido el contrato lo fue dentro del plazo pactado y en consecuencia era procedente el desahucio. La fecha de 1 de octubre de 1980 que notificó por escrito y de común acuerdo la inicialmente consignada de 1 de septiembre es la del comienzo de los efectos del contrato y, por consiguiente, realizada la notificación de la extinción el 22 de julio de 1982, se estaba dentro del término hábil para la negativa de la prórroga, conclusión fáctica que únicamente puede combatirse por el número 7 del artículo 1.692 LEC, lo que no se ha hecho en este caso.

**DESAHUCIO.—TRATANDOSE DE UNA INDUSTRIA SE RIGE EL ARRENDAMIENTO POR EL CODIGO CIVIL Y NO RIGE LA PRORROGA FORZOSA DE LA LEGISLACION ESPECIAL (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El Juzgado número 2 de Marbella desestima la demanda, no dando lugar al desahucio por estimar que el contrato estaba sujeto a la legislación especial, pero la Audiencia de Granada estimó lo contrario.

No procede la casación. Lo arrendado son los servicios instalados en el "hall" del hotel para la venta de regalos, revistas, tabacos, etc. Si lo que se arrienda es el local "desnudo" o con elementos desarticulados no aptos por sí solos para una finalidad industrial o negocial, la relación será de local de negocio, pero no si se trata de un conjunto de elementos precisos y organizados para la obtención de un producto económico y susceptible de explotación inmediata en cuyo caso se está en presencia de un arrendamiento de industria. Lo que transforma el contrato es la unidad de empresa para producir rendimientos o lucros, según reiterada jurisprudencia. El objeto del contrato es una dependencia del hotel ubicada en su vestíbulo, que carece de acceso independiente desde la vía pública con imposibilidad de ejercer en él actividades comerciales sin que el hotel esté abierto y en funcionamiento, no pudiendo utilizar el negocio sino es para venta de regalos, revistas, etc., por estar orientado a la clientela del propio hotel, siendo claro que el contrato tiene naturaleza especial no sujeta a la LAU por formar parte de un complejo armónico del que no puede desligarse, conclusión a la que nada obsta la cláusula 3.ª del contrato al decir que el local destinado a la explotación de los servicios de "drug store" se entrega completamente terminado en su instalación de luces, teléfono, estantes, etc., todo en perfecto estado siendo por cuenta de la arrendataria los útiles que necesite para exponer los artículos, pues son algo accesorio que no desvirtúa el carácter de unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas. Rigiéndose el contrato por el Código Civil no hay posibilidad de aplicación de la prórroga forzosa reconocida por la LAU.

**DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—EL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS FISCALES NO PUEDE SERVIR DE BASE PARA EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1986).**

Tanto el Juzgado número 17 de Madrid como la Audiencia estimaron la demanda de resolución de contrato de arrendamiento de industria.

Tampoco procede la casación. La Sentencia que se impugna dice que se trata de un arrendamiento de industria y no de local, pues el arrendador cedió no sólo un local sino una industria en marcha con todos los enseres propios de su ejercicio. Tal conclusión en cuanto a sus bases de hecho y su calificación no es consolidada por el recurrente cuyo recurso se basa en la infracción del artículo 114.2 del texto refundido de la Ley de los Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967 al decir que el documento no fue presentado a liquidación del Impuesto y no puede producir efectos en juicio. Pero deben ser rechazados porque se basan en normas de carácter fiscal-administrativo y carecen de eficacia para apreciar los efectos

civiles de los contratos, si no se refieren a un contenido imperativo, por lo que no pueden fundar el recurso de casación.

**RESOLUCION DE CONTRATO.—PROCEDE LA RESOLUCION AUNQUE NO HAYA TRANSCURRIDO EL PLAZO ESTIPULADO YA QUE EL ARRENDATARIO HA DEJADO DE PAGAR LA RENTA (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1986).**

El Juzgado de Vic estimó la demanda declarando la resolución por falta de pago, lo que confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. Se hizo un contrato por diez años de arrendamiento de un hotel, restaurante y bar en el que se estableció que el objeto del arrendamiento era la industria o negocio de dicha clase, comprometiéndose la arrendataria a cumplir las formalidades administrativas que se requieran para poner en marcha la explotación y equipar a su costa todas las dependencias debiendo devolverlo con todos los elementos, los que recibe y los que ha de aportar, en buen estado de uso y funcionamiento. Pero la arrendataria dejó de abonar las rentas en marzo de 1979. No cabe duda que el arrendamiento es de industria con algunas especialidades, formando un arrendamiento complejo, consagrado por la jurisprudencia de esta Sala. Es obvio que la legislación aplicable es la del Código Civil y, en consecuencia, el equipamiento de las dependencias de cocina, restaurante y bar quedaban incorporados al negocio, según convinieren ambas partes. El artículo 1.255 CC establece la libertad de pacto y, en consecuencia, antes de efectuar los gastos originados por los elementos incorporados al negocio que pretendía explotar la recurrente, sabía que le iban a pertenecer por lo que caen por su base los motivos de casación. A pesar de que la duración era de diez años, no se puede considerar enriquecimiento injusto el que la sentencia concede la resolución, pasado un año, ya que la arrendataria había dejado de pagar la renta, por lo que la resolución es obra de su conducta, no pudiendo proyectarla sobre otros, aparte de que no había pasado un año sino tres.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LAS OBRAS REALIZADAS NO AFECTAN A LA ESTABILIDAD DEL EDIFICIO AUNQUE VARIEN LA CONFIGURACION DEL LOCAL (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).**

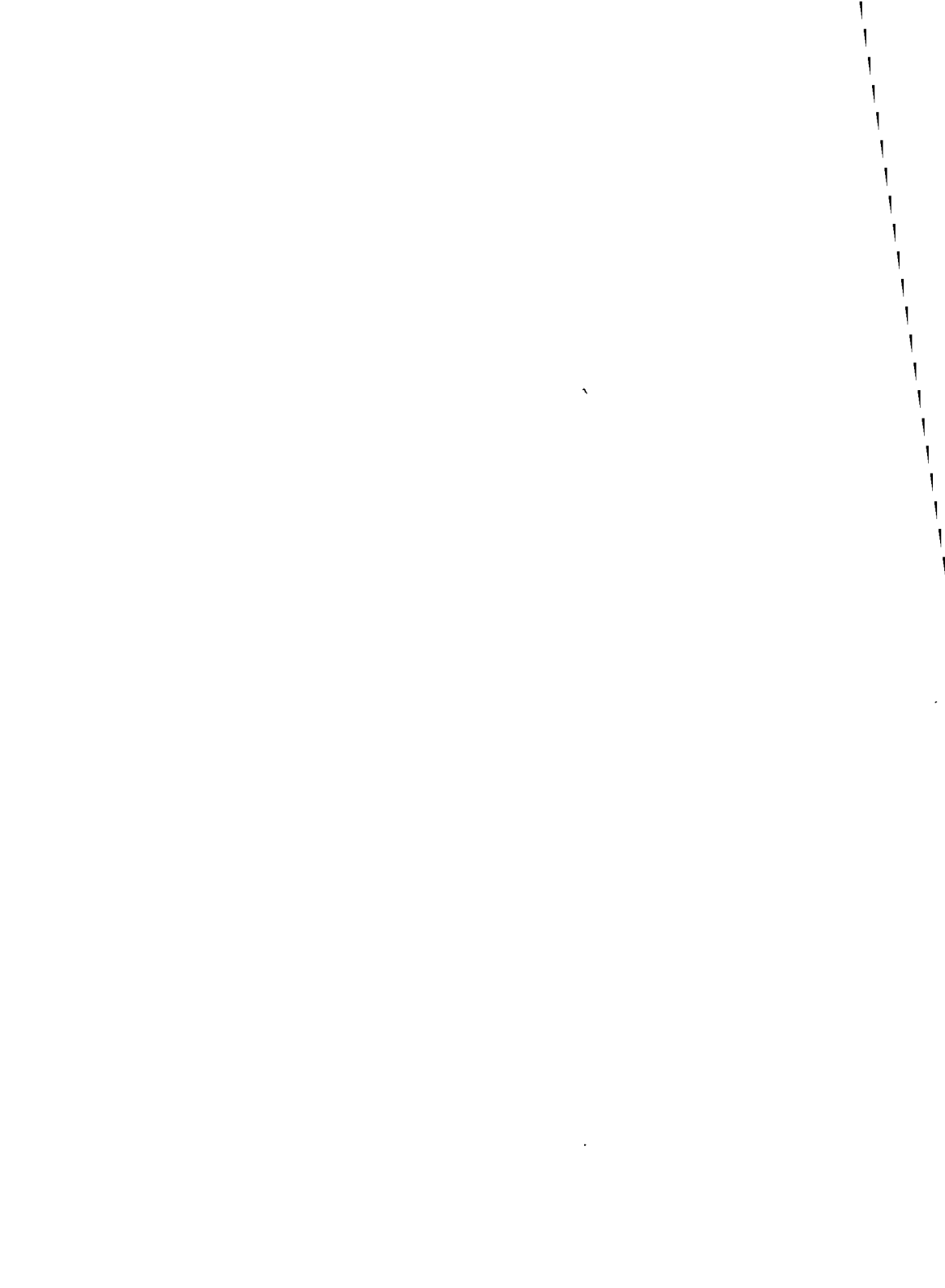
El Juzgado número 2 de Sevilla y la Audiencia de la misma capital desestimaron la demanda.

Tampoco triunfa la casación. Las obras realizadas lo han sido con el consentimiento del arrendador, sin que afecten a los muros maestros del edificio ni a la configuración del local, salvo el derribo de un tabique que se encuentra dentro de la amplia autorización hecha por el antecesor en el arrendamiento de la entidad demandada, ya que la cláusula 5.<sup>a</sup> autorizaba las obras aunque varíen la configuración actual de la tienda siempre que no afecten a la estabilidad, estructura o resistencia de los materiales y del edificio sin más que ponerlo en conocimiento del dueño. Los muros del edificio no han sufrido menoscabo en sus dimensiones ni hay debilitaciones en la resistencia de los materiales. El concepto de configuración es algo contingente y circunstancial a examinar en cada caso,

atendidas las características que concurren en la cosa arrendada, porque, sustituir en la fachada, revestida de mármol, este material por revestimiento de madera no afecta a la configuración, apreciación fáctica que ha de sostenerse, máxime cuando consta probado que ello no afecta a la estabilidad del inmueble.

