

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIII • Noviembre-Diciembre 1987 • Núm. 583

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
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.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

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

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a tercero del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno», por MARÍA DEL CARMEN DE GRADO SANZ y JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1677
«De la naturaleza de las aguas en el Derecho español», por JOSÉ MARÍA QUINTANA	1703
«La fiducia sucesoria. Ensayo de construcción dogmática», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO	1731
«La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso, y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado», por ANA MARÍA SANZ VIOLA	1753

DICTAMENES Y NOTAS:

«La propiedad horizontal en la jurisprudencia de la Dirección y el Derecho francés», por ANTONIO MORO SERRANO	1767
---	------

ACTUALIDAD JURIDICA:

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1799
--	------

JURISPRUDENCIA:

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1813
II. Resoluciones de la Dirección General, por MANUEL CASERO MEJÍAS, IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA y JUAN PABLO RUANO BORRELLA	1821
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho civil:	
a) Parte general y derechos reales, por FRANCISCO CASTRO LUCINI	1855
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA y PEDRO CHACÓN	1895

ESTUDIOS

Inscripción de arrendamientos de bienes inmuebles. Efectos en cuanto a tercero del arrendamiento no inscrito. El derecho de retorno

Este trabajo tiene como principal finalidad contestar el correspondiente tema de Derecho Hipotecario del programa de Registros (a excepción del derecho de opción) que, en cierto modo, se ha visto alterado por la publicación del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985.

La inscripción de arrendamientos, hasta hace poco casi intrascendente, ha cobrado nuevo interés al suprimir el citado Real Decreto la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos. Entendemos que es interesante, de cara al Registro de la Propiedad, volver sobre esta figura jurídica a la luz de su actual normativa, pensando que en un futuro no muy lejano pueda ser objeto de profunda reforma la Ley de Arrendamientos Urbanos.

I. INSCRIPCION DE ARRENDAMIENTOS DE BIENES INMUEBLES

A) INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y EL DERECHO ARRENDATICIO

a) *El contrato de arrendamiento*

El contrato de arrendamiento es aquel contrato consensual (se perfecciona por el consentimiento), bilateral (genera, para ambas partes contratantes, derechos y obligaciones recíprocas), oneroso (el arrendador transmite el goce de la cosa a cambio de un precio o contraprestación

que ha de pagar el arrendatario) y conmutativo (no hay aleatoriedad) que genera el derecho arrendaticio.

Algunos autores señalan, además, otros caracteres del contrato de arrendamiento, tales como la temporalidad, la indivisibilidad de los objetos arrendados y la proporcionalidad entre el goce aportado y el precio. En opinión nuestra, sin embargo, tales características no tienen por qué darse forzosamente en el contrato de arrendamiento —aunque usualmente, sí— y por ello preferimos prescindir de las mismas.

b) *El derecho arrendaticio*

Derecho arrendaticio es aquel que, nacido de un contrato de arrendamiento, atribuye al arrendatario la facultad de gozar la cosa arrendada, así como a ser mantenido en dicho goce por el arrendador.

B) BREVE REFERENCIA A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO ARRENDATICIO COMO PRESUPUESTO NECESARIO PARA EXAMINAR EL ASPECTO REGISTRAL DEL MISMO

(No es este el lugar de analizar la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio. Sin embargo, creemos que es necesario recordarla brevemente con el objeto de sentar la base para examinar la trascendencia que puede tener la inscripción del mismo en el Registro de la Propiedad.)

El derecho arrendaticio es un derecho personal, ya que:

— Le falta uno de los caracteres básicos del derecho real, que es la inmediatividad (elemento interno: relación existente entre el sujeto y la cosa, por la cual aquél tiene atribuido un poder directo sobre ésta, sin la existencia de persona intermedia): el arrendador se obliga a entregar el goce o uso de la cosa (art. 1.543 CC) al arrendatario y a mantenerle en el mismo, haciendo en dicha cosa las reparaciones que fueran necesarias (art. 1.554 CC).

— Le falta también el otro requisito peculiar del derecho real, que es la absolutividad (elemento externo: el poder del titular sobre la cosa debe ser respetado por todos): el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta (artículo 1.571 CC), sin perjuicio de que, como diremos más adelante, tal derecho, dado el marcado carácter social del derecho arrendaticio, haya sido suprimido en las leyes especiales.

— Como señala ROCA (1), si tuviera carácter real sobraría el artículo 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria —que permite una inscripción excepcional—, pues el derecho arrendaticio se inscribiría al amparo de la amplia fórmula del artículo 2.º, 1, de la misma («demás derechos reales sobre bienes inmuebles») (2).

— Y como dice LACRUZ (3), si el arrendatario tuviera un derecho real podría él mismo ejercitar su derecho (ej., reparaciones, defensa ante el reivindicante, etc.) sin necesidad de dirigirse al arrendador.

No obstante, ha tenido y tiene muy importantes defensores en España la concepción del derecho arrendaticio como derecho real. Entre ellos pueden citarse a DE LA CÁMARA y VALLET (4).

Ahora bien, tres preguntas deben formularse en torno a la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio:

Primera: ¿La inscripción cambia la naturaleza del derecho arrendaticio, convirtiéndolo en real? Autores como DE BUEN, MANRESA, LA RICA, etc., han sostenido esta idea. Sin embargo, entendemos que esto no es correcto, puesto que:

— La inscripción en nuestro Derecho, salvo contadísimos casos, no es constitutiva del nacimiento de los derechos, por lo que es un tanto aventurado pensar que pueda serlo de su cambio de naturaleza.

— El arrendatario, aun inscrito su derecho —dice CLEMENTE DE DIEGO—, «no goza de poder directo e inmediato sobre la cosa, sino a través del arrendador, obligándole a mantenerle en el goce de la misma» (5).

— Como ha manifestado ROCA, «la circunstancia de que el contrato de arrendamiento conste inscrito en el Registro no tiene la virtud operativa de transformar en real el derecho arrendaticio, sino puramente el resultado de quedar subrogado en él quien haya adquirido sobre la cosa arrendada su dominio o algún derecho real, con el efecto análogo

(1) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en *Derecho hipotecario*, t. III, página 504, 7.ª edición.

(2) La mayor parte de la doctrina, tanto extranjera como española, se inclina por la tesis personalista: así, VENZI, MESSINEO, ENNECERUS, PLANIOL, COLIN Y CAPITANT, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, CASTÁN, OSSORIO MORALES, etc. Y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General, salvo fallos aislados, sostiene igual postura.

(3) LACRUZ y otros autores, en «Derecho de obligaciones» (*Elementos de Derecho civil II*), vol. III, págs. 175 y sigs., 2.ª edición.

(4) VALLET tiene un interesante trabajo al respecto en *Estudios sobre Derecho de cosas*, págs. 509 y sigs., año 1973.

(5) CLEMENTE DE DIEGO, en *Instituciones de Derecho civil español*, tomo III, páginas 130 y sigs., año 1930.

de una anotación preventiva de un derecho personal, en cuanto es mero instrumento de publicidad registral» (6).

— La razón de inscribibilidad de los arrendamientos fue la de evitar los efectos del artículo 1.571 del Código Civil (Ley Emptorem).

Segunda: Los contratos de arrendamiento sobre fincas rústicas o urbanas, dada la especial protección que configuran a favor del arrendatario, ¿generan un auténtico derecho real arrendaticio? A nuestro modo de ver tampoco, ya que:

— El arrendatario sigue sin gozar de inmediatividad sobre la cosa.

— Las leyes especiales, interpretando la extraordinaria importancia social de la posición del arrendatario, refuerzan enormemente su estabilidad, pero no intervienen en la configuración de la naturaleza del derecho arrendaticio, que sigue regida por las mismas reglas ya citadas.

Para RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio sigue en pie y la solución va a depender del criterio que se tome para deslindar los derechos reales de los de crédito, pues si dicho criterio es la vinculación respecto a terceros, alcanzarán la condición de reales los derechos arrendaticios amparados por la legislación especial rústica y urbana, aunque si la distinción se basa en la nota de la inmediatividad, todo derecho arrendaticio será personal (7).

Tercera: ¿Las partes pueden constituir el derecho arrendaticio como real, al amparo del principio de *numerus apertus*? A nuestro juicio, no. Ese derecho real creado por la parte deberá cumplir, en todo caso, las normas imperativas del Derecho de Bienes, lo cual, por las razones ya apuntadas, no va a poder tener lugar, pues siempre le va a faltar el requisito de la inmediatividad al titular del pretendido nuevo derecho real (8).

(6) *Obra citada*, tomo III, pág. 505.

(7) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, en *Derecho de arrendamientos urbanos*, pág. 12, año 1965, tomo I.

(8) Díez-PICAZO, después de hacer un profundo estudio de las resoluciones de la Dirección General sobre la doctrina del *numerus apertus* (en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, págs. 88 y sigs.), termina diciendo: «La voluntad individual puede efectivamente crear nuevos tipos de derechos reales, pero ha de hacerlo sujetándose a unos cauces y dentro de unos determinados límites. La cuestión consiste en averiguar cuáles son estos límites. Desde esta perspectiva, una relectura de las resoluciones permite entresacar las siguientes máximas: a) La voluntad no permite configurar situaciones hipotecarias contra los preceptos civiles. b) Hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad. c) La manifestación o declaración de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos y las características externas que han de trascender a los terceros. d) Las orientaciones limitativas encierran innegables ventajas, pues facilitan la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de los terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos. e) Para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo».

C) CONCLUSIÓN: EL DERECHO ARRENDATICIO
ES UN DERECHO PERSONAL

Sin embargo, por las razones que diremos más adelante, la legislación hipotecaria permite la inscripción, en determinadas condiciones, del derecho arrendaticio. Así, dice el artículo 2.º, 5, de la Ley: «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis años o aquellos en los cuales se hayan anticipado las rentas de tres o más, o cuando, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban». Y añade el artículo 13 del Reglamento: «Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuando tengan las circunstancias expresadas en el párrafo quinto del artículo 2.º de la Ley, y las retrocesiones lo serán en todo caso». (Todo ello sin olvidar el tratamiento que el artículo 15 del citado Reglamento da al derecho de retorno y que estudiaremos en su pregunta).

Por lo cual, hay que examinar lo siguiente:

a) *Objeto de la inscripción*

El contrato de arrendamiento, el de subarriendo, el de subrogación, el de cesión y el de retrocesión.

b) *Requisitos de la misma*

1.º Con carácter general:

— Los exigidos por la legislación reguladora para el contrato: clase, capacidad, renta, duración, prórroga en su caso, etc.

— Los exigidos por la legislación hipotecaria para la inscripción: escritura pública o resolución judicial (art. 3.º LH), circunstancias del artículo 9.º de la Ley y 51 del Reglamento, cumplimiento del tracto sucesivo, etc.

2.º Con carácter específico:

— En el arrendamiento: que se haya pactado una duración de más de seis años, que se anticipen las rentas de tres o más, o que hubiera convenio expreso entre las partes para su inscripción (basta que se dé cualquiera de los requisitos) (art. 2.º, 5, LH).

— En el subarriendo, subrogación, cesión y retrocesión: que conste inscrito el arrendamiento (aunque la legislación hipotecaria no dice nada al respecto, está clara la necesidad de tal previa inscripción. Y así lo sos-

tiene la doctrina en general, dentro de los que cabe citar a ROCA y a CHICO) y que se dé, por lo menos, uno de los requisitos exigidos para tal arrendamiento (salvo en la retrocesión, que será suficiente que consten previamente inscritas el arrendamiento y la cesión del mismo).

c) *Asiento practicable*

De los preceptos estudiados resulta claramente la necesidad de un asiento de inscripción.

No obstante, ROCA critica la exigencia de un asiento de inscripción, estimando que al tratarse de un derecho personal, lo más procedente hubiera sido el asiento de anotación preventiva, siempre prolongándola el tiempo que fuera necesario (9).

d) *Lugar de la inscripción*

— La inscripción se practicará en el folio abierto a la finca objeto del arrendamiento.

— Sin embargo, como apunta CAMY, «será posible la inscripción en un mismo folio registral de distintos arrendamientos, cada uno de ellos sobre parte distinta de la misma finca», aunque describiendo las respectivas partes (10).

e) *Cancelación*

Debe distinguirse:

1.º Arrendamientos regidos por el Código Civil (en aquellos casos excepcionales de arriendos de inmuebles exceptuados de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos y de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

— En cuanto a la forma: necesidad de escritura pública o resolución judicial (art. 3.º LH).

(9) ROCA, *obra citada*, tomo III, págs. 521 y sigs. Para este autor, «ante un sistema como el nuestro que excluye radicalmente del Registro a los derechos personales, era más lógico emplear la anotación preventiva, por cuanto causa extrañeza que el artículo 98 de la Ley Hipotecaria niegue efectos y facilite la expulsión de los derechos personales que hayan logrado infiltrarse en los Registros, cuando por excepción, que este precepto no señala, se permite inscribir los contratos de arrendamiento, así como los de opción de compra. En ambos supuestos, la Ley y Reglamento Hipotecarios hablan de la inscripción del contrato de arrendamiento o de opción de compra, cuando lo inscribible en materia de títulos de formación voluntaria no es propiamente el contrato aislado, sino en cuanto completado por la tradición, o por negocio jurídico constitutivo de derecho real inmobiliario, formando el título propiamente inscribible».

(10) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, en *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. IV, página 204, 2.ª edición.

— En cuanto al fondo: necesidad de consentimiento del arrendatario o, en su defecto, resolución judicial (art. 82 LH). Sin embargo, bastará la solicitud del arrendador o del propietario de la finca —si fueran personas distintas— cuando concluyó el plazo por el que se pactó el arrendamiento. (La Dirección General, en Resoluciones de 30 de noviembre de 1900 y 13 de agosto de 1908, así lo estimó interpretando el artículo 1.565 del Código Civil: «Si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado —dice ese precepto— concluye del día prefijado sin necesidad de requerimiento»).

Será suficiente —dice CAMY, recogiendo reiterada jurisprudencia de la Dirección General— para la cancelación, no obstante, la sentencia de desahucio, sin necesidad de que en la misma se determine expresamente la cancelación (11).

2.º Arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980.

— En cuanto a la forma: necesidad de escritura pública o resolución judicial (art. 3.º LH).

— En cuanto al fondo: teniendo en cuenta el artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos («El adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador»), únicamente es posible la cancelación del derecho arrendaticio mediante consentimiento del titular del mismo o resolución judicial (bastando, como quedó dicho, la sentencia de desahucio).

3.º Arrendamientos regidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964 y legislación complementaria).

— En cuanto a la forma: necesidad de escritura pública o resolución judicial (art. 3.º LH).

— En cuanto al fondo: hay que distinguir: a) Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa: necesidad de consentimiento del titular registral del derecho arrendaticio o resolución judicial, en los términos ya vistos. b) Arrendamientos no sujetos a prórroga forzosa: además de los medios anteriores, será también suficiente la solicitud del arrendador o dueño de la finca cuando hubiera expirado el plazo por el que se pactó el arrendamiento (12).

(11) CAMY, *obra citada*, vol. 4.º, pág. 204. Pueden verse, entre otras, las Resoluciones de 1 de julio de 1885 y 30 de septiembre de 1913.

(12) El Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, sobre medidas de política económica, establece en su artículo 9 que «los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes

D) ESPECIAL REFERENCIA AL DENOMINADO ARRENDAMIENTO FINANCIERO INMOBILIARIO («LEASING» INMOBILIARIO)

a) *Concepto de «leasing» inmobiliario o también denominado arrendamiento financiero inmobiliario*

AMORÓS GUARDIOLA entiende el *leasing* inmobiliario como un contrato de arrendamiento de duración determinada que lleva consigo una promesa de venta, y en el que intervienen dos sujetos: el arrendador, que se compromete a construir o comprar un inmueble a instancia del futuro usuario y a arrendárselo por una duración determinada, concediéndole además una promesa unilateral de venta a un precio fijado en el momento inicial de la operación, y el arrendatario, que acepta las cláusulas establecidas por la sociedad de *leasing*, se obliga a pagar los alquileres y no puede rescindir el contrato unilateralmente, por ser el mismo irrevocable para ambas partes (13).

El *leasing* inmobiliario se entronca en el *leasing* financiero general, y tiene su matiz o especialidad respecto de él en recaer sobre bienes inmuebles. El *leasing* o arrendamiento financiero tiene su origen en Estados Unidos.

b) *Naturaleza jurídica*

Se trata de un negocio jurídico complejo, formado por un arrendamiento y una opción de compra.

La doctrina se inclina por entender que estamos ante una figura jurídica nueva, a la que no es posible aplicar aisladamente la normativa del arrendamiento o la opción de compra, ni la de la compraventa o la reserva de dominio (14).

contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil».

(13) AMORÓS GUARDIOLA, en «El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral», *RCDI*, núm. 569/1985, págs. 863 y sigs.

(14) BENAVIDES DEL REY (en «Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980», *RCDI*, núm. 558/1983, págs. 1171 y sigs.) estima que no hay una mera unión de contratos, sino un contrato único y nuevo. Para AMORÓS GUARDIOLA (en su citado trabajo), el arrendamiento financiero inmobiliario constituye una relación jurídica unitaria, autónoma e independiente de los elementos que integran su estructura contractual, en la que el contrato disimulado y el realmente subyacente es una compraventa con precio aplazado y reserva de dominio.

c) *Legislación aplicable*

Fundamentalmente, el Real Decreto de 31 de julio de 1980 (15), sin olvidar el Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977.

El artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980 establece que «las Sociedades inscritas en el Registro Especial de Empresas de Arrendamiento Financiero . (que se lleva en el Ministerio de Hacienda) podrán extender su actividad a la realización de operaciones de arrendamiento financiero sobre bienes inmuebles . ». Y el artículo 2.º añade: «Las operaciones de arrendamiento financiero de inmuebles contendrán necesariamente una opción de compra a favor del arrendatario al término del arrendamiento .».

d) *Su inscripción en el Registro de la Propiedad*

1.º Objeto de la inscripción: a) Se inscribirá el negocio jurídico complejo que es, sin poder desmembrarse sus diferentes elementos negociales. Como consecuencia de tal inscripción, quedará protegida la titularidad compleja que ostenta el arrendatario. b) Por lo que se refiere a la finca, debe tratarse de bienes inmuebles por naturaleza, según se deduce de la normativa aplicable, antes vista.

Dice AMORÓS GUARDIOLA (16) que la complejidad de este contrato puede dar lugar a la formalización de diversos actos inscribibles. Así: 1.º La previa compra del inmueble por la sociedad de *leasing*, que supone una compra normal y corriente. 2.º La declaración de obra nueva del edificio. 3.º La cesión del inmueble en arrendamiento financiero, que llevará aparejada una opción de compra. 4.º El ejercicio de la opción de compra por el usuario.

2.º Normativa reguladora de la misma: a) Las disposiciones que, con carácter general, establecen la inscripción en el Registro de la Propiedad para los derechos reales inmobiliarios, pues se trata de un verdadero derecho real (así, los artículos 1.º y 2.º, 1, de la Ley Hipotecaria y demás preceptos de ésta u otra ley que se relacionen con él o lo desarrollen. No son de tener en cuenta las limitaciones del artículo 2.º, 5, de dicha Ley para la inscripción de arrendamientos, ni la del artículo 14 del Reglamento para la opción de compra). b) El Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, el Real Decreto de 31 de julio de 1980 y demás disposiciones reguladoras de su aspecto sustantivo. c) Los preceptos tanto de Derecho sustantivo como registral, relativos al arrendamiento, a la opción de compra, a la compraventa con precio aplazado y al pacto de

(15) Esta norma nace del artículo 20, 2, del Real Decreto-ley de 25 de febrero de 1977, que posibilitó al Gobierno para ampliar el campo de aplicación del arrendamiento financiero.

(16) Trabajo citado, págs 924 y sigs.

reserva de dominio, pero en cuanto contribuyan a configurar su esencia y elementos y no constituyen impedimento a su normal desarrollo (17).

3.º Importancia y efectos: La inscripción tiene una evidente importancia de cara a proteger los diversos intereses concurrentes en el *leasing* inmobiliario. Como dice AMORÓS GUARDIOLA (18), la protección de la misma puede proyectarse del siguiente modo: «1) Frente a los acreedores de la sociedad de *leasing*, que podrán anotar a su favor el embargo de la finca dada en *leasing* mientras aparezca inscrita a nombre de esta sociedad, y ese embargo será preferente al derecho del usuario si se anota antes de la inscripción de éste. Y especialmente en el caso de ejecución concursal de la sociedad de *leasing*. 2) Frente a los actos de transmisión y gravamen del mismo inmueble realizados por la sociedad de *leasing*, si los adquirentes en dichos actos han inscrito su derecho antes que el usuario en *leasing*. 3) Como trámite previo al eficaz ejercicio de sus derechos por el usuario adquirente, en los casos en que éste quiera enajenar su derecho o hipotecarlo o recabar la protección judicial del mismo». A lo que añade este mismo autor: «Pues bien, si se considera al *leasing* como un arrendamiento al que se yuxtapone la opción de compra, su inscripción resultará imprescindible para el ejercicio de la opción frente a los terceros, ya que estos derechos reales de adquisición carecen de publicidad posesoria y sólo pueden ejercitarse frente a los terceros o tener eficacia oponible en la medida en que están dotados de publicidad registral... Si, por el contrario, se calificara al *leasing* como una compra a plazos en que la adquisición futura del dominio está condicionada al pago total del precio aplazado, también entonces será necesaria su inscripción para acreditar frente a todos ese dominio potencial y futuro, especialmente frente a las hipotecas y embargos... frente a los terceros que hayan adquirido de la sociedad de *leasing* y frente a la insolvencia

(17) Señala AMORÓS GUARDIOLA (en el trabajo citado, págs. 921 y sigs.) que «al no tener una regulación sustantiva específica, el problema surge por la necesidad de determinar su régimen legal supletorio y los requisitos necesarios para su inscripción: ¿deberán aplicarse las disposiciones que regulan la inscripción del arrendamiento y de la opción de compra (art. 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria y artículos 13, 14 y 15 del Reglamento Hipotecario), o las que regulan la de la venta a plazos con reserva de dominio? En defecto de una norma reguladora directamente aplicable... quizá sea posible aplicar al arrendamiento financiero el régimen jurídico de estas instituciones concurrentes, sin llegar a entrar en la consideración del contrato disimulado y realmente subyacente (compraventa con precio aplazado y reserva de dominio). Aunque esta última forma de proceder... tiene el riesgo de llegar a desconocer la verdadera naturaleza del contrato que se inscribe y de propiciar soluciones jurídicas inaceptables... Por eso entiendo que la aplicación de estas normas... sólo será posible si se hace con carácter provisional, es decir, mientras no exista una regulación sustantiva adecuada, y siempre que no contradiga esencialmente la finalidad práctica perseguida y el esquema contractual efectivamente querido».

(18) Trabajo citado, pág. 918.

o concurso de ésta, e incluso para ejercitar su derecho y gozar de la protección derivada de la legitimación registral».

II. EFECTOS EN CUANTO A TERCERO DEL ARRENDAMIENTO NO INSCRITO

A) PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA: EL PORQUÉ DE LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO ARRENDATICIO

Ya expusimos anteriormente la naturaleza personal del derecho arrendaticio, mayoritariamente sostenida. Sin embargo, la legislación hipotecaria (art. 2.º, 5, LH y 13 RH) permite su inscripción con carácter excepcional: ¿por qué? La razón de esta permisibilidad, en una normativa claramente dirigida a los derechos reales inmobiliarios, hay que buscarla en el Derecho sustantivo, es decir, en el artículo 1.571 del Código Civil —«El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»— que recoge la *Lex emptorem* romana (19). Precisamente, es el mismo Código Civil el que apunta la solución: «Con relación a terceros —dice en su art. 1.549—, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». O sea, que para que el derecho arrendaticio afecte a un tercer adquirente registral de la finca, debe ser inscrito en los términos que ya hemos visto en la pregunta anterior. Este es el porqué de la excepción que permite inscribir un derecho personal como el arrendamiento.

B) SIN EMBARGO, EL DERECHO ARRENDATICIO, AUN NO ESTANDO INSCRITO, PRODUCE EFECTOS CONTRA TERCERO, TANTO CIVIL COMO REGISTRAL, EN DETERMINADOS CASOS

En efecto, las leyes especiales de arrendamientos rústicos y urbanos se han preocupado muy especialmente de enervar los efectos de la *Lex emptorem*, la primera de ellas estableciendo en su artículo 74 que «el adquirente de la finca, aun cuando estuviere amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obliga-

(19) La Ley 592 de la Compilación de Navarra, a su vez, dice que «el contrato de arrendamiento cesa al extinguirse el poder de disposición o administración del arrendador sobre la cosa arrendada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

ciones del arrendador», y la de arrendamientos urbanos, concediendo en su artículo 57 una prórroga forzosa a favor del arrendatario «aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones».

Así pues, en principio el arrendamiento no inscrito produce efectos contra tercero en los casos en que se encuentre sometido a las leyes especiales (que son la mayoría). Sin embargo, hemos dicho «en principio» porque, después de la aparición del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, que suprime el carácter forzoso de la prórroga en los arrendamientos urbanos, se plantea el problema de si no estando inscritos los pactados al amparo de este Real Decreto, van a producir o no efectos contra tercero.