C. R. R.

INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



GONZÁLEZ SALINAS, P.: *Formularios de Procedimiento Administrativo*, Civitas, 1990.

No se si a la "saga" de los GONZÁLEZ PÉREZ-SALINAS les he hecho recensión de esta obra que ahora aparece en su tercera edición, pero sea cualquiera la realidad, lo cierto es que me llega al despacho de "recensiones" y como las que he hecho en mi vida son muchas y mi memoria "veranea" quiero creer que es nueva para mi, por lo menos está al día; que no es poco en este mundo normativo muy semejante a la carretera amazónica, donde en cuanto te descuidas la jungla invade la calzada, allí como una protesta a la agresión de la naturaleza y aquí por la inseguridad que ofrece un sistema legislativo hecho a trozos, con remiendos y sembrado de inseguridad y lagunas.

Me ha preocupado mucho esa pregunta que los entrevistadores hacen a los personajes a los que se acercan micrófono en mano y que consiste en la dicotomía del ¿Usted estudia o trabaja? Pregunta que lleva consigo todo un posible lastre de diferenciación social, pero de la que echan mano los entrevistadores como esencial para centrar al personaje. Pues bien, yo creo que esa pregunta que trata de diferenciar el trabajo del estudio es muy semejante a la posible diferencia existente entre la "teoría y la práctica". No creo que pueda concebirse un trabajo bien hecho sin un previo estudio o experiencia, lo mismo que entiendo que el estudio supone un trabajo impresionante. Todo ello admitiendo que si el cuerpo humano se estructura en cabeza, tronco y extremidades y cada uno trabaja con lo que puede, es evidente que aún tratándose de estas últimas, hay que estudiar para trabajar con ellas. Por ello teoría y práctica se complementan, pues una teoría sin práctica sirve especulativamente, pero sin traducción a la realidad, lo mismo que una práctica que no se apoya sobre un conocimiento teórico no es fiable.

Esta última conclusión me sirve para centrar el libro de formularios que traigo a recensión, ya que en el mismo no se limita el autor a ofrecer un conjunto de formas administrativas de escritos, sino que se trata de unos formularios que se ajustan a la "forma de validez" que exige la norma y, entre ellas, las diferentes orientaciones que marca la Orden del Ministerio de la Presidencia del Gobierno de 7 de julio de 1986 (con precedente en el D. Ley 1/1986, de 14 de marzo). Cada uno tiene, como dice el padre del autor en el primer prólogo de la obra, su manera o su "formulario", pero es evidente —y yo soy autor de estos temas— que el ofrecimiento de un conjunto de fórmulas siempre ofrece un mosaico de sugerencias donde, apoyado en lo que se ofrece, se construye lo que a uno le parece más personal y comunicativo.

De los formularios se han suprimido algunas fórmulas casi sagradas (en el campo notarial podríamos llamarlas cláusulas de estilo) y se han ajustado a las disposiciones dictadas. La verdad es que el haber suprimido aquella fórmula de cortesía (es como si del cuadro de Las Lanzas quitásemos la reverencia del vencedor frente al vencido) en la que concluía el escrito y en la que se invocaba

a Dios (Dios guarde a V. S. muchos años) son o suponen faltas de elegancia espiritual y propias de un trato de horteras y descamisados. No he comprendido nunca cómo la cortesía puede estar reñida con la petición de Justicia y a la vista de todo ello podría aconsejarse la otra fórmula tan conocida del "DIOS ME GUARDE DE V. S. MUCHOS AÑOS" que es, lo que en el prólogo de primera edición, venía a insinuar J. GONZÁLEZ PÉREZ.

La obra, que es lo que aquí interesa, se estructura en seis títulos y tiene, dentro de cada uno, una serie o variedad de ofrecimientos y sugerencias sobre las materias que se exponen. El título primero se refiere a los órganos administrativos (generales y de competencia, colegiados, conflictos de atribuciones, abstención y recusación). El título segundo se dedica a los interesados (emplazamiento, representación, informes, comparecencias). El título tercero se refiere a la actuación administrativa (horarios, procedimiento, eficacia, convalidación, subsanación de defectos, incidentes, plazos y términos, certificaciones, desglose de documentos y recepción y registro de documentos). El libro cuarto está destinado al procedimiento (iniciación, subsanación de defectos, medidas cautelares, tramitación, instrucción, terminación y ejecución). El título quinto se dedica a la revisión de los actos en vía administrativa (nulidad, anulación, lesividad, rectificación de errores, recursos). Por último, el título sexto estudia los procedimientos especiales (elaboración de disposiciones generales, sancionador y reclamación previa al ejercicio de accidentes civiles y laborales).

Complementa la publicación un índice de los artículos de la Ley y otro analítico de conceptos. La tremenda especialización que la diversidad de ramas del Derecho impone, supone, al mismo tiempo, una especie de cojera frente a las diferentes actuaciones de los diferentes derechos. Es imposible el dominio de todas las materias y esa cojera-cojera jurídica tiene a veces esas magníficas muletas "graduables" para salir con paso airoso del comprometido trance de redactar un escrito o formular un recurso. Y el que no piense así que comience a tirar su primera piedra y, de paso, acompañe su formulario.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MEDINA DE LEMOS, M.: *Cabida y calidad en la compraventa de inmuebles*, Tecnos, 1989.

El tema de la presente monografía es de aquellos que afectan más al campo hipotecario en su proyección física de las fincas. La reducción, el exceso, la cabida mínima, la máxima, etc., suponen un juego de disposiciones que regulan y estructuran uno de los muchos aspectos de la unidad registral: la finca. Y de verdad que es tema de actualidad, pues esas "nuevas mediciones" a que se somete a las fincas cuando van a ser enajenadas o pendientes de un negocio jurídico, suponen siempre o casi siempre un "exceso" en la cabida de ellas. Recuerdo que estando al frente de un Registro cuyo término podía perfectamente ser calculado en cualquiera de las medidas del sistema métrico decimal, con poco error de cálculo, me iban llegando escrituras "con recientes mediciones" que me pusieron en alerta constante, pues comprobé que en aquellas inmatriculaciones podíamos haber superado nuestro término registral y estar ya, pongo por caso, en Gibraltar. Le tuve que advertir a mi ilustre compañero: no

admitas tanta "nueva medición" o ruega a los interesados que no rieguen tanto las fincas ya que éstas crecen de una manera alarmante.

El tema también es de mucha actualidad con vistas a esas medidas comunitarias que tratan de evitar la contaminación provocada por el estiércol de varios animales añadido a la tierra. Y así, por hectárea, no podrá haber más de dos vacas o cinco cerdas con lechones o 133 gallinas ponedoras. Y aquí empieza ya a provocar un ataque frontal al sistema métrico decimal donde los centímetros, los milímetros, los metros, los kilómetros, las áreas, las centiáreas, las hectáreas tenían su medida, pero no su equivalencia. En los tratos de venta y compra de tierras ya nunca o pocas veces se podrá decir: te vendo una hectárea, sino te vendo una tierra, finca, terreno, superficie, etc., donde puedes tener dos vacas o cinco cerdas con lechones o 133 gallinas ponedoras. Y Dios te libre de que la vaca le de por parir o a las cerdas o gallinas por multiplicarse, pues entonces tendrías que acudir al exceso de cabida y ya veríamos si el Registrador te lo admitía...

El autor, por ser amigo mío, me permite esta disgresión de humor, pero su estudio está realizado en un plano científico y académico. Tiene su base en lo que fue su tesis doctoral a la que el autor hace referencia en su nota preliminar y en la que dedica un emotivo recuerdo al Profesor LACRUZ BERDEJO, hoy ya desaparecido, y a otros grandes juristas e instituciones. Para situar la esencia del trabajo, el autor dice que debe partir de supuestos y casos concretos que comporten una singular filosofía o modo de idear la problemática en cada uno de los antecedentes, más o menos remotos, del Código Civil y, una vez meditados hasta sus últimas consecuencias, se contrastarán con el mismo para obtener las máximas potencialidades de interpretación. No solamente afronta el tema de la cabida y calidad, sino que se hace eco de los excesos de cabida, del volumen edificable y a sus posibles modificaciones cuantitativas y cualitativas. La obra contiene un índice sumarial y unas notas bibliográficas de minuciosa precisión cual corresponde a un "bibliófilo" de "postín". Veo que no me cita en ella, lo cual acredita en el autor el uso de aquellos tratados que le merecen cierta garantía. La obra se divide en:

#### A. *Proyección histórica del problema*

A mi entender es donde el autor acredita su carácter de investigador con citas sorprendentes y manejo de bibliografía poco utilizada. El estudio histórico lo hace destacando la situación en el Derecho Romano, en el Intermedio y en la etapa de la Codificación. Aun reconociendo que en el Derecho Romano el tema o problema aparece tardíamente en la etapa clásica, de ahí su dificultad en la evolución, distingue las ventas *per aversionem* o *ad corpus* y las ventas *ad mensuram*, así como la aplicación de sus soluciones a otros contratos.

Para el autor es fundamental en el Derecho intermedio la diferenciación entre la venta *ad corpus* y la de *ad mensuram*, no ya como presupuesto previo, sino como proyección de los posibles efectos y régimen jurídico de una y otra, en orden a la perfección y naturaleza de ambos tipos de contratos, consecuencias de la cabida y calidad e interpretación de cláusulas contractuales.

La cuestión de la Codificación sufre una enorme simplificación, pues se enfoca el tema según que las partes hayan o no tenido en cuenta la cabida de la finca estableciendo una relación de la misma con el precio. De otra parte, la cabida queda desplazada y reducida a simple regla de entrega, ayudada por

unos ciertos criterios de interpretación. El estudio se extiende a la influencia francesa en el resto de la Codificación.