Estudiaremos la cuestión a través del siguiente esquema:

a) Arrendamientos sujetos al Código Civil: la inscripción es el único modo de eludir los efectos del artículo 1.571 de dicho Código.

b) Arrendamientos sujetos a la legislación especial de arrendamientos rústicos: aun no estando inscritos producen efectos contra tercero, según se deduce del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

c) Arrendamientos sujetos a la legislación especial de arrendamientos urbanos: hay que distinguir:

1.º Arrendamientos anteriores a la supresión del carácter forzoso de la prórroga del derecho arrendaticio: aun no estando inscritos producen efectos contra tercero, dado el carácter forzoso de la prórroga del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2.º Arrendamientos posteriores a la supresión del carácter forzoso de la prórroga del derecho arrendaticio: a su vez, debe diferenciarse:

1. Arrendamientos sujetos a prórroga forzosa (porque así lo pactaron las partes o porque, según sostiene parte de la doctrina, simplemente no especificaron la inaplicabilidad del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos): será de aplicación lo dicho en el apartado 1.º

2. Arrendamientos no sujetos a prórroga forzosa (a nuestro juicio, para ello bastará que no se pacte la aplicación de la misma, aunque, como ya hemos dicho, hay quien sostiene la necesidad de pactar específicamente el no sometimiento al artículo 57 de la referida Ley): es necesario formularse la siguiente pregunta: ¿Este arrendamiento, aun no inscrito, producirá efectos contra tercero? Es decir, el comprador del inmueble arrendado que cumpla los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ¿deberá respetar el arrendamiento existente —sólo por

el plazo pactado, ya que no hay prórroga forzosa— o podrá darlo por finalizado al amparo del artículo 1.571 del Código Civil?

La tesis de respetarlo estaría avalada por argumentos de este tipo:

— El derecho arrendaticio otorga a su titular una situación de tal entidad que es protegida, aun respecto a terceros, por la simple publicidad posesoria.

— El interés social del arrendamiento impone la protección del arrendatario frente a terceros, a pesar de que éstos hubieran inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

— El comprador del inmueble arrendado se subroga en todos los derechos y obligaciones que tuviera su transmitente, y entre éstas se encuentra la de respetar el arrendamiento existente.

Sin embargo, creemos que, en apoyo de la postura contraria —es decir, en favor de la protección del comprador en contra del arrendatario— existen importantes razones legales. Así:

— El artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es el medio que, a semejanza del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, establece aquella ley especial para lograr la estabilidad del derecho arrendaticio frente al comprador de la finca. Si bien la diferencia está en que mientras en ésta la oponibilidad del arrendamiento frente a tercero adquirente se formula aisladamente y con carácter general, en aquélla el artículo 57 parece asociar dicha oponibilidad al derecho de prórroga forzosa que concede al arrendatario.

Ya al publicarse dicha Ley de Arrendamientos Urbanos la doctrina discutía sobre si la oponibilidad del contrato de arrendamiento se daba frente a todo tercer adquirente, incluso frente al que adquiriría antes de la fase de prórroga, es decir, durante el tiempo pactado del contrato. La respuesta era afirmativa, pese a los términos del artículo 57, dada la finalidad de la Ley: conferir estabilidad al contrato de arrendamiento (19 bis).

— Tal norma ha sido matizada por el Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985 en el sentido de conceder a las partes contratantes la facul-

(19 bis) AMORÓS GUARDIOLA (en *RCDI*, núm. 492, año 1972, pág. 996) dice así: «Contemplada la norma no desde su formulación literal, sino desde su finalidad, su razón inspiradora parece ser la enérgica protección del arrendatario y de la estabilidad de su posición. Esto puede hacerse de dos maneras: bien sea declarando automáticamente prorrogado el contrato cuando venza el plazo estipulado, de modo que la conclusión del término no implique necesariamente la resolución del vínculo, o bien haciendo que el contrato subsista aun frente a un tercero que no ha sido parte en él y que se coloca en la situación jurídica del arrendador por haber adquirido la finca arrendada».

tad de excluir el juego de la prórroga forzosa sin, a la vez, introducir una precisión similar a la del artículo 74 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

— Por lo cual la finalidad del citado artículo de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha quedado, cuando menos, comprometida tras la reforma: el Real Decreto-ley ha considerado conveniente —ya hemos dicho—, por razones económicas y sociales, permitir que el arrendador y el arrendatario puedan pactar una duración limitada del contrato no prorrogable salvo por la vía de la tácita reconducción. No hay duda de que el arrendador estará siempre vinculado por el plazo pactado, pero ¿lo estará también el adquirente que desconozca su existencia, cuando las partes acuerdan, con pleno conocimiento, la no aplicación del artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos? Entendemos que no se puede seguir manteniendo la idea de que el arrendamiento no sujeto a prórroga funcione como una carga oculta, oponible a todo tercer adquirente que contrata confiado en los pronunciamientos del Registro. Lo lógico, en razón de la seguridad del tráfico jurídico (interés, por otra parte, tan digno de protección como el del arrendatario) es que el arrendatario que pretenda asegurar su derecho lo haga utilizando el medio adecuado, es decir, inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad, ya que con ello no se le impone nada gravoso, sino una actuación que en todo sistema jurídico moderno es insoslayable: 1.º, documentación pública; 2.º, pago del impuesto correspondiente; 3.º, inscripción de su derecho (tampoco puede argumentarse que esto sea excesivamente oneroso, pues los gastos de Notaría y Registro serían mínimos y siempre sobre la base económica del arrendamiento, y el pago del impuesto es en todo caso de orden público: precisamente el sistema contrario a lo que lleva en muchos casos es a la defraudación) (20).

(20) GARCÍA GARCÍA (en *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, pág. 422, nota al art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) señala que « al suprimirse la prórroga forzosa quedarán sin aplicación las normas sobre denegación de prórroga, y entre ellas las relativas al derecho de retorno. Por otra parte, al no ser ya indefinida la duración del arrendamiento, se hace más necesaria la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro de la Propiedad para que exista publicidad de su fecha, del plazo de duración y de sus condiciones respecto a terceros, pues en otro caso se produce un sistema prehistórico de clandestinidad». Y este mismo autor, en otro lugar de su citada obra (página 415, nota al art. 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos), dice también: «El arrendamiento de fincas urbanas tiene interés en relación con el Registro de la Propiedad por los siguientes aspectos: 1.º Porque constituye acto inscribible en los casos del número 5 del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria... 2.º Porque el Registro de la Propiedad presta especial colaboración, por mandato legal, en relación con los con los derechos de tanteo y retracto arrendaticio. 3.º Porque, a efectos de hipoteca de establecimiento mercantil, incluida entre las hipotecas mobiliarias, es necesario conocer la normativa arrendaticia sobre traspaso de locales de negocio 4.º Porque existen relaciones entre arrendamiento e hipoteca no sólo a efectos

— El artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es argumento en contra a lo dicho (impone el derecho de retorno frente a terceros), pues hay que contemplarlo dentro del marco exclusivo de la prórroga forzosa —causa segunda de excepción a la misma. (El artículo 15 del Reglamento Hipotecario impone la constancia registral del derecho de retorno para que afecte a tercero adquirente, aunque, como luego veremos, no será necesaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 en relación con el 57, ambos de la LAU).

— No obstante, es difícil, aunque no imposible, que pueda entrar en juego el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, se produzca la inoponibilidad frente al tercer adquirente del contrato de arrendamiento anteriormente pactado. Sabemos que requisito imprescindible para que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria produzca todos sus efectos, es la buena fe del adquirente y no se puede desconocer que el derecho de arrendamiento va acompañado de una cierta publicidad posesoria; pero, además, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos —a los efectos de proteger otro derecho del arrendatario, el de retracto—, para que pueda acceder al Registro de la Propiedad cualquier transmisión de finca urbana es necesario que el transmitente declare, bajo pena de falsedad en documento público, si la finca está o no arrendada y si lo está deberán realizarse las notificaciones previstas en la ley, por lo que si en la escritura de adquisición consta la existencia del arrendamiento cesará la buena fe del tercero y le afectará dicho contrato, aun sin inscripción, por todo el tiempo de su duración.

El problema, en transmisiones voluntarias, quedaría reducido a los contados supuestos en que el transmitente cometiera falsedad, declarando que la finca no estaba arrendada, estándolo.

Sin embargo, en caso de adquisiciones derivadas de procedimientos judiciales de ejecución no tiene una aplicación tan clara el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (parece estar pensado para transmisiones voluntarias, al decir que sea el transmitente quien haga la declaración) y no suele constar en autos si la finca está o no arrendada, por lo que únicamente en el caso de que el adquirente tuviera conocimiento de la existencia del contrato sería afectado por el mismo, siempre que tal conocimiento fuera probado. (Por otra parte, el que normalmente sí tiene conocimiento de la existencia del procedimiento y sus consecuen-

de la acción de devastación, sino a efectos de la preferencia entre uno y otro, aspecto éste fundamental que exigiría fomentar la inscripción de los arrendamientos urbanos para perfilar bien su fecha respecto a terceros, a efectos de hipotecas anteriores o posteriores. 5.º Por la relación entre Registro y derecho de retorno».

cias es el arrendatario, ya que las notificaciones suelen hacerse en la finca arrendada y no estaría de más que éste cumpliera con el deber de diligencia exigible al titular de cualquier otro derecho y se personara en autos a fin de manifestar la existencia del contrato y proteger de esa manera su derecho).

Conclusión a este apartado número 2: el arrendamiento urbano no sujeto a prórroga forzosa, no inscrito, no perjudica a terceros que desconozcan su existencia.

Ahora bien, el artículo 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria impone unos requisitos para la inscripción que hoy día pueden tacharse de excesivos y hasta de injustos para el arrendatario. Así: a) El «convenio expreso»: la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho del arrendatario para obtener la protección registral, no puede quedar a expensas del asentimiento del arrendador. b) El arrendamiento no es diferente por pactarse por «seis o más años», ni por «haberse anticipado las rentas de tres o más».

¿Hay algún medio de superar estos obstáculos? Evidentemente, una futura Ley de Arrendamientos Urbanos —reforma de la vigente— que posibilitara la inscripción sin dichos requisitos, sería el camino, pues derogaría las exigencias del artículo 2.º, 5, de la Ley Hipotecaria.

C) EL ARRENDAMIENTO DE FINCA HIPOTECADA

Deben distinguirse los siguientes supuestos:

a) *Arrendamientos regulados por el Código Civil*

— Si no estuviere inscrito: al no perjudicar a terceros, la ejecución de la hipoteca significará la extinción del arrendamiento, aunque ésta se hubiera constituido con *anterioridad* a la misma.

— Si estuviere inscrito: subsistirá si fuera anterior a la hipoteca. De lo contrario, desaparecerá con la ejecución de ésta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1963 dice que la hipoteca ejecutada actúa del mismo modo que una condición resolutoria cumplida, es decir, produciendo la libertad de los gravámenes posteriores, incluso los arrendamientos.

b) *Arrendamientos regulados por las leyes especiales*

— La estabilidad otorgada por estas leyes al arrendatario implica la subsistencia del arrendamiento aunque se hubiera constituido con pos-

terioridad a la hipoteca. No necesitará para ello inscripción en el Registro de la Propiedad.

— No obstante, si se tratara de un arrendamiento urbano sin prórroga forzosa, entendemos que necesitará —por las razones ya apuntadas— la inscripción en el Registro de la Propiedad para poder subsistir después de la ejecución de la hipoteca, durante el tiempo que le falte para expirar el plazo por el que se pactó, pues de lo contrario habría de probarse que el adquirente conocía la existencia del contrato de arrendamiento para que le afecte.

Tal solución parece clara en el caso de contratos pactados con anterioridad a la hipoteca; ahora bien, ¿qué ocurre con los pactados con posterioridad a ella? El problema planteado no es estrictamente de oponibilidad o no del contrato al adquirente, sino de preferencia de cargas. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 31 de octubre de 1986, dando un giro a su postura tradicional, dice lo siguiente: «Los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no las posteriores que no se mencionan, y al expresarse por mandato legal en el auto de adjudicación que se cancelan todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de hipoteca se deduce la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de hipoteca, como es el arrendamiento de un local de negocio (21). En vista de lo cual creemos que puede resolverse que todo contrato de arrendamiento posterior a la constitución de hipoteca, esté o no inscrito, no afecta al tercer adquirente en la subasta: así lo imponen las necesarias exigencias de seguridad del tráfico, que concedan preferencia al derecho anterior sobre el posterior.

III. EL DERECHO DE RETORNO

A) CONCEPTO

Es la facultad que ostenta el arrendatario cuya prórroga fue denegada por causa de derribo de la finca, para ocupar, en el edificio reedificado, una vivienda o local de características análogas al primitivamente arrendado.

(21) El Tribunal Supremo señala que la hipoteca es anterior, pues aunque respecto a terceros no puede entenderse válidamente constituida hasta la inscripción, entre las partes surte efectos desde el otorgamiento de la escritura.

B) REGULACIÓN LEGAL

1.º Sustantiva: El artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su párrafo 2.º, establece una posibilidad de denegación de la prórroga forzosa cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca para edificar otra que reúna determinadas características. Como consecuencia de ello, los artículos 81 y siguientes del mismo texto legal crean el llamado derecho de retorno, con el objeto de proteger al arrendatario en aquella situación (22).

(22) El artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (texto refundido de 24 de diciembre de 1964) dice así: «No tendrá derecho el inquilino o arrendatario a la prórroga legal en los siguientes casos: ... 2.º Cuando el arrendador proyecte el derribo de la finca para edificar otra que cuente, cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en aquella hubiere, y una, como mínimo, si no las hubiere en el edificio que se pretende derribar, respetando al propio tiempo el número de los locales de negocio si en el inmueble a derribar los hubiere». En relación con lo cual establecen los artículos 81 a 94 del mismo:

— Artículo 81. «1. Los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado, antes de desalojar el que vaya a derruirse, suscribirán con el arrendador documento que detalle la extensión superficial de las viviendas o locales de negocio que ocupan, su renta, el número de unas y otros que existan en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador.

2. El incumplimiento de esta obligación, de ser imputable al arrendador, hará aplicable lo dispuesto en el artículo 87 e, si al inquilino o arrendatario, implicará la pérdida de su derecho a instalarse en la finca reedificada.

3. Asimismo perderá el derecho de ocupación de vivienda o local de negocio en la finca reedificada y el arrendador quedará en libertad de disponer del que le corresponda, el inquilino o arrendatario que tenga a su disposición vivienda o local de negocio en el modo previsto en el apartado quinto del artículo 62.

4. El inquilino o arrendatario que no desee instalarse en el inmueble reedificado entregará al arrendador documento expreso de su decisión y al momento de desalojar deberá ser indemnizado por aquél con el importe de seis mensualidades de la renta que viniera pagando.

5. En los casos en que edificaciones destinadas a viviendas o locales de negocio cuenten con más de cien años de antigüedad, cuyo grado de vetustez, deficiente estado de edificación y evidentes razones higiénicas y sociales hagan necesaria su renovación, el Gobernador civil, a solicitud del propietario, con audiencia de los inquilinos y arrendatarios, y habida cuenta además de lo dispuesto en el número 2 del artículo 79, concederá o denegará la autorización para demoler. Caso de concederla, serán de aplicación las normas de esta sección para el derecho de retorno, pero con la modificación siguiente:

a) Los inquilinos podrán optar, en forma alternativa, por una indemnización en metálico no inferior a diez anualidades de la renta revalorizada, o porque el arrendador ponga a su disposición vivienda en renta adecuada a sus necesidades y posibilidades económicas situada en la misma población, o bien porque se les reserve, para ocuparla en arrendamiento y en igualdad de condiciones que un tercero, una vivienda en la finca reconstruida.

b) El arrendatario, en los locales de negocio, tendrá derecho a optar entre una indemnización del 50 por 100 de lo que normalmente se abone por traspaso en locales similares de la misma zona, señalada por la Junta de Estimación, o, en su defecto, a ocupar en arrendamiento, en igualdad de condiciones que un ter-

2.º Registral: Viene contenida en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

cero, un local de negocio en la finca reconstruida de análogas características al que venía disfrutando.

En todo caso, la obligación de desalojar quedará subordinada a la entrega o puesta a disposición del inquilino o arrendatario de las contraprestaciones a que hubiere optado, las que cuando impliquen reserva de vivienda o local de negocio en el inmueble reedificado se consignarán documentalmente antes de desalojar, dando lugar su incumplimiento por parte del propietario o por quien lo hubiere sustituido en sus derechos y obligaciones a la adecuada indemnización de perjuicios.»

— Artículo 82. «Reconstruida la finca, se reservará en ella a los inquilinos y arrendatarios con derecho a instalarse en la misma las viviendas y locales de negocio que a cada uno corresponda. Y en el domicilio que hubieren designado al efecto, el arrendador les notificará notarialmente que en el plazo de treinta días siguientes al recibo de la notificación pueden ocupar los que les hubiere asignado, detallando sus características, extensión, la renta y circunstancias que la determinan, así como el número total de viviendas y locales de negocio que existen en el inmueble.

2. Si los arrendatarios no ocuparen dentro del plazo los locales de negocio y viviendas que les hubiere asignado el arrendador, perderán el derecho a volver a la finca y aquél quedará en libertad para alquilarlos a otros.»

— Artículo 83. «1. Cada vivienda o local de negocio asignado, conforme al artículo anterior, dispondrá, por lo menos, de una extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de la correspondiente al que anteriormente ocupaba el inquilino o arrendatario, de iguales instalaciones y servicios y estará situado a altura y posición análogas.

2. La analogía de posición se entenderá únicamente referida a la situación interior o exterior de la vivienda o local de negocio asignado.»

— Artículo 84. «La renta exigible a los inquilinos y arrendatarios procedentes del inmueble derruido, cuando al reedificarse se cumplan todas las condiciones reclamadas en esta sección, será la que pagaren al momento de desalojar aquél, incrementada en un 5 por 100 del capital invertido en la reconstrucción, o sea, sin comprender el valor del solar, pero sí lo gastado en la demolición.»

— Artículo 85. «Cuando las viviendas o locales de negocio asignados a los arrendatarios de que trata el artículo anterior no reúnan las características mínimamente exigidas por el artículo 83, aquéllos tendrán derecho a las reducciones de renta siguientes:

1.ª Un 10 por 100 si el local de negocio o la vivienda asignada está en planta distinta de la que ocupaba en el inmueble derruido. Ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente para los arrendatarios de locales de negocio.

2.ª Si la superficie fuera inferior a la mínima exigida o contara con menos instalaciones y servicios que la vivienda o local de negocio anterior, la renta será la misma que la pagada en la finca derruida, y el 50 por 100 de ésta si la reducción de superficie equivale a más de la mitad.

3.ª El 40 por 100 de dicha renta anterior cuando ocupando en la finca demolida vivienda o local de negocio al exterior, el asignado fuese interior.»

— Artículo 86. «El arrendatario procedente de la finca demolida que ocupare en ella local de negocio sito en la planta baja y al exterior, tendrá derecho a ocupar local de igual situación y extensión superficial en la reconstruida cuando demostrar el perjuicio que a su explotación le cause la ocupación de otro de distinta situación, cuya acción, que caducará a los treinta días de haber ocupado el asignado

Conforme a este precepto, «los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de

por el arrendador, tendrá en cuanto al ocupante del local que correspondiese a dicho arrendatario los efectos establecidos en el número 2 del artículo 88.»

— Artículo 87. «Si al reedificar se incumpliere el compromiso contraído ante el Gobernador civil de la provincia por el arrendador, no será exigible otra renta a los inquilinos y arrendatarios procedentes del inmueble derruido que la que en éste pagaren; ello sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en los artículos anteriores. Y la renta legal de los locales y viviendas de que puede libremente disponer el arrendador será la del local de negocio o, en su caso, vivienda que tuviera la renta más baja en el inmueble derruido, incrementada según la regla del artículo 84, pero reconociendo únicamente al capital invertido el interés del 2,50 por 100.»

— Artículo 88. «1. Si el arrendador incumpliere la obligación de reserva que le impone el artículo 82, los inquilinos y arrendatarios procedentes del inmueble derruido podrán optar entre exigirle la indemnización de cinco anualidades de la renta que al desalojar pagasen o de reclamar las viviendas o locales de negocio que elijan en el inmueble reedificado por la renta que satisficieren en el derruido.

2. Esta acción llevará implícito el lanzamiento del ocupante del local de negocio o vivienda elegido, sin perjuicio del derecho de dicho ocupante a obtener del arrendador, de ignorar su incumplimiento, la indemnización de daños y perjuicios que proceda.»

— Artículo 89. «Las acciones establecidas en los artículos 85, 87 y 88, así como la de impugnar la renta por simulación del capital invertido o de la superficie edificada, caducarán al año de reintegrarse en la finca el inquilino o arrendatario procedente del inmueble derruido. En el caso del número 1 del artículo 88, el plazo del año se contará desde que quede totalmente ocupada la finca reconstruida.»

— Artículo 90. «La renta de todas las viviendas y locales de negocio de que pueda disponer el arrendador libremente será la que previene el artículo 97, salvo que incurriere en el incumplimiento a que se refiere el artículo 87, en cuyo supuesto se aplicará lo dispuesto en este artículo, y el arrendamiento quedará sujeto en todo caso a las disposiciones de la presente Ley.»

— Artículo 91. «1. Cuando el derribo afectare a edificaciones provisionales, para que proceda la excepción segunda a la prórroga sólo será necesario que el arrendador participe su propósito de modo fehaciente a los inquilinos y arrendatarios con un año de antelación al día en que proyectare iniciar la demolición, y que al momento en que desalojen la finca indemnice a los primeros con seis mensualidades de renta y con la de un año a los arrendatarios de local de negocio.

2. Se reputarán edificaciones provisionales los barracones, casetas, chozas y chabolas, y se presumirá que lo es, salvo prueba en contrario, cualquiera otra edificación de naturaleza análoga en cuya construcción no sea preceptiva, conforme a las disposiciones vigentes, la intervención de técnicos.»

— Artículo 92. «El propietario que se proponga efectuar obras para elevar o adicionar la construcción, que tengan por objeto aumentar el número de viviendas y que hagan inhabitable temporalmente la vivienda o local de negocio ocupados por el inquilino o arrendatario, podrá realizarlas siempre que obtenga previamente autorización del Gobernador civil de la provincia o notifique fehacientemente

la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad».

C) PRESUPUESTO NECESARIO PARA SU EXISTENCIA

Un arrendamiento en fase de prórroga forzosa, la cual ha sido denegada por la causa número 2 del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (proyecto de derribo de la finca para edificar otra con determinadas características).

D) NATURALEZA JURÍDICA

Es un derecho personal que nace como consecuencia de la suspensión o paralización temporal del arrendamiento que se produce por el derribo de la finca.

a) Sobre la suspensión del arrendamiento se pueden barajar las siguientes hipótesis:

1. Tiene lugar efectivamente una suspensión del arrendamiento.
2. El primitivo arrendamiento se extingue, pero el derecho de retorno cubre el ínterin que tiene lugar hasta la reedificación, es decir, pro-

a los inquilinos o arrendatarios su propósito y la concesión de la autorización gubernativa con seis meses de antelación, por lo menos, al día que proyecte comenzar las obras. Estas deberán iniciarse dentro de dos meses, a contar desde el día en que quede desalojada la vivienda o local de negocio, teniendo en otro caso el inquilino o arrendatario los derechos que le reconocen los artículos 80 y siguientes. El arriendo quedará en suspenso por el tiempo que duren las obras.»

— Artículo 93. «Lo dispuesto en los artículos 78 y siguientes será de aplicación aun en el caso de que el arrendador fuere el Estado, la Provincia, el Municipio, la Iglesia católica u otras Corporaciones de Derecho público.»

— Artículo 94. «El cumplimiento de las obligaciones a que, conforme a este capítulo, queda sometido el derecho de negar la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas y locales de negocio por la segunda excepción que se establece será obligatorio aun en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercitarlo, y si este cambio se produjere hallándose pendiente de consumación el derecho del arrendador, ejercitado al amparo de la primera causa de excepción a la prórroga, para que pueda proseguir en su ejercicio el nuevo titular, será indispensable que la vivienda o local de negocio hubiere sido reclamado precisamente para él o para un ascendiente o descendiente que por consanguinidad lo fuere común de ambos.»

tege respecto a terceros el derecho del arrendatario a celebrar preferentemente un nuevo contrato de arrendamiento.

3. El arrendamiento concluye con el derribo de la finca, naciendo un nuevo arrendamiento sobre la vivienda o local reedificada.

A nuestro juicio, se trata de un claro supuesto de suspensión o paralización del contrato de arrendamiento, pues la segunda relación es una prolongación, aunque algo variadas las condiciones, de la primera. CAMY —pensamos que con acierto— entiende que subsiste el contrato de arrendamiento con una novación modificativa respecto a la casa y a la renta, ya que en los artículos 83 y 84 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se dice que el local o vivienda entregada dispondrá de una extensión no inferior a tres cuartas partes de la anterior, iguales instalaciones y servicios, posición análoga y se pagará la misma renta que al desalojar la derribada, aunque incrementada en el módulo indicado (23).

ROCA y Díez-PICAZO se inclinan igualmente por la tesis de la suspensión del contrato de arrendamiento, mientras que FUENMAYOR sostiene que estamos ante un derecho preferente del arrendador para contratar un nuevo contrato (24).

b) Como consecuencia de lo dicho, no ofrece duda la cuestión de que el derecho de retorno es un derecho personal, es decir, participa de la misma naturaleza del derecho arrendaticio.

E) CLASES

Legal y convencional. El primero de ellos es el regulado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El segundo tiene su origen en la libertad de pacto permitida por el artículo 1.255 del Código Civil y es refrendado en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

(23) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *obra citada*, págs. 205 y sigs.

(24) ROCA (*obra citada*, págs. 531 y sigs.) cita a FUENMAYOR: «... la facultad del arrendatario a reinstalarse en la nueva construcción no es fruto de un proceso de suspensión del contrato... No hay suspensión del contrato mientras duren las obras de reconstrucción, sino la obligación legal de contratar que pesa sobre el arrendador para alquilar necesariamente a los antiguos ocupantes de los locales reservados». De Díez-PICAZO puede consultarse su trabajo «Protección registral al derecho de retorno», en *Anuario de Derecho Civil*, págs. 590 y sigs., año 1961.