### B. *Derecho histórico español y legislación hipotecaria*

La reconstrucción histórica del problema dentro de nuestro Derecho merece singular atención en cuanto en ella puede estar la clave de la regulación vigente. Pasa, por ello, por el Derecho romano, el visigodo, el cristiano-musulmán, y la época moderna, para adentrarse ya en la etapa de la Codificación y recorre el proyecto de Gorosabel y los del 36, 51 y 82.

Que el autor maneja una bibliografía adecuada al tema lo demuestra la forma de tratar el tema de las leyes desamortizadoras y desvinculadoras en relación con el Registro de la Propiedad o la Legislación Hipotecaria, pues arranca con la cita de ese trabajo "puntero" de GERMÁN GALLEGO para afrontar el tema de una dimensión distinta de la tradicional. Su idea es que en la desamortización predominó más la teoría de la lesión y de la indemnización de daños, más que de cabida y calidad, mezclándose la normativa con el Derecho administrativo. Examina, por último, las disposiciones de la legislación hipotecaria.

### C. *La cuestión en el Código Civil español*

Es la parte más amplia del estudio ya que comprende dos amplios capítulos con los que se cierra el mismo. Queda perfectamente estructurada pues, partiendo de la redacción definitiva del Código Civil y de los preceptos que a la materia se destinan, va diseccionando las reglas de la cabida de las fincas, los supuestos que pueden plantearse y los diferentes efectos que se producen según los casos, para terminar con los criterios que deben presidir la medición, los casos de ventas sobre planos y las posibilidades de extensión de la normativa a otros supuestos. En suma, desde un arranque histórico se desemboca en la normativa vigente aplicando en ello todo el caudal acumulado en las sucesivas etapas históricas.

Para el primer punto —y partiendo de los artículos 1.469 a 1.472 del CC— procede a la separación de las acciones que pueden ejercitarse por el defecto de cabida, que por el incumplimiento de la obligación de entrega, o por el ejercicio de la reivindicatoria, o por el error esencial o de cálculo o, por último, por la existencia de dolo. En el segundo problema se ofrecen los tres grandes supuestos: venta a tanto la unidad de medida o según medida, de cuerpo cierto y a medida o por segregación de cuerpo cierto. Por último, en la tercera, se estudian los efectos según exista menor cabida, mayor cabida, menor o mayor calidad y el efecto común de perfección de la venta. Igualmente la materia se completa con los efectos para casos específicos (venta de uno o de varios inmuebles), los comunes a la venta de cuerpo cierto y a tanto la medida y los criterios de medición.

En la aplicación de los casos a otros supuestos no contemplados es novedoso el de la venta de inmueble sobre plano y las aplicaciones analógicas a determinados contratos como los de permuta, división de cosa y partición de herencia, arrendamiento y los a título gratuito.

Debo hacer alusión a la jurisprudencia empleada y ajustada a cada caso de los tratados, pues ella sirve de apoyo a una serie de conclusiones que el autor saca en su trabajo. Por todo ello, entiendo que se trata de una obra de consulta en esta tarea diaria de estructurar contratos y calificar documentos y negocios

jurídicos, pues estoy seguro que en ella puede encontrarse sino el caso concreto que ofrece —cosa dificilísima en una realidad social— si el criterio que por razones de igualdad, de analogía o de equidad cabe aplicar. Vaya por último, mi cordial enhorabuena a su autor.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CACCIATORI M. A.: *Lecciones de Derecho registral*, Montevideo, Uruguay, 1986.

La labor de los recensionistas de libros y publicaciones se me antoja parecerse a la de los Jefes de las estaciones de ferrocarril donde se acumulan diferentes trenes a los que hay que "dar salida" según el horario previsto, la importancia del tren o la velocidad acelerada que el viajero paga por llegar antes. Debe ser un problema complejo que guarda, como digo, semejanzas con los libros que se van acumulando en esta estación "término" de las recensiones. ¿A quién se le da preferencia? ¿Es lógico seguir el orden de presentación y aplicar el lema del *prior tempore...* o, por el contrario, la ocasión, el momento de actualidad, la importancia del tema, exigen dar una preferencia al último sobre el primero? Creo que en esto juegan —a diferencia del Jefe de estación—, las preferencias de temas, la asequible lectura del libro, la dificultad que ofrece, el tema que no se domina, etc.

Estas sugerencias de tipo general no juegan en el presente caso. Por razones que no son de explicar tuve —ante una injusta censura— que tomarme el año "sabático" de recensiones, y, cuando éste terminó, surgieron diversos problemas que me han tenido "poco concentrado" para iniciar esta nueva tarea de la recensión. En el fondo ese período de "vacación" es de agradecer ya que la "prodigalidad" en este punto es insufrible. ¿Habré pecado yo tanto como para tener que soportar tantas recensiones de J. M.<sup>a</sup> CHICO? Has debido de pecar, macho...

Justifica todo esto el hecho de que con retraso llegue a estas páginas mi comentario sobre un libro de Derecho registral editado en Montevideo y que supone una aportación al conocimiento del sistema de ese país, diferente del nuestro como ya demostró en la conferencia conjunta que dimos en La Plata el Profesor BARDALLO y yo y en la que también intervino el Doctor MOISSET, de Argentina. Todo ello creo que sucedió cuando me invistieron de Profesor Honorario de aquella Universidad.

El temario de estas lecciones se ajusta a los esquemas clásicos de exposición en sus materias: la Publicidad, la Historia de la misma, el Derecho registral, los Principios Registrales, los Sistemas extranjeros y el Servicio Técnico Administrativo Registral. Resulta difícil desprenderse de esta estructura y, por ello, voy a seguir mi comentario aproximándome lo posible a estas divisiones que el autor utiliza. Debo añadir que se acompaña a la publicación unos modelos orientativos de inscripciones, un índice sumarial de la obra y otro de materias. El bibliográfico, es completado a pie de página con citas importantes sobre diversos puntos. Vamos con su comentario pormenorizado:

#### A. *Publicidad e historia*

La verdad es que PUGLIATTI abrió un gran campo para llegar a un concepto, y diferenciación de otras figuras, de la publicidad y hasta precisó sus efectos. Las

pautas marcadas por este autor se resisten a ser abandonadas y de ahí que todos los que nos ocupamos de esta materia recurrimos al magisterio que el autor impuso en su conocida monografía. No obstante el autor de este trabajo reflexiona sobre los conceptos y saca determinadas consecuencias o conclusiones, entre las cuales pretendo entrever la distinción entre los Registros Administrativos y los Jurídicos. Todo ello lo digo con intención, ya que veremos luego si en el Registro de Uruguay se facilita o dificulta esta distinción. La distinción que se hace entre la publicidad de derecho y publicidad de hecho da la clave para justificar lo que apunto.

Después de precisar el concepto, fundamento, diferencias, ámbito y efectos de la publicidad, así como su naturaleza, el autor se adentra en la evolución histórica del principio arrancado de Babilonia y Asiria, para detenerse en el Derecho romano y germánico, así como en el examen del sistema francés y el español. Especial referencia se hace a la evolución del sistema uruguayo que culmina en el Decreto Ley 15.514 del que es autor el escritor BARDALLO al que antes mencioné como compañero de conferencias.

### B. *Derecho registral, principios registrales y sistemas extranjeros*

Los diferentes puntos señalados son tratados con los criterios doctrinales conocidos recogiendo los diferentes matices que en orden a conceptos se ofrecen. El autor acepta la definición de BARDALLO: "El Derecho registral es el sistema jurídico que regula la publicación de la titularidad de los derechos subjetivos o de los actos y negocios jurídicos de los cuales resultan y sus modificaciones, relativos a los bienes y derechos aptos para ser publicados. Procura asegurar su conocimiento, la oponibilidad *erga omnes* y la protección jurídica de los interesados". Se desarrollan igualmente los temas sobre relaciones del Registro y del Derecho registral con otras materias jurídicas, su carácter y encuadramiento y, sobre todo, su posible autonomía.

Se aceptan en su enumeración y desarrollo los clásicos principios hipotecarios, aunque en ellos noto la inclusión de dos cuya elevación a concepto o rango de principio me resulta difícil de aceptar: el principio de inmatriculación y el de insubsanabilidad. El primero lo justifica sobre la base de la distinción entre sistemas de folio real y de folio personal, mientras que el segundo lo basa en la afirmación legal de que la inscripción no convalida el acto nulo o anulable.

En materia de sistemas registrales extranjeros el autor dedica unos estudios comprensivos del español, el australiano, el francés, el argentino y el alemán. Noto que en el sistema español, al enumerar y desarrollar los principios no lo hace con el de prioridad, al cual dedica en el estudio de principios una referencia. La diferente forma de entender el principio puede ser la justificación, pues el sistema uruguayo acepta la "reserva de prioridad".

### C. *Servicio Técnico Administrativo Registral*

Bajo este epígrafe el autor desarrolla toda la organización registral de conformidad al Decreto Ley número 15.514, de 29 de diciembre de 1983, y fundamentalmente estudia los problemas de la función registral, las relaciones Catastro y Registro, las diferentes formas de registración, los certificados erróneos y el contencioso registral.

La función registral la deslinda a través de cuatro actos: los de conocimiento, decisión, registración y comunicación e información. Las relaciones Catastro y

Registro deben tener un paralelismo con los diferentes sistemas, pues se desprende de los datos que se aportan que se sigue en esa fase de anhelo de coordinación. Hace referencia a las formas de inscripción que hoy han sido unificadas a través del sistema de ficha real. En materia de certificaciones, su expedición y efectos, desarrolla el problema de la eficacia registral y el principio de fe pública ante certificaciones erróneas. Por último, en materia del contencioso registral hace referencia a la calificación y al sistema actual en el que el Director del Registro donde se plantea el problema instruye e informa el asunto y lo eleva a la Dirección General de Registros, quien previo informe de la Comisión Asesora, resuelve.

Debo confesar que este extracto resulta insuficiente para dar a conocer todo el sistema uruguayo, pero en los estrechos límites en que me debo mover, así tengo que hacerlo. De otra parte, por más que quisiera me resultaría difícil lograr la claridad y la calidad del contenido de la monografía.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

AVILA NAVARRO, PEDRO: *La hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1990, un tomo de 271 páginas.