F) REQUISITOS PARA LA CONSTANCIA DEL DERECHO
DE RETORNO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Están recogidos por el ya visto artículo 15 del Reglamento Hipotecario (sin perjuicio de los requisitos generales para toda inscripción). Puede distinguirse:

1.º Existencia de un derecho de retorno arrendaticio legal o convencional.

Para ROCA quedan excluidos los subarrendatarios, los convivientes y los precaristas (25).

2.º Solicitud del arrendatario interesado, dirigida al Registrador, acompañando el contrato de arrendamiento y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno.

Dicha solicitud puede tener lugar por instancia privada.

Como señala ROCA, «difícil es determinar en qué consistirá el denominado título administrativo» (26).

3.º Que, tratándose de derecho de retorno legal, se cumplan los requisitos establecidos por los artículos 78 y 81, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos (27).

(25) ROCA, *obra citada*, pág. 533.

(26) *Obra citada*, pág. 538.

(27) Artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: «Para que proceda la segunda causa de excepción a la prórroga del contrato de arrendamiento de vivienda o local de negocio será necesario:

1.º Que el arrendador contraiga, comunicándolo por escrito al Gobernador civil de la provincia, el compromiso de que las obras de reedificación se realizarán en el plazo que previamente deberá ser señalado por dicha autoridad y que la reedificación se verificará de modo que la nueva finca cuente, al menos, con una tercera parte más del número de viviendas de que disponga aquélla, respetando al propio tiempo el número de locales de negocio si en el inmueble a derruir los hubiere. Y cuando la finca careciera de viviendas o las que existieran fueran dependencia del local o locales de negocio con que cuente, que se compromete a que la reedificada disponga de una o más viviendas susceptibles de ser utilizadas con independencia plena de los locales de negocio.

2.º Que autorizada que sea por el Gobernador civil la demolición, y con un año de antelación, por lo menos, al día en que proyecta iniciarla, lo notifique en forma fehaciente a todos los arrendatarios del inmueble, bien lo sean de vivienda o de local de negocios, insertando copia literal de la mencionada autorización del Gobernador y la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las respectivas obras».

Artículo 81, 1, de la Ley de Arrendamientos Urbanos: «Los inquilinos y arrendatarios que deseen instalarse en el inmueble reedificado, antes de desalojar el que vaya a derruirse suscribirán con el arrendador documento que detalle la ex-

4.º Que la finca —por exigencia del tracto sucesivo— conste inscrita a favor del arrendador que hubiera de soportar el derecho de retorno.

5.º Que el Registrador haga constar el derecho de retorno mediante nota al margen de la finca que se reedifique. Transcurridos cinco años desde su fecha, dicha nota se cancelará por caducidad.

Sobre estas notas cabe decir:

— Que deberán reunir los requisitos del artículo 56 del Reglamento Hipotecario.

Este precepto dice así: «Las notas marginales a que se refiere el artículo 23 de la Ley expresarán el hecho que se trate de acreditar, el nombre y apellidos de la persona o personas que lo hubieren realizado, el documento en virtud del cual se extiendan, el pago o la exención del impuesto, y contendrán referencia al asiento de presentación del indicado documento, fecha y media firma».

— Que no se prevé la posibilidad de prórroga de las mismas, cuando hay supuestos, relativamente frecuentes, en que las obras de reconstrucción del edificio duran más de cinco años.

No obstante, sostiene ROCA que el Juez puede prorrogar dicho plazo (28).

— Que serán cancelables: *a)* Por caducidad (transcurso del plazo de cinco años); *b)* por las causas generales establecidas en la legislación hipotecaria; *c)* por consentimiento del titular; *d)* por resolución judicial.

G) IMPORTANCIA DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL DERECHO DE RETORNO

Entendemos que lo que se piense sobre la importancia de la constancia en el Registro de la Propiedad del derecho de retorno, es consecuencia inmediata de lo que se piense sobre su naturaleza jurídica.

a) Si se entiende que el primitivo arrendamiento se ha extinguido efectivamente al derribarse la finca, y con él la situación de prórroga forzosa, la nota marginal haciendo constar el derecho de retorno será

tensión superficial de las viviendas o locales de negocio que ocupan, su renta, el número de unas y otros que existan en el inmueble y un domicilio para oír las notificaciones que les haga el arrendador».

(28) *Obra citada*, pág. 541.

básica a los efectos de proteger al titular del derecho arrendaticio extinguido hasta el momento de la perfección del nuevo contrato de arrendamiento o en que reciba la oportuna indemnización.

b) Sin embargo, como anteriormente hemos señalado, seguimos la postura —mayoritaria, a nuestro juicio— de entender que el primitivo contrato de arrendamiento no se extingue por el derribo de la finca, sino que simplemente queda en suspenso. Por ello, la situación o el derecho del arrendatario —pensamos— se impone a tercero, aunque esté protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de constancia registral, por aplicación de los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos reguladores de la prórroga forzosa.

El artículo 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que «el cumplimiento de las obligaciones a que, conforme a este capítulo, queda sometido el derecho de negar la prórroga del contrato de arrendamiento de viviendas y locales de negocio por la segunda excepción que se establece, será obligatorio aun en el caso de que cambie la persona del titular que hubiere comenzado a ejercitarlo...».

El Tribunal Supremo así lo ha dicho en Sentencias de 20 de marzo de 1970 y 19 de mayo de 1979. Y parte de la moderna doctrina se inclina, igualmente, por esta postura. Así, CAMY, RODRÍGUEZ-AGUILERA, PERÉ RALUY, PEÑA, CHICO, etc. (aunque autores como ROCA sostengan lo contrario).

Para CAMY (29), «... la legislación arrendaticia ha configurado el derecho de retorno como un derecho legal de carácter imperativo, obligatorio para todos sin necesidad de ninguna publicidad especial... El tercer adquirente de la finca sobre la que exista derecho de retorno no necesita la nota marginal de él para tener conocimiento de su existencia, pues este conocimiento le vendrá impuesto al realizar el contrato, por tenerse que acreditar en él la notificación para el tanteo arrendaticio, o por suspenderse la inscripción del mismo hasta que se acredite en el Registro que se ha realizado la notificación para el retracto».

Según RODRÍGUEZ-AGUILERA y PERÉ RALUY (30), «suscita las más graves dudas la legalidad de la norma del artículo 15 del Reglamento Hipotecario en cuanto a la privación del derecho de retorno, frente a tercer adquirente, al arrendatario que no haya anotado tal derecho. No se concibe cómo una norma sin rango legal pueda obstar al ejercicio de un derecho que la Ley de Arrendamientos Urbanos otorga al arrendatario libre de toda carga de anotación en el Registro. En buenos principios, las reglas sobre prelación de fuentes exigen la ineficacia de la norma hipotecaria al respecto, en tanto la misma no reciba consagración legal».

Para PEÑA (31), en base a lo dicho por el Tribunal Supremo, «... el arrendamiento regido por la legislación especial subsiste siempre frente a los terceros adquirentes de la finca arrendada. Se trata, pues, de un derecho personal, por sí no extensible y, paradójicamente, con más fuerza que los derechos reales».

(29) *Obra citada*, pág. 206.

(30) *Obra citada*, pág. 1012.

(31) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derechos reales. Derecho hipotecario*, página 613.

Por su parte, CHICO (32) señala que «la tesis de la continuación del arriendo deja sin una razón el acceso del derecho de retorno a los libros registrales, pues el artículo 57 de la Ley especial impone la continuidad del arriendo, cualquiera que sea el tercero que suceda al arrendador».

Sin embargo, ya hemos dicho que ROCA (33) se manifiesta en contra de esta argumentación al decir que «la efectividad del derecho de retorno arrendaticio frente a terceros adquirentes depende de que los arrendatarios o inquilinos titulares de lo mismo procuren conseguir su publicidad registral, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento Hipotecario».

IV. CONCLUSION

Tal vez pueda parecer aventurado lo dicho aquí. El derecho arrendaticio sobre finca urbana no protegido por la prórroga forzosa, para muchos deberá imponerse al comprador del inmueble aunque tuviera la condición de tercero conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria. No obstante, pensamos que el legislador —de cara a una próxima Ley de Arrendamientos Urbanos— tiene la oportunidad de perfeccionar un poco más nuestro sistema de garantía jurídica; la protección al arrendatario no es incompatible con ello, y de ese modo nos acercaríamos a soluciones modernas, eficaces y claras.

MARÍA DEL CARMEN DE GRADO SANZ
y JUAN PABLO RUANO BORRELLA
Registradores de la Propiedad

(32) CHICO ORTIZ, en *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II, año 1982, página 76.

(33) *Obra citada*, pág. 537.

De la naturaleza de las aguas en el Derecho Español

Reflexiones acerca de la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de las aguas

SUMARIO: 0. CONSIDERACIONES GENERALES.—1. DEL DOMINIO PRIVADO SOBRE LAS AGUAS: 1.1. *Aguas privadas de manera permanente*. 1.2. *Aguas privadas temporales*.—2. DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: 2.1. *Planteamiento general de la cuestión*. 2.2. *De las aguas continentales*. 2.3. *De los cauces, álveos, riberas, márgenes y acciones*: 2.3.1. Naturaleza de los cauces o álveos. 2.3.2. Márgenes y riberas. 2.4. *De los lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables*. 2.5. *De los acuíferos subterráneos*. 2.6. *Del uso privativo de las aguas públicas y de la problemática registral que presenta*: 2.6.1. Aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizar el agua. 2.6.2. Aprovechamientos individuales con fines de lucro. 2.6.3. Aprovechamientos colectivos por una comunidad de regantes. 2.6.4. La problemática de los aprovechamientos de agua adquiridos por prescripción.

Una de las preocupaciones constantes del legislador a lo largo de la historia del Derecho privado ha sido la de fijar con precisión la naturaleza de las aguas (1). Dificultad esta que persistió en la época de la codificación y es constante en muchas legislaciones de finales del siglo XIX.

La Ley de Aguas de 1866 y, posteriormente, la de 1879 iniciaban la regulación del dominio de las aguas (Título I) clasificándolas en pluviales, vivas y subterráneas. Esta clasificación presentaba un grave defecto al prescindir de otra distinción capital y básica en el tema que nos

(1) La confusión para deslindar el carácter privado o público de las aguas proviene ya del Derecho romano. Conocida es la dificultad de conciliación entre dos textos, concretamente el de las *Instituciones* —lib. II, tit. I, 2, «*Flumina autem omnia et portus publica sunt*»—, que declara públicos todos los ríos, y el texto del *Digesto* —lib. XLIII, tit. XII, ley I, 3, «*Fluminum quedam publica sunt quedam non*»—, que distingue entre ríos públicos y privados.

ocupa, la que distingue entre aguas de dominio público y dominio privado. Fue el Código Civil el que subsanó este defecto partiendo de la capital distinción entre aguas de dominio público y aguas de dominio privado. Ello era necesario máxime cuando se partía del reconocimiento de la posibilidad de que, no sólo el aprovechamiento de determinadas aguas pudiera corresponder a los particulares, sino de que las mismas aguas pudieran ser, en determinados supuestos, objeto de propiedad privada.

La legislación española desde 1866 ha considerado el dominio público como preponderante en materia de aguas, si bien, junto a éste, ha reconocido también el dominio privado de las aguas en determinados casos. La Ley de 1866 partía de «la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes naturales de agua como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria... con la excepción de las aguas que, aun comprendidas en la regla general, sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido en la ley civil para la prescripción de cosas inmuebles» (2). El dominio público es la norma general —señalaba CASTÁN (3)— y el dominio privado la excepción. «Es, en efecto, evidente —dice CASTÁN— el valor social de las aguas. Prestan éstas multitud de servicios colectivos, como condición necesaria para la salud pública (limpieza y lavado, alimentación), para la agricultura (riegos), para los trabajos industriales (fuerza motriz) y para las comunicaciones (navigaciones y transporte); y la índole de estos servicios exige una regulación del uso y aprovechamiento de las aguas que les da el carácter de propiedad pública. Sin embargo, hay excepciones al dominio del Estado, justificadas por la necesidad de armonizar la propiedad de las aguas con la del suelo por que atraviesan, de ahí que, por accesión, puedan ser consideradas como parte integrante de un fundo y, por consiguiente, como de propiedad privada».

La doctrina se ha preguntado tradicionalmente cuáles son los caracteres que deben concurrir en una corriente de agua para considerarla como pública o privada. ROMAGNOSI (4) afirma que una cosa cualquiera adquiere la denominación de pública por su relación con todo el conjunto de una sociedad que aparenta constituir la persona colectiva de un público. De manera que en el orden de la existencia, ninguna cosa es por sí, materialmente considerada, pública ni privada. Serán, pues,

(2) Exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866.

(3) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. I, página 398, Madrid, 1971.

(4) Citado por GAY DE MONTELLA Y MASSÓ, en *Tratado de legislación de aguas públicas y privadas*, 2.ª edición, pág. 47, Editorial Bosch, Barcelona, 1949.

aguas públicas solamente aquellas que sirven únicamente al uso y están destinadas o reservadas, o por razones de interés general o por su propia naturaleza, a beneficiar indistintamente a todos los súbditos del Estado o miembros de la provincia o municipio, sustraídas en esta forma del uso o aprovechamiento privado.