La anécdota es conocida y ha ocurrido a más de uno; casi todos la hemos oído contar. Es el caso del Registrador bisoño al que se le presenta una escritura de hipoteca tan reventona de cláusulas y condiciones que difícilmente se puede inscribir si no se la limpia previamente de la abundante hojarasca. El novato calificador, un tanto abrumado por la cantidad de cosas que no puede inscribir, opta por intentar un "acercamiento" con el Director local de la sucursal bancaria o de la caja correspondiente y... comprueba sorprendido que, lejos de un contricante duro, halla en él un comprensivo colaborador que acepta de buen grado la "poda" necesaria ante las razones legales que se le exponen. Entonces, el Registrador no puede menos de preguntarle por qué se han incluido unas aparentes cláusulas leoninas, si saben que no se pueden inscribir. La respuesta es apabullante: Se ponen para impresionar al prestatario; nada más. Aunque hay veces que el tal prestatario no es tan timorato y resulta respondón, la verdad es que echarse a la cara esa retahila de prohibiciones y casi amenazas encoje el ánimo del más templado.

Naturalmente, la postura del Registrador ha de ser clarificadora y su calificación debe estar en el fiel de la balanza para permitir el paso a los folios registrales tan sólo de las cláusulas y estipulaciones que, teniendo carácter real, estén permitidas por la Ley.

Dicho así, parece facilísimo, pero todos los compañeros ocupados en estas lides sabemos por experiencia lo arduo de la tarea. No hay más que ver las numerosas Resoluciones de nuestra Dirección General para colegir los distintos criterios. Por una parte están las entidades de crédito que apuran hasta lo indecible las garantías y cortapisas para asegurar el reintegro de lo que prestan; por otra está la normativa legal general y la específica de protección de los consumidores, que hemos de aplicar sin dudarlos. A veces estas entidades de crédito están seguras de que sus cláusulas no son inscribibles y por eso ya deslizan en sus minutas y permiten en las escrituras las coletillas generales permitiendo la ins-

cripción del título con la omisión de los pactos que no sean aceptables en el Registro.

Al estudio de estas cuestiones se dedica este documentado y utilísimo libro cuyo autor tiene el suficiente prestigio en nuestro Cuerpo como para no necesitar presentación alguna. PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad de Barcelona, de donde ha sido también Notario, y por oposición, ha publicado numerosos trabajos de contenido jurídico y gran brillantez en varias revistas profesionales y especialmente en ésta y en el *Boletín del Colegio de Registradores*. Este estudio se escribió con ocasión del Premio "Estudios Hipotecarios" convocado por el Colegio de Registradores, mereciendo la publicación por su gran altura científica y utilidad práctica y ha sido distribuido por todos los Registros de la Propiedad de España.

Estoy seguro que nuestros compañeros ya lo han leído a estas alturas y por ello no es preciso describir su contenido, aunque intentaremos resumirlo para los demás lectores de nuestra REVISTA a quienes interese profesionalmente. Es decir, a casi todos, pues, ¿qué profesional jurídico no maneja las hipotecas por activo o por pasivo?

El autor nos dice en la introducción de este libro que no es un tratado sobre el derecho real de hipoteca, sino un estudio jurídico de sus distintos pactos y cláusulas, tal como aparecen en las escrituras de constitución; se dirige, sigue diciendo, a los profesionales que se relacionan con la hipoteca como objeto diario de trabajo, más que al estudioso de la teoría del Derecho civil o del hipotecario.

Modestia se llama esto, pues si bien es cierto que adopta un método expositivo que sigue las líneas de las escrituras, no lo es menos que en cada punto hace un estudio completo, legal, doctrinal y jurisprudencial, de las distintas cuestiones que pueden presentarse.

Bajo el epígrafe de "preparación de la escritura", resalta la importancia que tiene la previa consulta al Registro para comprobar el estado de titularidad y cargas de la finca que se ofrece en garantía y es que es un escalón del que prácticamente no prescinden nunca las entidades prestamistas; sigue con las minutas básicas que emplean dichas entidades para la redacción de las escrituras, aunque su redacción definitiva corresponderá de modo primordial al Notario.

Y a continuación, PEDRO AVILA, que, como hemos dicho, también es Notario, se adentra con todo detalle en las distintas partes de la escritura, empezando por la comparecencia de los otorgantes, con las especialidades de los menores, tutelados, esposos, extranjeros, comuneros, apoderados y sociedades, así como el otorgamiento por el Juez o fiador real,

Tras la comparecencia o elemento personal, viene la parte expositiva, con sus diversos elementos reales, empezando por la descripción de la finca a hipotecar y su titulación, cargas y arrendamientos si existen y sus consecuencias; estudia el autor lo referente a la obligación principal asegurada por la hipoteca en sus distintas modalidades posibles y las garantías accesorias de intereses, costas y gastos. Precisamente esta materia de intereses, en especial los variables, ha disparado la inventiva de las entidades de crédito que están echando mano de unas complicadísimas fórmulas no siempre inteligibles ni inscribibles. PEDRO AVILA entra a fondo en la materia y propone acertadas soluciones para este galimatías, que pueden ser de gran utilidad al calificar.

La extensión objetiva está articulada en la Ley Hipotecaria con un juego de reglas, excepciones y contraexcepciones, en los artículos 109 a 113, que hacen un

tanto complicada la redacción de la cláusula correspondiente. AVILA estudia estos supuestos y la cuestión de la distribución de la responsabilidad para cuando hay varias fincas o derechos hipotecados.

También entra en el casuismo de los diversos pactos tendentes a asegurar la conservación de la finca objeto de la garantía, tanto en lo físico o económico como en lo jurídico, con especial incidencia en los seguros de daños de la finca o de la vida del deudor.

En las escrituras se incluyen determinados pactos limitativos a la libre negociación que no siempre son admisibles y el autor nos expone todo lo referente a las prohibiciones de disponer, hipotecar o arrendar la finca, la cesión del crédito, la venta con subrogación y las posposiciones, sean de las hipotecas o de condiciones resolutorias.

Entre los pactos relativos a la efectividad del derecho de garantía, los normales se refieren a los procedimientos ejecutivos a emplear, debiendo prevenirse los datos o requisitos indispensables como la tasación de la finca para subasta, la fijación del domicilio para notificaciones, la designación del mandatario que otorgue la escritura que es imprescindible en los procedimientos extrajudiciales. Las cláusulas más discutibles en esta fase de ejecución son las llamadas de vencimiento anticipado; su relación suele ser tan prolija como inútil, pues en la práctica, como nos dice AVILA, son muy poco los casos, si es que hay alguno, en que una hipoteca sea ejecutada por causa distinta de la falta de pago; todas esas causas de vencimiento anticipado, además, se basan en hechos discutibles entre las partes, por lo que no podrían dilucidarse en un procedimiento ejecutivo, precisando del declarativo correspondiente.

En el apartado de la cancelación se estudian los casos especiales que son la caducidad de las hipotecas constituidas antes del 1 de enero de 1945, la cancelación por inutilización de títulos, la de la hipoteca unilateral por falta de aceptación del acreedor y la cancelación de la hipoteca en garantía de rentas.

El último estadio del iter de la hipoteca es su inscripción en el Registro y PEDRO AVILA nos desmenuza los detalles de la calificación necesaria, haciendo una recapitulación de los pactos inscribibles que serán aquellos de carácter real no vetados por la Ley.

Por no encajar en estas latitudes, detalla PEDRO AVILA los pactos que no pueden tener acceso al Registro tales como los de carácter personal, las prohibiciones de disponer, los pactos contrarios a la Ley o al contenido del Registro y los que reproducen normas legales por repetitivos e innecesarios.

Terminamos repitiendo que este libro no va destinado simplemente a ocupar un lugar en la estantería, sino que su destino es la mesa del despacho. Es utilísimo y habrá que consultarlo con frecuencia, como ya hemos hecho en más de una ocasión.

Mientras las entidades crediticias sigan rizando el rizo de sus cláusulas extravagantes en las hipotecas, no habrá más remedio que acudir la libro de PEDRO AVILA al que felicitamos por su magnífica tarea que tenemos que agradecer.

VENTOSO ESCRIBANO, ALFONSO: *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, tesis doctoral, "Editorial Constitución y Leyes, S. A.", COLEX, Madrid, 1989, un tomo de 363 páginas.

Por definición, una tesis doctoral supone un estudio serio y profundo de la materia que se aborda. En este caso se trata de analizar las repercusiones de la amplia reforma de que ha sido objeto últimamente el Código Civil en la esfera del Derecho de familia y concretamente en las relaciones patrimoniales entre padres e hijos menores. Es un tema vivo en la realidad y que se presenta con gran frecuencia en nuestros despachos.

El nuevo Doctor (no honoris, sino laboris causa, como debe ser), a quien de entrada felicitamos por el grado y por la excelente tesis que lo ha consagrado, es un Registrador de la Propiedad, siempre excelente, aunque por ahora excedente, y que ejerce de Notario en Madrid, por oposición, datos ambos que le avalan de modo claro.

Pero además tiene otros antecedentes. Tuvimos ocasión de escucharle una documentadísima conferencia, en el cincuentenario del Colegio de Registradores de la Propiedad, sobre los problemas originados por conflictos en el matrimonio y aportó otro valioso trabajo sobre la patria potestad en el libro-homenaje a TIRSO CARRETERO.

Ahora nos ofrece esta obra de subido interés doctrinal y contenido práctico, que se lee con fluidez y que invita a una relectura y estudio más reposados. Lo que pasa es que con esta vida de prisas y agobios se hace cada vez más difícil encontrar el hueco para permitirse tales "delectaciones"; pero habrá que intentarlo. O, más bien, como suele ocurrir, habrá que acudir al libro de modo acuciante, cada vez que se nos presente una problema vivo pidiendo soluciones.

Porque, como nos dice JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, Director de la tesis, en el prólogo, la amplia reforma del régimen de la familia en el Código Civil suscita interrogantes numerosas, especialmente en cuantas hipótesis la posición familiar de la persona redundante en el campo patrimonial; en este contexto, sigue, se encuadra la problemática cuestión, muy frecuentemente planteada, de la disposición por los padres de los bienes de sus hijos.

El libro está articulado en cuatro capítulos dedicados a una introducción, al ejercicio de la patria potestad en su faceta preventiva, a la administración y usufructo de los bienes de los hijos y, por último, a la disposición de los mismos. Termina con unas conclusiones certeras donde acota y resume su tesis.

*Capítulo I.—Introducción y antecedentes.*—La persona humana, nos dice el autor, se muestra tremendamente desvalida al nacer y precisa que los padres le ayuden para poder sobrevivir. A tal fin, desde siempre se ha atribuido a éstos la patria potestad que les permite mejor velar por los intereses personales y patrimoniales de sus hijos.

Actualmente la patria potestad está concebida en torno a la protección y beneficio del hijo, pero esto no siempre fue así, como todos sabemos, y el autor recoge toda la evolución histórica desde Roma a nuestros días, pasando por las épocas visigóticas y el Derecho de Partidas, hasta las normas nacionales más cercanas como el Proyecto de 1851, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y el Código, para acabar en las últimas reformas de 1981 y 1983. Según VENTOSO, estas reformas suprimen los vestigios que quedaban del antiguo poder absoluto del *pater familias* y agilizan la administración y enajenación de los bienes del menor; pero además contienen tres aspectos más que deben destacarse: estruc-

turan la patria potestad como función dual, erigen en principio básico el respeto a la personalidad del hijo y, finalmente, acentúan la intervención y vigilancia del Juez.

*Capítulo II.—Representación legal y ejercicio de la patria potestad.*—La limitación natural que supone la falta de desarrollo de las facultades del menor de edad imponen el correspondiente complemento, siendo la norma general que la representación legal se confie a los padres.

VENTOSO estudia en este capítulo una breve pero certera teoría sobre la representación legal, primero diferenciándola de la voluntaria, para repasar después sus elementos personales básicos, con análisis especial de los problemas que pueden originar el ejercicio conjunto de la patria potestad y sus posibles excepciones. Con la vista en el nuevo artículo 156 del Código, el autor analiza los supuestos del consentimiento expreso, tácito o presunto del otro padre y los casos del uso social o situaciones de urgente necesidad; más difícil se presenta cuando hay abierto desacuerdo entre los padres, que requiere intervención del Juez, o cuando hay separación entre ellos o uno de los padres está ausente, es incapaz o se halla imposibilitado.

El ámbito de la representación paterna cierra el capítulo, entrando en el examen del nuevo artículo 162 del Código Civil, que mejora la redacción del antiguo artículo 155. Antes se decía que el padre, o la madre, en su caso, representaban a los hijos en el ejercicio de las acciones que redundaran en su provecho, con lo que parecía limitada la representación a los actos favorables y en el ámbito judicial. Ahora, el artículo 162 dice sencillamente que quienes ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. ALFONSO VENTOSO considera positivo el cambio y entiende que el ámbito de la representación de los padres es general y sólo se concreta negativamente a través de las excepciones del citado artículo; las desmenuza en todos sus aspectos.

*Capítulo III.—Administración y usufructo de los bienes de los hijos.*—A juicio del autor, la administración a que se refiere la nueva redacción del Código en esta materia debe entenderse en sentido amplio, como dirección económica de los bienes del hijo, aunque para algunos actos de especial relevancia exija la autorización judicial y extiende que el ámbito de la administración viene también delimitado negativamente por el cauce de las excepciones que señala el artículo 164. A tal efecto hace un profundo estudio de los supuestos de la administración, con acopio de doctrina, jurisprudencia y Derecho comparado.

En cuanto al usufructo paterno, el autor resalta el notorio cambio que ha supuesto la reforma de 1981 en la materia, al eliminar el genérico usufructo que antes existía en favor de los padres, para sustituirlo por el deber que tienen los hijos de contribuir equitativamente al levantamiento de las cargas de la familia, mientras convivan en su ámbito. En el libro se estudia ampliamente todo lo que se refiere al nuevo artículo 155 del Código y se apunta la falta de armonía con el artículo 492 que sigue dispensando de deber de afianzar "a los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos".

*Capítulo IV.—Disposición de los bienes de los hijos.*—Casi 150 páginas dedica el autor a las cuestiones surgidas en torno al nuevo artículo 166 del Código Civil, que regula los actos dispositivos de los bienes de los hijos y que son de máximo interés para nuestros despachos profesionales.

ALFONSO VENTOSO empieza el capítulo con una amplia introducción y el estudio de los antecedentes hasta llegar a la redacción tradicional del Código que ya exigía requisitos determinados para la enajenación y gravamen de los inmuebles.

Ahora ha visto ampliado su contenido en la reforma, tanto en lo que respecta a los bienes como a los actos que comprende.

En la nueva redacción se incluye en primer lugar la renuncia a los derechos de que los hijos son titulares. En los actos de enajenación y gravamen la casuística es variadísima y los problemas que pueden plantearse son tan numerosos como impensables a veces. El autor nos ayuda enormemente estudiando las especialidades de la donación, las enajenaciones forzosas, retractos, elevación a públicos de actos llevados a cabo, cancelaciones de hipotecas, particiones hereditarias, transacciones, compras y, por último, los gravámenes en general y el arrendamiento en particular. Todo un abanico.

Dada la ampliación del ámbito objetivo del nuevo artículo 166, el autor contempla su aplicación no sólo a los inmuebles, lo que era tradicional, sino también a los establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, en especial las acciones o participaciones sociales.

Siguiendo el estudio del artículo 166, VENTOSO aborda el tema de la autorización judicial necesaria ahora para la repudiación de herencias, legados o donaciones, lo que supone un giro completo respecto a las ideas permisivas precedentes. En la actualidad está claro que se precisa esa autorización, sin la cual la renuncia sería nula, aunque cabría su convalidación posterior.

También es novedad el último párrafo del artículo 166 según el cual no será necesaria la autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiese en documento público; por su carácter práctico, evitará emancipaciones ficticias o autorizaciones engorrosas.

En resumen, una tesis sobresaliente sin duda alguna. Lleva adjunto el *cum laude* en cuanto así lo consideró el Tribunal por tener la exigida base doctrinal con creces. Pero además tiene la suficiente utilidad práctica como para justificar que repitamos nuestra felicitación a su autor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNANDO. "La representación de los accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima", Civitas, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, 125 páginas.

Aparece este libro dentro de una nueva colección de la Editorial Civitas, titulada *Estudios de Derecho Mercantil*, que cuenta con la garantía de la dirección del Catedrático de Derecho mercantil don JUAN LUIS IGLESIAS PRADA. Recoge esta colección estudios monográficos sobre temas actuales en esta disciplina. Se pretende que sean obras de fácil lectura, y así, por ejemplo, carecen de citas a pie de página y su extensión es limitada.

No debe sin embargo pensarse que estamos ante obras de menor entidad. Por el contrario, se trata de estudios profundos de temas puntuales, de gran utilidad para cualquier jurista. Es fácil prever el éxito que espera a esta colección.

Buen exponente de lo que quiere ser es el libro que ahora comento. Su autor es FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho mercantil, de sobra conocido por sus múltiples trabajos.

Aborda un tema de enorme trascendencia, como es la representación del accionista en la Junta General de la S. A., materia que además ha sido objeto de

profunda reforma en la Ley 19/1989, de 25 de julio, y en el TRLSA de 22 de diciembre de 1989. Es precisamente el examen de la nueva normativa lo que constituye el eje de la obra.

La importancia del tema abordado es evidente. A nadie escapa la dificultad del accionista para intervenir en la vida de la mediana o gran Sociedad Anónima, y cómo su voto es utilizado en las Juntas por los propios Administradores o por grupos de accionistas organizados. Las soluciones a este viejo problema son muy diversas. Una de ellas, quizá la más utilizada, es el reforzamiento de la información al accionista y la facilitación de su voto, evitando que se utilice en contra de sus intereses. Un riguroso control de la delegación del voto es sin duda una de las más firmes defensas de las minorías en la Sociedad Anónima. Las nuevas normas han pretendido solucionar este problema, intento en parte fallido, a juicio del autor, como veremos.

El libro tiene dos capítulos iniciales que abordan el estudio del Derecho comparado (incluido el comunitario) y la regulación de la LSA de 1951, respectivamente. Ambos capítulos constituyen una clara síntesis de ambas materias. El conocimiento del Derecho comparado resulta interesante no sólo por atesorar conocimientos, sino que, como expone el autor, dada la novedad de la materia, muchas veces las soluciones de otras legislaciones nos ayudan a resolver dudas que suscita nuestro sistema. Se estudian, con una perfecta síntesis de cada uno, los Derechos francés, italiano, alemán, portugués, el "proxy system" de los países anglosajones, y el Derecho comunitario. Dentro de éste hoy en día no existen normas vigentes. Sin embargo sí se vería afectado por el Proyecto de Quita Directiva que el autor examina en su última versión de julio de 1989, así como el Proyecto de Estatuto de Sociedad Anónima Europea de agosto de 1989.

Dentro del estudio del artículo 60 de la LSA de 1951, el autor resume los problemas que su interpretación había planteado (singularmente en relación a las Juntas Generales de los bancos), así como la necesidad de su reforma, reforma que arranca del Anteproyecto de la LSA de 1979 (en su art. 74), continúa con el Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1987, el del Ministerio de Justicia, que tras la tramitación parlamentaria se aprueba definitivamente en la nueva redacción dado el artículo 60 por la Ley 19/1989, de 25 de julio, culminando en el TRLSA, en el que se estructura en tres artículos (106, 107 y 108).

El tercer capítulo del libro, el más extenso (ocupa casi tres cuartas partes del mismo) se dedica al estudio de estos tres nuevos conceptos. Pone de relieve el autor el hecho de que los preceptos que estudia regulan sólo la representación voluntaria, no la legal, que normalmente tendrá como base una relación de mandato entre el accionista y su representante, lo que lleva consigo que deban utilizarse las normas del mandato y de la comisión para abordar problemas no resueltos directamente por los preceptos del TRLSA. El derecho a hacerse representar en la Junta es un derecho **irrenunciable e inderogable** que los Estatutos sólo pueden *limitar* (art. 106) pero no suprimir. ¿Cómo puede limitarse? Entiende el Profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS que en la práctica sólo en cuanto a la persona del posible representante (exigir, por ejemplo, que sea accionista).