Sea cual fuere nuestra opinión sobre la existencia o no de un dominio público natural, es lo cierto que la Constitución Española ha mantenido el principio de que ninguna cosa es de dominio público mientras no lo diga la ley (5), por más que —como señala GUAITA (6)— el hecho de que en el tiempo y en el espacio coincidan muchas cosas naturales en ser declaradas de dominio público indica que hay una predestinación a la demanalidad.

El ya citado ROMANGOSI señalaba ya que los requisitos necesarios para considerar pública a una cosa eran los siguientes: 1) Ser declarada tal por el legislador. 2) Presentar, de hecho o en potencia, la posibilidad de ser usada por todos los ciudadanos que constituyen la persona colectiva pública, admitiendo el uso el mayor número posible de ciudadanos que se hallen en la afortunada condición de poder usar de ella. 3) Dar lugar, no al ejercicio de un derecho de propiedad, sino a un simple derecho de uso. 4) Ser susceptible, una vez haya servido al particular, de ser íntegramente restituida a los usos públicos.

A este esquema se ajustaba el artículo 407 del Código Civil, que subsumía a su vez el artículo 4 de la Ley de Aguas de 1879. En esta legislación, hoy derogada, las aguas de dominio público podían clasificar en tres grupos:

a) *Aguas públicas por sí mismas*.—Lo eran: 1. Los ríos (art. 407, 1, del CC). 2. Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales (art. 407, 2, CC). En general, pues, debía entenderse como perteneciente al dominio público toda corriente natural de aguas, cualquiera que fuera su denominación, longitud y anchura de su cauce, la mayor o menor extensión que alcancen sus avenidas y la naturaleza jurídica de los terrenos en que tengan su origen o atravesasen en su curso (art. 1.º RD-L 7 enero 1907).

b) *Aguas públicas por accesoriedad*.—Tenían este carácter: 1. Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos de dominio público. 2. Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos

(5) Dice el artículo 132, 2, de la Constitución Española: «Son bienes de dominio público estatal los que determina la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

(6) GUAITA: *Derecho administrativo. Aguas. Montes. Minas*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 23.

públicos. 3) Las aguas pluviales que discurrían por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público. 4. Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos. 5. Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. 6. Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos (art. 407, números 3 al 7 y 9, CC).

c) *Aguas que, siendo privadas en su origen, pasan al dominio público.*—Tales eran: 1. Las que nacían continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salieren de dichos predios (art. 407, 8, CC). 2. Las alumbradas, cuyo dueño las dejare abandonadas a su curso natural (art. 419 del CC).

Estos eran los tres grandes grupos de aguas de dominio público regulados en el Código Civil y en la legislación de aguas hoy derogada, a todo lo cual hay que añadir que el dominio público se extendía también a: 1. Los álveos o cauces naturales de los ríos. Y 2. Los cauces naturales por donde corrieren las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos (art. 407, 1 y 2, CC).

Frente a estas aguas de dominio público, la legislación anterior reconocía claramente aguas de propiedad privada. La naturaleza privada de las aguas, a diferencia de las de dominio público, venía determinada exclusivamente por la característica de ser accesorias al fundo al que nacían, transcurrían, caían o se hallaban. Así, según el común de la doctrina, tenían la consideración de *aguas privadas*: 1. Las aguas vivas (continuas o discontinuas) que nacían en predios de dominio privado, mientras discurrían por ellos (7). 2. Las aguas muertas (lagos y lagunas formados por la naturaleza en dichos predios). 3. Las aguas subterráneas que se hallasen en éstos. Y 4. Las aguas pluviales que en los mismos cayesen, en tanto no traspasasen sus linderos (art. 408, núms. 1 al 4, del CC).

(7) Cabría aquí hacer la salvedad de que, por su naturaleza, el manantial mereciera ya la condición de río, con lo cual se trataría naturalmente de aguas de dominio público.

ALONSO MOYA («Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril 1951, págs. 29 y sigs.) se ha mostrado en contra de esta apreciación, incomprensible —según él— en una legislación como la de aguas de 1879, cuyo principio básico declarado en su exposición de motivos es «la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas». Ha dicho este autor que, en todo caso, las aguas de los torrentes son —como las de los ríos— de dominio público, en toda la extensión de sus recorridos, desde el nacimiento a la desembocadura. El artículo 339 del Código Civil señala, en efecto, que «son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado; las riberas, playas, radas y otros análogos». Ningún otro precepto vigente

Respecto a la propiedad de los cauces, en la legislación que estamos comentando eran de dominio privado: 1. Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales y los de los arroyos que atravesaran fincas que no fueran de dominio público. Y 2. Los álveos de los lagos y lagunas formados en predios de dominio privado (artículo 408, núms. 5 y 2, CC). Tratándose de acequia o acueducto privado, tanto el agua, como el cauce, los cajeros y las márgenes, tenían la consideración como de integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas; no pudiendo los dueños de los predios por los cuales o por cuyos linderos pasase el acueducto alegar dominio sobre él, ni derecho de aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamasen (art. 407, apartado último, CC).

El artículo 132, 2, de la Constitución Española de 1978, al establecer que son, en todo caso, bienes de dominio público estatal «los recursos naturales de la zona económica», ha dado pie al legislador para considerar el agua —atendiendo a su condición de bien escaso e indispensable para la vida— como un bien incluíble entre los bienes demaniales. En efecto, el Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, señor Campo Sainz de Rozas, en la sesión del 12 de marzo de 1985 (8), presentaba ante el Parlamento el Proyecto de Ley de Aguas como un proyecto basado en la continuidad de las instituciones y las costumbres, pero con pretensiones de adaptar la legislación de forma progresiva a la realidad del momento, legislación esta que debía permitir un mejor aprovechamiento de los recursos hidráulicos con el respeto a los derechos legítimamente adquiridos y el buen uso del agua en función de los intereses generales.

«El agua —decía el Ministro— está presente en toda la actividad humana, por ello resulta lógico que a lo largo de la historia el hombre haya invertido gran parte de su tiempo en la búsqueda de soluciones

contraviene esta calificación de los ríos y torrentes como bienes de dominio público. Por ello toda discusión sobre la naturaleza de las aguas carece de fundamento jurídico. Los ríos y torrentes y sus aguas son bienes de dominio público, gozando de los privilegios inherentes a los de tal condición, de inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Para este autor, el único concepto de aguas de dominio privado que contenía la legislación española era el artículo 408, 1, del Código Civil, en conformidad con el cual se hallaba el artículo 5 de la Ley de Aguas. Ambos preceptos respetaban el principio general que informaba toda la legislación especial, de ser de dominio público todas las aguas de las corrientes naturales, sea cualesfuere su denominación e importancia. Para ALONSO MOYA, el dominio privado sólo alcanzaba a las «aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales, mientras discurren por los mismos predios».

(8) Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 187, año 1985, páginas 8616 y sigs.

para su aprovechamiento. El agua no sólo es indispensable para la vida, sino que también condiciona el desarrollo de los pueblos por ser necesaria en la mayoría de las actividades económicas. Es un recurso natural, escaso, limitado, aunque se renueve a través del ciclo hidrológico. No es ampliable y ha de ser considerado como un bien estimable cuya obtención y utilización debe ser optimizada y puesta al servicio de la comunidad. El agua —enfaticaba el Ministro— debe ser un *bien público*».

En aquel importante discurso, el Ministro de Obras Públicas aportaba en defensa de su proyecto múltiples razones, a saber: el incremento de la demanda de agua, la evolución de las técnicas de investigación y explotación de las mismas, el valor ecológico de un recurso sensiblemente deteriorado, su protagonismo principal al definir las cotas de calidad de vida, así como la necesidad de adaptar la nueva legislación a las exigencias constitucionales del Estado, exigencias que obligaban al legislador a calibrar la nueva organización territorial de España y a defender principios constitucionales como el que obliga a los poderes públicos a velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Respecto del tema que nos ocupa, y a partir de los argumentos aportados, el Ministro de Obras Públicas dejaba claro lo que pretendía la Ley en orden a la naturaleza jurídica de las aguas. Frente a la diferenciación clara que la Ley de 1879 hacía entre aguas superficiales y subterráneas, la diferenciación entre unas y otras «resulta hoy —decía el Ministro— un mero artificio formal arbitrado por la ley, que atenta en la actualidad contra el tratamiento coherente de un bien que, con independencia de su situación contingente y transitoria, tiene una misma identidad funcional».

«En esta línea —añadía— el proyecto de ley suprime la posibilidad de apropiarse las aguas subterráneas (...) respetando los derechos adquiridos al amparo de la normativa que se deroga (...) y extiende el dominio público hidráulico a aquellos bienes como los cauces o formaciones geológicas por los que circulan las aguas subterráneas, por cuanto ha parecido imprescindible para asegurar la tutela y correcta administración del bien principal que es el agua».

El Ministro precisaba aún más: «La nueva ley no hará públicas las aguas privadas, sino que incorpora al dominio público las aguas subterráneas que no son propiedad de nadie y sobre las que el dueño del fundo puede extender su titularidad dominical de acuerdo con el Derecho vigente, si las alumbra y no aparta con ello aguas públicas o privadas de su corriente natural. Lo que se incorpora, por tanto, al dominio

público es algo que no tiene dueño y por ello no cabe hablar de lesiones jurídicas de ningún tipo sino de una *nueva regulación del derecho de propiedad en materia de aguas* con un criterio actualizado de acuerdo con la indiscutible función social que la propia institución de la propiedad tiene y que el agua impone» (8 bis).

Queda claro, pues, con esta evocación al discurso del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo en la presentación del Proyecto de Ley de Aguas de 1985, que para el legislador español —y por las razones ya aludidas— el agua debe considerarse hoy como un bien incluíble entre los bienes demaniales, lo cual no es óbice para continuar reconociendo determinados, aunque escasos, supuestos de propiedad privada del agua, supuestos que el Derecho transitorio de la nueva Ley 29/1985, de 2 de agosto, recoge con la clara intención de respetar, en principio, las

(8 bis) Contra la ampliación sustancial del dominio público en materia de aguas hubo múltiples intervenciones en el Parlamento. En nombre del Grupo Popular, el señor GÓMEZ DE LAS ROCES señalaba lo siguiente: «Todos entendemos que las aguas, sean públicas o privadas, deben ser subordinadas, prescindiendo, insisto, de su titularidad, al interés general, o dicho de otra manera, entendemos que, abstracción hecha de esa titularidad, el aprovechamiento, en todo caso, se subordina al interés general (...). Pero hay también una notable discrepancia, porque ustedes, señores socialistas, creen que lo mejor para subordinar el empleo del agua al interés general es acabar con toda la propiedad privada del agua, incluida la que, al menos de presente, no haga falta para el interés general (...). Para nosotros lo que conviene muchas veces al interés general es que sigan existiendo aguas de dominio particular o privado, por el principio de proporción de medios afines, porque lo que puede no resultar en absoluto útil como objeto de una actividad pública puede ser perfectamente rentable y útil, económico y socialmente, en manos de la iniciativa particular (...). Ustedes hablan de suprimir la propiedad privada de pozos y manantiales (...), nosotros hablamos de restringir esa propiedad privada (...). Nosotros ni siquiera proponemos en este aspecto capital del proyecto de ley un principio distinto al de la demanialidad de las aguas, sino que proponemos, más modesta y benedictinamente incluso, alguna salvedad a ese principio general. Esto es todo y, a nuestro modo de ver las cosas, no es mucho. Exceptuar de la demanialidad supuestos como el de las aguas pluviales sobre terrenos particulares, como el de las aguas que nazcan en esos terrenos, sólo hasta que salgan de ellos, el de las lagunas formadas en tales terrenos y las charcas con el mismo emplazamiento, me parece que no es demasiado ni contradice en lo esencial ese principio del dominio público, y tampoco lo contradice el que las aguas subterráneas sigan la condición pública o privada, no necesariamente privada, del terreno en cuyo subsuelo se encuentren».

En este mismo sentido, el Diputado señor ESCUDER CROFT señalaba: «Esa declaración de dominio público estatal constituye una auténtica nacionalización, porque, aun admitiendo que sea posible dentro de nuestra actual Constitución, sólo puede justificarse mediante la correspondiente indemnización, porque es precisamente la Constitución la que reconoce que nadie puede ser privado de una propiedad —las aguas son privadas— sin la correspondiente indemnización, y esto es precisamente lo que olvida este proyecto de ley».

A pesar de estas y otras opiniones, como la del Diputado señor ORTIZ GONZALES, en nombre del Grupo Centrista, la ley se mantuvo fiel al proyecto presentado por el Ministro de Obras Públicas y defendido por el Partido Socialista. Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 207, año 1985, págs. 9479 y sigs.

situaciones jurídicas existentes a la entrada en vigor de la misma. Para estas situaciones de propiedad privada que subsistan después de la nueva ley, ésta impone tan sólo la obligación de declararlas por sus titulares legítimos ante el organismo de cuenca correspondiente en los plazos que reglamentariamente se determinan (disposición transitoria cuarta, 2) y ello al objeto de que se incluyan en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas de la cuenca correspondiente, para lo cual la ley otorga a la Administración pública unos medios coercitivos que implican determinadas facultades sancionadoras, sin que ello afecte, no obstante, a la titularidad ni a la naturaleza privada de las aguas.