Se estudia a continuación la figura *del representado* ("los accionistas que pueden asistir a las Juntas"), con especial énfasis de los problemas derivados de la existencia de una cláusula estatutaria que limite el derecho de asistencia, entendiéndose, aunque resulte dudoso, que podrán hacerse representar todos los que tengan derecho de asistencia, aunque carezcan de voto (por ejemplo, el accionista moroso, art. 44 del TRLSA, o cuando para el ejercicio del voto se exige un número mínimo de acciones). Puede igualmente hacerse representar el usu-

fructuario de acciones, el acreedor pignoraticio o incluso el tenedor de bonos de disfrute.

Por lo que atañe *al representante*, como principio general puede ser cualquier persona física o jurídica, con independencia de su relación con la Sociedad (es curioso como siguen apareciendo en la práctica multitud de estatutos con cláusulas prohibiendo otorgar representación a las personas jurídicas, sin duda influenciadas por el antiguo art. 60 de la LSA de 1951). Resalta el autor especialmente el supuesto de las personas jurídicas, pudiendo ser representante incluso la propia Sociedad. No prohíbe la Ley que el representante tenga vinculaciones con la sociedad, lo que es objeto de fuerte crítica en la obra. Niega la posibilidad *de sustituir* al representante, salvo consentimiento expreso del accionista, por aplicación de las normas sobre la comisión mercantil (art. 261 del Código de Comercio). Termina este apartado negando validez a los poderes en blanco.

En cuanto a los requisitos del poder ("por escrito y especial para cada Junta"), se analizan brevemente (admite expresamente el telegrama en ciertas condiciones) así como la posibilidad de la representación de Juntas Universales, posibilidad indirectamente reforzada por el actual artículo 108. (Por lo demás confirmado recientemente por la Resolución de 16 de mayo de 1990.) Aunque la Ley no lo diga, parece evidente que los documentos deben conservarse en la Sociedad. Finalmente resalta el carácter esencialmente revocable de la representación (art. 106) que no admite pacto en contrario.

Se aborda a continuación la quizá mayor novedad de la reforma, como es la denominada "solicitud pública de representación" (art. 107), tema conflictivo y que pretende a través de una serie de cautelas conseguir la participación del accionista en la marcha de la Sociedad, aunque sea a través de un representante. Estudia el Profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS los dos supuestos que se plantean. En primer lugar, la *solicitud pública de la representación*, analizando cuándo debe considerarse pública, criticando fuertemente el precepto (singularmente por establecer el carácter público cuando se ostente la representación de más de tres accionistas), que puede dar lugar a situaciones inesperadas. No es necesario, a su juicio, que se dirija a todos los accionistas.

Distinta es la solicitud formulada para sí o para otro por los administradores de la Sociedad, por las entidades depositarias de los títulos o por las encargadas del registro de anotaciones en cuenta. Critica que los administradores pueden ostentar la representación. Entiende que las entidades (depositarias o encargadas del registro) no tienen obligación de solicitar la representación ni tampoco de aceptar la representación si no se han comprometido a ello en contrato. Distinto sin embargo es el supuesto de que haya *solicitado* la representación, pues entiende el autor que dicha solicitud es *una auténtica oferta*, que le obliga a aceptar la representación, salvo que se haya reservado expresamente la posibilidad de rechazar o no aceptar la representación (debe aceptarse incluso aunque las instrucciones del accionista sean contrarias a su propuesta).

En cuanto a *los requisitos de la solicitud*, la misma debe incluir el orden del día (lo que es claramente insuficiente a juicio del autor), así como las instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que se votará si no se imparten instrucciones precisas, expresión que entiende excesivamente ambigua, pudiendo contener propuestas alternativas. Ha de ser obviamente por escrito, aunque nada dice la Ley. Se examina a continuación la respuesta a la solicitud, con especial análisis de las instrucciones que puede comunicar el accionista.

En cuanto al ejercicio del voto, resulta claro que el representante ha de votar

conforme a las instrucciones recibidas, o, a falta de éstas, en el sentido que indicó en la solicitud. En este punto se muestra el autor especialmente crítico con la expresión "precisas" que emplea el precepto, dada su imprecisión, y porque la valoración de la "precisión" queda en manos del representante. Finalmente se analizan los supuestos en que el representante puede separarse de las instrucciones, estudiando el supuesto, no contemplado por el precepto, de qué actitud debe mantener el representante si se decide en la Junta sobre asuntos no incluidos en el orden del día (y sobre los que lógicamente no puede tener instrucciones):

El artículo 108 (la llamada "representación familiar") plantea enormes problemas de interpretación si bien el autor examina con detenimiento a qué "restricciones" se refiere el precepto, y que no serán de aplicación a los supuestos contemplados por el artículo. Especialmente si se le han de aplicar o no las posibles *restricciones estatutarias*, que permite expresamente el artículo 106, mostrándose dubitativo al respecto, y sin que, a su juicio, pueda darse criterio general al respecto.

El último apartado de la obra estudia las consecuencias de la infracción de las normas sobre representación entendiendo el autor que dicha infracción no debe repercutir en la validez de los acuerdos más que en la medida en que esas infracciones puedan y deban ser conocidas por la Sociedad, es decir, sólo cuando se han infringido normas, legales o estatutarias, cuyo cumplimiento debe ser controlado por la Sociedad. Por el contrario, el incumplimiento de exigencias que sólo afectan a la relación entre el accionista y el representante no deben producir consecuencias fuera de esa relación, arrastrando exclusivamente la responsabilidad del representante y la posible indemnización de los daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar el representado.

Termina el libro con unas conclusiones del autor en las que, aún reconociendo el progreso que ha supuesto la nueva regulación, entiende que la valoración sin embargo no puede ser positiva, singularmente porque no cree que con las nuevas normas se potencie el interés real del accionista en participar en la marcha de la Sociedad, y porque éste requeriría una mayor información. Cree que existe un serio peligro de que en la práctica la representación se convierta, de hecho, en una auténtica cesión legitimadora, pese a las precauciones (escasas) adoptadas por el legislador. Termina manifestando su escepticismo sobre la eficacia de la representación de los accionistas en la Junta General como remedio frente a la crisis del modelo legal de la organización de las grandes Sociedades Anónimas.

Estamos pues ante una obra llena de interés, que nos permite comprender mejor una figura básica en la Sociedad Anónima. Su detenida lectura servirá para que las propias Sociedades apliquen en muchos casos con mayor vigor las nuevas normas sobre representación en Junta General. El propio pesimismo del autor demuestra cómo resulta esencial el perfecto conocimiento de esta normativa para evitar abusos que sin duda pueden producirse.

MANUEL CASERO MEJÍAS

SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU: *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1990 (379 páginas).

Aparece este libro en un momento crucial en nuestro Derecho mercantil, con la reciente entrada en vigor de la profunda reforma en la regulación de las

Sociedades de Capital, especialmente en la Sociedad Anónima. Y el tema no puede ser más ambicioso y atractivo. Nada menos que el objeto social en la S. A. Constituye éste sin duda el elemento clave en la sociedad, en torno al cual ha de girar toda su vida. Además es ésta una de las materias abordadas directamente por la reciente reforma, introduciendo significativas innovaciones que son analizadas en profundidad. (Precisamente para poder incorporar estas novedades se ha retrasado la publicación, añadiendo por ello aún un mayor interés a la obra.)

El autor, JUAN CARLOS SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, es un joven profesor titular de Derecho mercantil, que no es la primera vez que se enfrenta con este tema. Conocidos son sus comentarios a diversas Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre el objeto social (por ejemplo, la de 1 de diciembre de 1982 sobre determinación del objeto de los Estatutos en el RDM de 1984; o la de 31 de marzo de 1986 sobre facultades del administrador al margen del objeto social en ADC de 1987) así como diversos estudios en revistas especializadas.

Este libro que ahora aparece es sin duda la culminación de largos años de estudio sobre tan importante cuestión. Sólo un profundo conocedor del Derecho tanto español como comparado, podía abordar esta cuestión. (Basta un dato: la reseña bibliográfica que se incorpora al final del libro incluye unas 350 obras.) Llama la atención y amplio análisis del Derecho comparado con que se inicia la mayoría de los temas estudiados. Incluso ante algunos problemas se examina la jurisprudencia de otros países de la CEE para interpretar preceptos parecidos a los introducidos en nuestro Derecho por la reciente reforma, intentando trasladar, en lo posible, los criterios jurisprudenciales foráneos, a la vista de la existencia de las Directivas Comunitarias en la materia. Constituye éste un sistema novedoso y muy útil de interpretación, que exige un extenso conocimiento de las legislaciones y jurisprudencia de los países comunitarios, que el autor de este libro sin duda atesora.

El libro se estructura en una breve *introducción y ocho capítulos*, que siguen una línea acorde con la vida de la sociedad (fundación, desarrollo y disolución de la misma).

*El capítulo I* aborda el estudio del objeto social en fase de formación de la S. A. Dentro del mismo se analiza si el objeto se agota en el plano propio del objeto del contrato o si por el contrario penetra de algún modo en la causa del mismo. El autor llega a la conclusión personal de que ha de considerarse comprendido dentro del objeto del contrato de sociedad, por lo que resultarán aplicables de alguna forma las normas relativas a la teoría general de los contratos, lógicamente atemperándolos en lo necesario. A continuación se analiza el objeto social y el acto constitutivo en la S. A., así como los problemas interpretativos que el mismo plantea al ponerlo en relación con las cláusulas estatutarias, singularmente en cuanto a un triple aspecto que necesariamente ha de incidir en dicha interpretación: La realidad económica en que las sociedades se desenvuelven, los objetos con pluralidad de actividades, cuando estos resultan incompatibles entre sí, y, finalmente, el valor interpretativo que ha de atribuirse a los materiales posestatutarios.