Es, pues, del todo evidente que la nueva legislación sobre aguas parte de la idea primordial y básica de que el agua es de dominio público y que su aprovechamiento por los particulares, más allá de lo que signifique el uso público de las mismas, exige concesión administrativa (artículo 57, 1, LA). Ahora bien, ello no es óbice para reconocer determinados supuestos de aguas privadas (definitiva o transitoriamente privadas) que pueden estar sometidas al tráfico jurídico y que, al tener —en determinados casos— la consideración de bienes inmuebles (así las «aguas vivas o estancadas» a que alude el artículo 334, 8, CC), podrán tener acceso al Registro de la Propiedad. Nada hay que alegar, pues, respecto del artículo 334, 8, del Código Civil, que debe de considerarse como absolutamente vigente, como tampoco puede cuestionarse la necesidad de que el Reglamento Hipotecario continúe previendo los distintos supuestos de inscripción de las aguas privadas sin perjuicio de la necesidad de adaptar su articulado a la nueva regulación sustantiva que, de las aguas, ha hecho la ley.

Debemos, pues, continuar distinguiendo hoy —como en la anterior legislación sobre aguas— entre el dominio público hidráulico y las aguas de dominio privado, por más que al utilizar hoy el legislador un concepto un tanto vidrioso (el de «aprovechamiento» de aguas), al referirse a los supuestos en que el agua puede utilizarse privadamente sin concesión alguna (art. 52 LA) y al precisar luego que «todo uso privativo de las aguas no contenido en el artículo 52 requiere concesión administrativa» (art. 57 LA), ha dado lugar a una fuerte polémica en torno a la distinción entre los conceptos de dominio y de aprovechamiento de las aguas. Pero no son estos los únicos artículos a tener en cuenta ni tampoco el debate sobre la distinción doctrinal entre *dominio* y *aprovechamiento* es nuevo.

En realidad, como decimos, el debate doctrinal respecto de la distinción entre *dominio* y *aprovechamiento* de las aguas tiene ya causa

en nuestra anterior legislación. ALONSO MOYA (8 ter), amparándose en la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1879 (9), llegaba a la conclusión de que, para el legislador, dominio y aprovechamiento son conceptos bien diferentes, por lo que, en realidad, la única definición propiamente dicha de aguas de dominio privado era la contenida en el artículo 408, 1 (las aguas continuas y discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos), pues la Ley de Aguas de 1897, en su artículo 5.º, sólo se limitaba —como el actual artículo 52— a conceder al propietario del fundo «la pertenencia para su uso o aprovechamiento», absteniéndose de declarar su dominio.

Como han señalado REVERTE y COBACHO (10), este artículo (junto al 412 CC) establecían el principio general de que el propietario de un fundo tenía derecho a «aprovechar» las aguas que en él nacían mientras discurrían por el mismo. Aparte de expresar el ámbito espacial del aprovechamiento de aguas privadas, cabía desde luego plantearse qué alcance tenía el derecho del propietario del fundo sobre aquéllas aguas, máxime teniendo en cuenta que las facultades dominicales sobre el agua diferían de las de otro objeto cualquiera porque las limitaciones establecidas excedían a las que afectan a cualquier clase de propiedad.

LACRUZ (11), comparando el artículo 408 con el 412, llegó a la conclusión de que estas aguas no eran de dominio privado. La corriente —decía LACRUZ— es de dominio público y privado su aprovechamiento, que es —como reconocía el autor— a lo que se suele llamar propiedad privada. Si ello era ya discutido, pues, en la legislación anterior respecto de aguas —como las enumeradas en el artículo 408, 1, cuyo encabezamiento dice

(8 ter) ALONSO MOYA, *op. cit.*, págs. 39 y sigs.

(9) Decía, entre otras cosas, lo siguiente: «Juzga la Comisión indispensable determinar los caracteres generales que separan y diferencian el aprovechamiento del dominio. Este es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro. El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible... Por eso la Comisión no reputa jamás a los concesionarios de las aguas públicas como verdaderos dueños de éstas, ni aun después de separarlas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios, limitados al objeto que se les concedieron y sujetos siempre a la vigilancia de la Administración, encargada de precaver todo abuso o desperdicio. No es nueva esta doctrina, sino consagrada por los siglos, especialmente en aquellas provincias donde más codiciados y esmerados han sido los aprovechamientos del agua».

(10) REVERTE Y COBACHO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 540 y sigs.

(11) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, III-1, 1979, págs. 261 a 276.

textualmente «son de dominio privado...», con mayor medida puede discutirse hoy.

Quizá por ello no nos atreveríamos a afirmar, como ha hecho CAMY (12), que se trata de un derecho dominical indiscutible el que recae sobre las aguas a que hace referencia el artículo 52 de la Ley, argumentando que de la redacción legal del artículo 52, 1, y 57 de la Ley de Aguas, «no puede deducirse que sea tan sólo el 'uso privativo' aquello que no necesita de concesión administrativa en los supuestos del artículo 52, puesto que, entre otras razones, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ni puede existir ningún derecho real limitativo, como es el uso, que grave un inmueble de forma perpetua ya que esta nota de perpetuidad sólo es atribuible al derecho de propiedad». Hoy sabemos que el contorno del derecho de propiedad sobre ciertos bienes está muy delimitado por la ley y es dudoso que, analizadas las disposiciones legales, y sobre todo, reglamentarias en torno al derecho a aprovechar las aguas a que el artículo 52 se refiere, pueda hablarse con precisión de verdadera propiedad privada de aquéllas. Ahora bien, trátase de *dominio* —que, en todo caso, tendría enormes limitaciones—, trátase tan sólo de *aprovechamiento* el derecho que al propietario del fundo corresponde sobre las aguas pluviales que discurren en los predios de dominio privado o de las aguas estancadas, dentro de sus linderos, que estén en fincas de propiedad particular (art. 52, 1), como la ley configura a otras aguas (las estancadas, las charcas e incluso las procedentes de manantiales y subterráneas cuando de pequeñas corrientes se trate) como aguas de tipo privado y al establecerse que éstas se considerarán como parte integrante de los predios de propiedad privada en que se encuentren, ello parece significar que sobre tales aguas recae la misma propiedad privada que sobre los predios que las contienen. Existe, pues, sin duda, junto a un dominio público —que es, desde luego, básico y preponderante hoy en materia hidráulica—, un dominio privado en materia de aguas. A él vamos a referirnos en primer lugar.

1. DEL DOMINIO PRIVADO SOBRE LAS AGUAS

Partiendo de la afirmación efectuada de que continúa habiendo en nuestro sistema jurídico aguas de propiedad privada, podemos distinguir aquí dos tipos de aguas privadas: aquellas que son privadas de manera permanente y las que lo son de manera temporal y transitoria.

(12) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: «La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 572, enero-febrero 1986, págs. 9 y sigs.

1.1. Aguas privadas de manera permanente

Tendrán carácter privado:

a) Los aprovechamientos de las aguas pluviales que discurran en los predios de dominio privado, mientras que transcurran por ellos (artículo 52, 1, LA).

b) Los aprovechamientos de las aguas estancadas, dentro de sus linderos, que estén en fincas de propiedad particular (art. 52, 1, LA).

c) Las charcas (art. 10 LA) y las aguas subterráneas que se hallen en predios de propiedad particular cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos (art. 52, 2, LA y 84, 2, Rgto.). Cuando dichos acuíferos hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras sin la correspondiente autorización.

En los tres casos anteriores, tales aguas no podrán utilizarse en finca distinta en que nazcan, discurran o estén estancadas (arts. 10 LA y 84, 3, del Rgto.), lo cual constituye una limitación impuesta al dominio privado de tales aguas.

d) Los lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones que acrediten el dominio privado de las mismas en el Registro de la Propiedad a 1 de enero de 1986, las cuales conservarán el carácter dominical que ostentaban en aquel momento (disposición adicional primera).

Es evidente que tales aguas tienen hoy la consideración de bienes inmuebles (art. 334, 8, CC) y, como tales, tendrán acceso al Registro de la Propiedad. Ahora bien, salvo en el caso de los lagos, lagunas y charcas ya inscritos con anterioridad en dicho Registro —que pueden estarlo con carácter de finca independiente— hoy, las aguas que, con arreglo a la vigente legislación, tienen naturaleza privada, sólo se conciben como parte integrante de la finca en que nazcan, transcurran o se hallen estancadas (arts. 10 y 52 LA y 84, 3, Rgto.). Son, por tanto, consideradas, en todo caso, como una *qualitatis predii* y forman parte del mismo, como del mismo también forman parte o, en su caso, de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran éstas, cuando de acequias o acueductos se tratare (art. 47 LA).

En el orden registral ello parece aconsejar, como norma general —y sin perjuicio de que los lagos, lagunas y charcas inscritos ya como finca independiente sigan su curso como tales fincas— que el Reglamento Hipotecario se modifique en el sentido de prever tan sólo la inscripción

en tales aguas privadas como *qualitatis predii* de la finca en que nazcan, discurran o se hallen, ya que tales aguas no podrán ser objeto de tráfico jurídico independiente y separado de las mismas.

Directamente relacionado con lo anterior está el tema que plantea el apartado 3 del actual artículo 66 del Reglamento Hipotecario. En efecto, el apartado en cuestión se refiere a la servidumbre de aguas, o lo que es lo mismo, al derecho de las fincas (derecho real, por consiguiente) a beneficiarse de aguas privadas situadas fuera de ellas, derecho éste que el Reglamento, en su actual redacción, permite hacer constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, indicando, eso no obstante, que no surtirá efecto frente a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas, cuando éstas estén configuradas como finca independiente, o, cuando no lo estén, en la de la finca que las contenga.

Hay reiterada jurisprudencia favorable a la constitución del derecho real de servidumbre de aguas, pero tal derecho, cuando menos en su constitución *ex novo*, debe de ponerse en cuarentena al haberse no sólo reducido el marco de las aguas privadas, sino al establecerse en la nueva Ley —y ello es lo fundamental— esta importantísima limitación que implica la necesidad de considerar a tales aguas como parte integrante de la finca en que se hallen (art. 10 LA, para el caso de las charcas) y no puedan utilizarse en finca distinta de aquellas en que nazcan, discurran o estén estancadas (art. 84, 3, RA). El titular de tales aguas puede, por tanto, utilizarlas en su fundo, pero no parece que pueda constituir sobre ellas un derecho real que beneficie a otro fundo distinto. Por ello no tiene sentido mantener el apartado 3 del artículo 66, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de las aguas privadas temporales.

Nada que objetar tiene, en cambio, el apartado 4 del artículo 66, que prevé la inscripción de aguas privadas no inscritas, sea porque tal circunstancia se omitió cuando la finca tuvo acceso al Registro, sea porque las aguas hayan surgido después de practicada aquella inscripción. En uno y otro caso procederá —como dice el actual Reglamento Hipotecario— practicar una nueva inscripción basada en acta notarial de presencia o por descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble.

Por último, debemos resaltar —en orden a la problemática registral que estamos tratando— la imposibilidad de que en el futuro se constituyan comunidades de aguas privadas por las razones ya expuestas, básicamente por la exigencia de utilizar las aguas privadas por el propietario del fundo y la adscripción de éstas al fundo en que se hallan, nacen o transcurren, lo que —sin perjuicio de lo que se dirá al hablar de las aguas privadas temporales— no parece lógico que el Reglamento recoja

una regulación como la contenida actualmente en los apartados 5 y 6 del artículo 66.

1.2. *Aguas privadas temporales*

Al redactar y aprobar la Ley de Aguas hoy vigente, el legislador, sin perjuicio de introducir la importante novedad que implica la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, eliminando el derecho a apropiárselas que la Ley de 1879 concedía a quien las alumbrase, no ha querido lesionar los derechos adquiridos por los particulares al amparo de la anterior legislación, sea por respeto a tales derechos —así, cuando menos, se declara en el preámbulo de la Ley— sea para evitar el cuantioso gasto que para la Administración acarrearía la vía expropiatoria. Para ello, el legislador ha arbitrado un sutil sistema transitorio que reconoce la propiedad privada de las aguas que lo eran con arreglo a la legislación anterior durante un importante lapso de tiempo —cincuenta años—, imponiendo a sus titulares la obligación de declarar tales aprovechamientos ante el organismo de cuenca correspondiente.

Tres son las disposiciones transitorias que regulan estas aguas: la segunda se refiere a las procedentes de manantiales y la tercera a las procedentes de pozos o galerías en explotación, siendo la cuarta una disposición genérica que se refiere a las aguas que se consideraban privadas en la legislación hoy derogada.