*El capítulo II* nos introduce ya en los requisitos del objeto social; al ser aplicables en este tema las normas del Código Civil relativas al objeto del contrato (arts. 1.261, 1.271, 1.272 y 1.273) ha de analizarse la determinación, posibilidad y licitud del mismo. La determinación del objeto social es sin duda un campo de batalla diario en la práctica mercantil. En este punto el autor se muestra especialmente brillante abordando su estudio desde diversos enfoques, como son el

interés de los socios, el interés social, el de terceros y los intereses extrasocietarios, así como el estudio de los nuevos preceptos legales [arts. 9 b) del TRLSA y 117 del RRM]. Personalmente coincido plenamente con su interpretación de esta característica del objeto, y con sus palabras finales (pág. 85) que apoyan la denegación de la inscripción si el objetivo no cumple escrupulosamente la determinación precisa y sumaria de actividades (art. 117-1 del RRM). Se adentra a continuación el libro en la posibilidad del objeto con un análisis detallado y preciso de las clases de imposibilidad (originaria y sobrevenida, de hecho y de derecho, objetiva y subjetiva, total y parcial, permanente y actual) con la difícil distinción entre imposibilidad jurídica e ilicitud. Tema especialmente difícil dada la escasez de normas relativas a este requisito que sean de directa aplicación al objeto social. Termina el capítulo analizando la ilicitud del objeto, tanto por ser contrario a la Ley como a la moral o a las buenas costumbres. En este último punto resulta atractivo el análisis que realiza del concepto de orden público económico, que ha de ser un concepto flexible, variable y de difícil construcción ante la continua evolución de la realidad económica, sin que pueda olvidarse como hoy en día se asiste a una ampliación del orden público a costa de la autonomía privada.

*En el capítulo III* se estudia el objeto social y los vicios relativos al proceso de fundación de la S. A., tema estrechamente relacionado con el abordado en el capítulo anterior, y de no fácil solución, si bien hoy en la práctica las soluciones vendrán dadas en gran parte por los artículos 34 y 35 del TRLSA (sobre nulidad de la S. A.). El autor estudia por ello las consecuencias de la indeterminación (que puede aparejar la nulidad), imposibilidad (que provoca la disolución de la S. A.: art. 260-1-3 del TRLSA) y la ilicitud (que trae consigo la nulidad: art. 34-1-a del TRLSA). Finalmente son objeto de examen los vicios del consentimiento en relación al objeto social, vicios que como detalla el autor, sólo afectan a la relación sociedad-socio, no provocando, en consecuencia, la nulidad de la sociedad.

*El capítulo IV*, titulado genéricamente objeto social, personalidad jurídica y capacidad de la sociedad, aborda el viejo y conflictivo tema de la capacidad de la S. A. y en concreto si la misma viene limitada por su objeto, o éste es un límite meramente interno que, a lo más, podrá entrañar responsabilidad frente a la sociedad de quienes en su actuación se desvíen del objeto previsto estatutariamente. Tras un detallado examen del Derecho comparado en esta materia (distinguiendo los sistemas llamados de capacidad especial y los de capacidad general, con diversas subclasificaciones de cada uno de ellos) y de la situación actual en nuestra doctrina, con especial estudio de la posición del Profesor GIRÓN TENA, el autor sintetiza la evolución de nuestra jurisprudencia (tanto del TS como de la DGRN), que partiendo de su adscripción a la tesis de la capacidad especial, llegan hoy en día, singularmente desde la S. de 5 de noviembre de 1959, a la plena admisión de la tesis de la capacidad general, si bien el autor critica determinados pronunciamientos del Centro Directivo que se amparan en la citada capacidad general para permitir el otorgamiento indiscriminado de facultades por vía estatutaria para que los administradores puedan actuar al margen del objeto social (tendencia iniciada en la Resolución de 20 de octubre de 1981, cuyo último exponente es la de 16 de mayo de 1990, igualmente citada en el libro). Analiza finalmente el autor la incidencia en este punto de la Primera Directiva, concretamente de su artículo 9, 1.º.

*Los capítulos V y VI* (titulados, respectivamente, el objeto social y el funcionamiento de la sociedad, y los actos ajenos al objeto social) constituyen, a mi juicio,

la parte más atractiva y brillante de la obra. Se abordan en ellos el objeto social como límite de la actuación de los administradores y el régimen de los actos ajenos al mismo. Combinan estos capítulos un brillante resumen del Derecho comparado y de los antecedentes en nuestra legislación, con una clara y penetrante exposición de la situación actual, brindando, lo que es de agradecer, soluciones a cada problema planteado. Comienza estudiando si el objeto limita la actividad, tanto de gestión como de representación, de los administradores. Tras exponer el Derecho comparado y los antecedentes legislativos, se aborda la actual situación legal (fundamentalmente los arts. 128 y 129 del TRLSA). Independientemente de las competencias que corresponden a la Junta, se plantea si el principio de atribución a los administradores de todo lo demás es absolutamente inderogable. Es decir, el principio de inderogabilidad del poder de representación, ¿admite limitaciones convencionales o voluntarias? Entiende el autor que las limitaciones convencionales no serán oponibles frente a *tercero de buena fe*, pero sí frente a aquel que carezca de la misma. El autor examina a continuación detalladamente el artículo 129 del TRLSA, y, especialmente, la difícil conexión entre su dos párrafos.

¿Y los actos ajenos al objeto social? ¿Cuál será su régimen jurídico? Los actos, en principio son neutros, y es su relación con la actividad de la Sociedad lo que los convertirá en ajenos al objeto en su caso. El autor examina, junto a los actos ajenos propiamente dichos, la importante distinción entre *actos modificativos* y *actos contrarios al objeto social* (en este último apartado se incluyen los actos a título gratuito en aquellas legislaciones que exijan fin de lucro en la S. A., y los denominados actos de liquidación, que son aquellos que suponen un definitivo impedimento para la realización del objeto social). El autor entiende que los actos ajenos al objeto adolecen de una ineficacia relativa no quedando vinculada la sociedad en tanto no ratifique. Dicha ratificación correrá a cargo de la Junta, con mayoría ordinaria para los actos simplemente ajenos, con las mayorías del artículo 103 del TRLSA para los modificativos o contrarios al objeto, incluso por unanimidad cuando la actuación de los órganos sociales se hubiere desarrollado sin seguir los cauces señalados en la normativa legal. Aborda finalmente el autor la prueba de la mala fe del tercero (art. 129-2) así como la revocación y la impugnación del acto ajeno.

*El capítulo VII* estudia la modificación del objeto, con un especial análisis de la distinción entre sustitución y modificación del objeto, hoy recogida en nuestro TRLSA, y de gran trascendencia por sus diferentes efectos. Critica el autor el mantenimiento del derecho de separación para los supuestos de sustitución (art. 147 del TRLSA) que entiende será casi inoperante en la práctica, y dará lugar a auténticos fraudes para evitar el ejercicio de este derecho. No obstante, opinión negativa que le merece, estudia detenidamente este derecho de separación (que considera irrenunciable *a priori*). Termina el capítulo con el análisis de la modificación de hecho del objeto y sus consecuencias.

*El capítulo VIII* analiza el objeto social y la disolución de la S. A., y en particular cuáles son las causas de disolución sobre las que el objeto social posee una influencia decisiva. Estudia el artículo 260-1-3.º del TRLSA, con largas referencias al Derecho comparado y a los antecedentes de realizar el fin social como causa de disolución, con un estudio pormenorizado de las clases de imposibilidad y la incidencia de cada una. Concluye el capítulo con el análisis del objeto a las sociedades en liquidación, los supuestos de reactivación de la S. A. y la llamada disolución de hecho.

La obra lleva un prólogo del Catedrático de Derecho mercantil ANÍBAL

SÁNCHEZ ANDRÉS, Director de la tesis doctoral del autor del libro, origen del libro que ahora comentamos. Resalta la personalidad del autor y la profundidad y brillantez de su obra. Al prólogo pertenecen las siguientes palabras: "Prácticos, estudiosos y simples aficionados a nuestro Derecho de Sociedades encontrarán en este libro siempre, expuestos con claridad y sencillez de tratamiento, criterios plenamente fiables y una guía segura a la hora de buscar solución a los distintos problemas que en materia de objeto social pueden llegar a plantearse." Son palabras que creo definen perfectamente la obra. Estamos ante un libro de lectura necesaria para todos los que de una forma u otra nos interesamos por el Derecho de Sociedades.

MANUEL CASERO MEJÍAS



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núm. 547 (Abril 1990)

- “La Ley aplicable al Trust en el sistema de Derecho internacional privado español”, por MARÍA ASUNCIÓN ASÍN CABRERA, pág. 2089.
- “Sobre el valor probatorio de la prueba pericial”, por CARLOS CLIMENT DURÁN, pág. 2121.
- “Planteamientos básicos sobre el proceso y el procedimiento de la Ley General de Publicidad”, por JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ, pág. 2175.
- “Un supuesto práctico de recurso de amparo constitucional”, por ANTONIO PUERTES MARTÍ, pág. 2201.
- “El Fondo de Garantía Salarial ante los procedimientos concursales civiles”, por JULIO CALVET BOTELLA, pág. 2425.
- “Efectos de la Ley 19/88, de 18 de julio, de Auditoría de Cuentas, sobre la Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos”, por LUIS REALES CANTALOSELLA, pág. 2435.
- “La organización de la Justicia Militar en España”, por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 2445.
- “La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar”, por JOSEP FEJOO, pág. 2453.
- “Notas sobre la Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de sociedades”, por JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA, pág. 2477.

Núm. 548 (Mayo 1990)

- “Contenido del Código Civil español a los cien años de su promulgación”, por ROSA MARÍA MOLINER NAVARRO, pág. 3067.
- “Hacia una delimitación del concepto de Lex Mercatoria”, por MARÍA VICTORIA PETIT LAVALL, pág. 3085.
- “Consideraciones críticas al sistema de recursos del procedimiento abreviado por delitos menos graves (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)”, por CARLOS GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, pág. 3103.
- “Posición jurídica del subarrendatario y cesionario en el proceso de resolución del contrato de arrendamiento”, por JUAN FRANCISCO GARNICA MARTÍN, pág. 3125.
- “La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente de Derecho constitucional español”, por ANTONIO MARÍA GARCÍA CUADRADO, pág. 3147.
- “El establecimiento en Francia de una empresa española de transporte de viajeros”, por JEAN-LUC FIOUX, pág. 3395.

- “El transporte de cabotaje terrestre en la Comunidad Económica Europea”, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, pág. 3401.
- “Las empresas de transporte ante el nuevo Seguro Obligatorio de Viajeros”, por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 3409.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Junio 1990)

- “El acrecimiento de la mejora”, por MANUEL ALBALADEJO, págs. 447 a 465.
- “La próxima reforma de la nacionalidad”, por MANUELA CALVO ANTÓN, págs. 466 a 497.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Núm. 118 (Mayo-junio 1990)

- “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 13.
- “La limitación de la propiedad urbanística según la Constitución”, por JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, pág. 53.
- “El aprovechamiento tipo como componente de la gestión urbanística en el medio urbano. La experiencia madrileña”, por PAULIMO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 79.
- “La Ley de Costas. Las construcciones futuras”, por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 103.
- “En torno a la aplicación práctica de la Ley 12/1986, de Atribuciones Profesionales”, por ALBERTO VERA FERNÁNDEZ-SANZ, pág. 131.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Núm. 3 de 1990

- “La resolución de los contratos comerciales internacionales”, por JOAQUÍN J. FORNER I DELAYGIA, pág. 597.
- “¿Es la patrimonialidad requisito de la prestación?”, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, pág. 623.

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Núm. 8 (Julio-diciembre 1989)

- “Cuestiones fundamentales de la viudedad foral navarra”, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, pág. 13.
- “La filiación en la Ley Foral de 1 de abril de 1987”, por FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, pág. 31.

- “Régimen jurídico de la evaluación del impacto ambiental”, por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 69.
- “La propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación a la luz de la ley alemana (AGBG)”, por MICHELLE KLEIN, pág. 119.
- “Notas sobre el enriquecimiento sin causa en Derecho navarro”, por CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pág. 153.
- “Locales de negocio: las obras y el cambio de destino. Doctrina y jurisprudencia de la Audiencia Territorial de Pamplona (1985-1989)”, por RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, pág. 173.
- “La cooperación jurídica con las Entidades locales: su representación y defensa en juicio por otras Administraciones públicas”, por JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA, pág. 201.
- “Organización territorial y Administración local gallega”, por JOSÉ LUIS MEILÁN y JAIME F. RODRÍGUEZ ARANA, pág. 211.
- “Comentarios sobre la tercera causa de nulidad de la sociedad anónima en el nuevo artículo 31 de la Ley”, por JESÚS MARÍA LOBATO DE BLAS, pág. 223.
- “Legislación navarra en el negocio de quintas”, por CARLOS BURGUETE y MARÍA ANGELES FERRER, pág. 229.

## REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Núm. 184 (Julio-diciembre 1988)

- “Reforma del Código Civil sobre situación jurídica de la mujer casada. Normas generales y sucesorales”, por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA, pág. 7.
- “Modificaciones introducidas por la Ley 18.802 a la capacidad de la mujer casada y al régimen matrimonial chileno”, por RENÉ RAMOS PAZOS, pág. 21.
- “Ley núm. 18.802”, pag. 35.
- “El jurista frente al poder”, por SERGIO COTTA, pág. 49.
- “El renacer monocrático en Iberoamérica durante el siglo XX. Raíz y razón del presidencialismo”, por BERNARDINO BRAVO LIRIA, pág. 59.
- “La operación de tarjeta de crédito”, por RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, pág. 71.
- “Situación tributaria de las sociedades de profesionales”, por ELIZABETH EMILFORK, pág. 81.
- “No hay nulidad sin daño”, por HÉCTOR OBERG YÁÑEZ, pág. 93.

## REVUE DE DROIT UNIFORME

Núm. 1 de 1988

- “L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1er janvier au 31 décembre 1987)”, por MALCOLM EVANS, pág. 2.
- “La protection internationale des biens culturels (deuxième étude)”, por GERTE REICHELDT, pág. 52.
- “Convention d'Unidroit sur le crédit-bail international (Ottawa, le 28 mai 1988)”, pág. 134.
- “Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, le 28 mai 1988)”, pág. 162.

"Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, le 9 décembre 1988)", pág. 184.

"Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale (Lugano, le 16 septembre 1988)", pág. 274.

"Convention de Strasbourg sur la limitation de la responsabilité en navigation intérieure (CLNI) (Strasbourg, le 4 novembre 1988)", pág. 376.

## BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Núm. 65 (Mayo-agosto 1989)

"La sociología del derecho como condición de la jurisprudencia en Kelsen", por OSCAR CORREAS, pág. 403.

"Reforma constitucional en América Latina. La propuesta argentina", por ALEJANDRO M. GARRO, pág. 415.

"La investigación en ciencias humanas y sociales en la universidad latinoamericana", por MARCOS KAPLAN, pág. 449.

"La maternidad, ¿es siempre cierta? (La modernización del derecho frente a los avances científicos)", por ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, pág. 497.

"Planeación del transporte marítimo en México", por FANNY PIMEDA GÓMEZ, pág. 529.

"La rectoría económica del Estado y el sector privado", por ENRIQUE SÁNCHEZ BRINGAS, pág. 547.

"Los modos de creación de normas jurídicas en el sistema internacional de Estados. Una encuesta sobre el desarrollo progresivo del derecho internacional de la era presente", por CÉSAR SEPÚLVEDA, pág. 569.

Núm. 66 (Septiembre-diciembre 1989)

"Consideraciones sobre el referendo en las constituciones del estado de Veracruz, México", por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 857.

"El hombre y el trabajo", por JOSÉ DAVALOS, pág. 879.

"Presidencialismo y federalismo", por MANUEL GONZÁLEZ OROPEZA, pág. 899.

"Desarrollo histórico-constitucional de los derechos humanos en México. I (1812-1840)", por VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLE GOYRI, pág. 913.

"Implicaciones de la seguridad informática", por JULIO TÉLLEZ VALDÉS, pág. 933.

"Notas sobre el nuevo derecho aduanero latinoamericano", por JORGE WITKER, pág. 947.

## REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

(Enero-junio 1988)

"Concepto y características de los contratos sobre bienes informáticos", por MARÍA WONSIK y RUBÉN HASKEL, pág. 7.

- “Contratos informáticos. Tipicidad y atipicidad”, por ALVARO GARBARINO SARAVIA, pág. 11.
- “Régimen legal de los contratos informáticos comerciales”, por GUILLERMO SERVÁN BAUZÓN, pág. 16.
- “Ciertos aspectos de la comercialización del software”, por C. GUSTAVO VARELA ARANEO, pág. 20.
- “Efectos de la piratería sobre los sistemas lógicos y su previsión contractual”, por C. GUSTAVO VARELA ARANEO, pág. 23.
- “Sobre bienes informáticos y negocios que a ellos refieren”, por ARTURO YGLESIAS, pág. 26.
- “El documento electrónico”, por JULIA SIRI GARCÍA y MARÍA WONSIK, pág. 29.
- “Aspectos procesales del fenómeno informático”, por LUIS A. VIERA, pág. 35.
- “Algunas reflexiones en torno a la informática y los derechos individuales en particular: el principio de finalidad”, por JULIA SIRI GARCÍA, pág. 41.
- “Apuntes para una posible Ley sobre informática y libertades”, por ARTURO YGLESIAS, pág. 45.
- “Protección jurídica del software: necesidad de una nueva legislación”, por MAGDALENA PEROVICH, pág. 48.
- “Hacia un encuentro entre la tecnología y el hombre”, por CARMELO CURBELO SORIA, pág. 52.
- “Del por qué es necesario otorgar por escrito los contratos sobre bienes informáticos y propugnar su regulación legislativa”, por RUBÉN HASKEL, pág. 55.
- “La partición en el Derecho Internacional Privado”, por STELLA CÓRDOBA OTAMENDI, pág. 58.
- “El Notariado Uruguayo y la Seguridad Social (Primera parte)”, por SILVIA PÉREZ MONTERO GOTUSSO, pág. 84.

## NOTICIAS CEE

Núm. 66 (Julio 1990)

- “El recurso por incumplimiento: breves notas sobre la preceptiva actitud de la Comisión”, por SANTIAGO RIPOL CARULLA, pág. 11.
- “La regulación de las ayudas del Estado en la Ley de Defensa de la Competencia”, por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 19.
- “El control de las concentraciones económicas en la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de defensa de la competencia”, por RAFAEL ILLESCAS ORTIZ, pág. 25.
- “Un Estatuto europeo para la franquicia”, por JAIME PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER y MARÍA DE MINGO Y DE AZCÁRATE, pág. 37.
- “Procedimiento en materia de ayudas públicas”, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 51.
- “Los movimientos monetarios internacionales derivados de las obligaciones extracontractuales: Derecho Español y Derecho Comunitario”, por FEDERICO F. GARAU SOBRINO, pág. 63.
- “El largo camino de la liberalización del crédito hipotecario en la CEE”, por JOSÉ MARÍA SALCEDO GENER, pág. 71.
- “Incentivos medioambientales en la CEE”, por FERNANDO FUENTES BODELÓN, pág. 77.

- “Comparecencia del Excmo. Sr. Secretario de Hacienda el 26 de abril de 1990 ante la Comisión de Economía y Hacienda del Senado para informar sobre el Régimen Fiscal de las Islas Canarias”, pág. 101.
- “Conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Dublín. 25 y 26 de junio de 1990”, pág. 117.
- “Libre prestación de servicios en materia de transportes por carretera en el ámbito comunitario”, por FERNANDO J. CASCALES MORENO, pág. 127.
- “La disociación y los daños indirectos en la aplicación del artículo 5.3 del Convenio de 1968 de Bruselas”, por ALBERT FONT SEGURA, pág. 131.
- “Cuestión prejudicial”, por MANUEL LAMELA FERNÁNDEZ, pág. 137.