Pues bien, aun cuando los acuíferos subterráneos son de dominio público (art. 2.º, 4, LA), transitoriamente (disposiciones transitorias segunda y tercera) la Ley establece lo siguiente:

a) Que los titulares de algún derecho conforme a la legislación anterior que se deroga sobre *aguas procedentes de manantiales* que vinieren utilizándose en todo o en parte, podrán acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el organismo de cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Y

b) Que los titulares, conforme a la legislación derogada, de un derecho sobre *aguas procedentes de pozos o galerías en explotación*, podrán acreditar ante el organismo de cuenca para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afectación, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes (13).

(13) La diferencia entre pozo o galería y manantial está en la condición artificial del primero y la espontánea del segundo. Hay, sin embargo, una tercera posi-

En uno y otro caso la solicitud de inscripción en el Registro de Aguas debe hacerse en el plazo de tres años de la entrada en vigor de la Ley y también en ambos casos el derecho sobre tales aguas privadas será respetado durante un plazo de cincuenta años transcurridos los cuales tendrán sus titulares derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la legislación vigente.

Como sea que este derecho temporal que se reconoce es de carácter opcional, es decir, el titular del mismo puede o no aceptarlo, el legislador —para este último supuesto— exonera a la Administración de cualquier obligación compensatoria.

Antes de proseguir debemos, no obstante, reflexionar sobre varias cuestiones: ¿Cuál es la naturaleza de la inscripción en el Registro de Aguas? ¿Es esta una exigencia indispensable para el reconocimiento del derecho temporal sobre aguas privadas que la Ley, en sus disposiciones transitorias, reconoce? ¿Es indispensable tal inscripción en el Registro de Aguas para poder practicar las inscripciones de tales aprovechamientos temporales en el Registro de la Propiedad?

CAMY (14), en el trabajo antes citado, y cuyo objeto ha sido estudiar la nueva legislación de aguas y su problemática al amparo del vigente Reglamento Hipotecario, parece adoptar —respecto del último interrogante formulado— el criterio de exigir la inscripción en el Registro de Aguas para que los aprovechamientos temporales puedan acceder al Registro de la Propiedad. Nuestra postura no coincide, en este caso, con la de tan ilustre tratadista, y ello por las razones siguientes:

a) Es cierto que el legislador (disposición transitoria segunda, 2) obliga a todos los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a declararlas ante el organismo de cuenca en los plazos que reglamentariamente se establezcan, plazo que el Reglamento de Aguas (art. 195) ha fijado en tres años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, todo ello para incluir tales aprovechamientos temporales en un *Catálogo de aguas privadas*. También lo es que la Ley, para el caso de que tales aprovechamientos no se hubiesen inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo —trátase de piezas distintas— tiene facultades sancionadoras (disposición transitoria tercera, 3) que, eso no obstante, han de considerarse como de tipo administrativo, ya que no tienen consecuencia ni repercusión alguna

bilidad: la del pozo artesiano. En él concurren la condición artificial de la excavación y la salida espontánea del agua: La ley no nombra este fenómeno, pero es asimilable al primero.

(14) CAMY, *op. cit.*, págs. 16 y sigs.

sobre la naturaleza (privada o pública) de los aprovechamientos de que se trata. Con ello queremos indicar que la declaración de tales aprovechamientos ante el organismo para su inclusión en el Catálogo, aun siendo obligatoria, no es constitutiva de ningún derecho y para nada afecta a la naturaleza de las aguas.

b) Si la declaración a que acabamos de referirnos es obligatoria —a menos que se inscriban las aguas en el Registro de Aguas, en cuyo caso no lo es (cuando menos así debe entenderse de la disposición transitoria cuarta, 3, la cual ofrece claramente la posibilidad alternativa de «inscribir en el Registro o incluir en el Catálogo») — no parece, en cambio, obligado provocar la inscripción de los aprovechamientos temporales en el Registro de Aguas, inscripción que siempre se mantiene como opcional. Así se desprende, sin duda, tanto de las disposiciones transitorias segunda y tercera, que siempre utilizan la fórmula «*podrán* acreditar su derecho» como de la disposición transitoria cuarta, según la cual tales aprovechamientos «*se podrán* inscribir en el Registro de Aguas».

Aceptada esta interpretación —y partiendo, pues, del carácter opcional a que ya nos hemos referido respecto de la posibilidad de mantener los derechos adquiridos sobre tales titularidades temporales de aguas privadas— el legislador bien hubiera podido adoptar un sistema que, para mantener la titularidad de los derechos adquiridos, exigiera la inscripción obligatoria en el Registro de Aguas, pero, muy al contrario, el legislador adopta como principio el de la presunción de que al titular de aquellos aprovechamientos privados le interesa continuar manteniendo la titularidad de los mismos en idénticas condiciones a las que ostentaba anteriormente, pues no de otra manera pueden interpretarse las previsiones de las disposiciones transitorias segunda, 2, y tercera, 2, según las cuales, transcurrido el plazo de tres años que la Ley señala para inscribir tales aprovechamientos en el Registro de Aguas sin que los interesados hubieran acreditado sus derechos, «aquéllos —los interesados— mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora», con una limitación lógica: que «no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas», protección que, como muy bien dicen las disposiciones transitorias que comentamos, es simplemente «administrativa» y que, por ello, en nada afecta al contenido dominical del derecho —temporal, claro— sobre tales aprovechamientos (15).

(15) Lo que se observa aquí es una cierta voluntad suasoria por parte del legislador al objeto de que los titulares de estos aprovechamientos los inscriban en el Registro de Aguas, ya que de no hacerlo parece evidente que la Administración se inhibirá en cuanto concierne a la protección del régimen de los caudales, régimen que —de no provocarse aquella inscripción— quedará automáticamente congelado,

Pues bien, de todo este razonamiento podemos concluir lo siguiente: 1. Que la inscripción de los aprovechamientos temporales en el Registro de Aguas es voluntaria. Y 2. Que la misma no añade ni limita en nada la naturaleza privada temporal de los aprovechamientos de aguas que, siendo hoy públicas, eran privadas con arreglo a la legislación derogada.

A partir de aquí podemos también afirmar dos cosas importantes: *la primera*, que si la Ley reconoce la propiedad privada temporal de determinadas aguas —se inscriban o no en el Registro de Aguas—, nada impide que éstas tengan la consideración de bienes inmuebles con arreglo al artículo 334, 8, del Código Civil y puedan acceder, por ello, al Registro de la Propiedad, prescindiendo de si o no se ha producido aquella inscripción de tipo administrativo; *la segunda*, que si el certificado de la inscripción en el Registro de Aguas cuando ésta se ha producido es título suficiente para acreditar la existencia y titularidad de los aprovechamientos, no es, en cambio, título necesario, lo que implica que —a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad— tales aprovechamientos podrán acreditarse mediante cualquiera otro título fehaciente.

Parece, pues, claro que el Reglamento Hipotecario debe recoger en su articulado los mecanismos que permitan la inscripción de los aprovechamientos temporales, inscripción que podrá practicarse, no sólo durante los tres años que la Ley especifica para provocar la inscripción en el Registro de Aguas, sino durante los cincuenta años que la Ley reconoce vigencia a las titularidades que estamos comentando, y cincuenta años son muchos años para la vida de un Reglamento. Por ello convendría que las normas que regulen la inscripción de los aprovechamientos temporales de aguas privadas estén en el articulado del mismo y no en sus disposiciones transitorias.

Por último, debemos tener en cuenta varias precisiones que las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas establecen y que inciden de alguna forma en el tema que nos ocupa. Son éstas: *a)* Que en cualquiera de los aprovechamientos temporales que tratamos, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de los mismos, requerirán la oportuna concesión al amparo de la totalidad de la explotación, según lo establecido en la propia Ley de Aguas (disposición transitoria segunda, 3). Y *b)* Que, en todo caso, a los aprovechamientos temporales que las disposiciones transitorias consagran, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o ur-

y cuya mínima variación implicará, para asegurar al titular la utilización de los nuevos recursos, el tránsito obligado al nuevo sistema establecido en la ley.

gente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico (disposición transitoria segunda, 4), exigen estas cuya raíz última encontramos en el artículo 33 de la Constitución Española, que, después de reconocer el derecho a la propiedad privada, se refiere a la función social como fundamento básico que, con arreglo a las leyes, puede delimitar su contenido.

Dicho todo esto, parece aconsejable que el Reglamento Hipotecario contenga en su nueva redacción en materia de aguas privadas un artículo que determine la forma de inscripción de las escasas aguas de dominio privado que subsisten en la legislación vigente y también los mecanismos necesarios para permitir la inscripción temporal de las aguas privadas que lo son con carácter transitorio, mecanismos que no pueden diferir mucho de los actuales, incluso en el caso de las aguas privadas pertenecientes a heredades, dulas, etc., puesto que si las aguas privadas actuales consideramos que, en todo caso, han de configurarse como *qualitatis predii*, para estos supuestos parece conveniente mantener la posibilidad de inscribir el agua como finca independiente, puesto que estas comunidades con fin subordinado así parecen aconsejarlo para la claridad y seguridad jurídica.

2. DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

2.1. *Planteamiento general de la cuestión*

Es posiblemente la declaración de dominio público de todas las aguas continentales la innovación de mayor trascendencia en la Ley de Aguas de 1985. El propio precepto que la formula (16) viene a dar las razones básicas donde se cimenta dicha declaración: integración de las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables en el ciclo hidrológico, y subordinación de las mismas aguas, que constituyen un recurso unitario, al interés general. Quizá por ello tiene poco sentido que la misma ley (art. 1.º, 4) excluya de su articulado a las denominadas aguas minerales o termales, que continuarán rigiéndose por su regulación específica (17).

(16) «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico» (art. 1, 2, de la Ley de Aguas y art. 1, 2, de su Reglamento).

(17) El Diputado señor GÓMEZ DE LAS ROCES, en nombre del Grupo Popular, proponía en el debate del artículo 1 ampliar el ámbito objetivo de la ley a las aguas potabilizables y a las susceptibles de ser desmineralizadas. «Si no somos imaginativos —decía— seamos, por lo menos, previsores. No se pueden despreciar

Consecuentemente con esta filosofía, la cual no es sino una plasmación de la tendencia seguida por las legislaciones más recientes y que ha sido propugnada y recomendada por las últimas conferencias internacionales sobre la materia, el artículo 2.º de la Ley enumera los elementos que constituyen hoy el dominio público hidráulico: «Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos». idéntica redacción mantiene el artículo 2 del Reglamento.

2.2. *De las aguas continentales*

Con la denominación de aguas continentales debemos entender todas aquellas aguas que no son marinas. Así quedó claro en el debate parlamentario de la Ley cuando, ante una enmienda del diputado de Esquerra Republicana señor Vicens Giralt que proponía que el texto de la Ley hablara de aguas «continentales e insulares», el ponente socialista, señor Sáenz Lorenzo, indicó que el término «aguas continentales» implicaba ya la inclusión de las aguas insulares, puesto que en aquel término se incluían todas las aguas salvo las marinas. Es claro, pues, que, según la nueva Ley, todas las aguas son, en principio, de carácter público y lo son tanto las superficiales como las de origen subterráneo. Forman, pues, parte del dominio público hidráulico lo mismo las llamadas por la legislación anterior aguas vivas y corrientes que las llamadas subterráneas. Todo ello sin perjuicio de lo que diremos luego sobre el derecho a la utilización privativa de unas y otras. Sin duda esta regulación legal ha venido a alterar sustancialmente la legislación anterior y no permite abrigar dudas respecto de su alcance.

las diversas tecnologías de potabilización hoy existentes, cuando copiamos de la Carta Europea de las Aguas, aunque tampoco era necesario que lo dijese la Carta Europea que el agua es un recurso escaso. Y si ello es así, procuremos incrementar la dosis, en vez de resistirnos a incluir como mandato de la ley la potabilización de las aguas que sean susceptibles de ese tratamiento.» Dicha opinión no fue incluida en el texto legal. Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 207, año 1985, pág. 9480.

2.3. De los cauces, álveos, riberas, márgenes y accesiones

2.3.1. *Naturaleza de los cauces o álveos.*—GAY DE MONTELLA y MASSO (18) definen el álveo o cauce como el lecho de una corriente constituido por la superficie de terreno sobre el cual el agua discurre contenida entre dos riberas. Cualquiera que sea la configuración del terreno, se entiende por tal álveo el que queda expuesto debajo del volumen del agua corriente y que soporta su peso. Nunca, por tanto, puede considerarse como álveo el lecho de un río, arroyo o torrente formado por una avenida circunstancial o por una corriente de carácter torrencial, sino el terreno excavado naturalmente por las aguas que utilizan su lecho para su función corriente.

La antigua Ley de Aguas distinguía —como se ha dicho— entre álveos y cauces naturales de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales y los álveos o cauces naturales de ríos o arroyos, es decir, de corrientes continuas. El Código Civil (art. 407) consideró, en términos generales, a las aguas como accesorias del fundo, y por la misma razón consideró también como accesorio de aquéllas todo lo que pueda servir para su goce, disfrute y aprovechamiento. Esta es, no cabe duda, la ideas que resalta el inciso final del artículo 408 al establecer que en toda acequia o acueducto el agua, cauce, cajeros y márgenes forman parte integrante del edificio o heredad a que van destinadas las aguas.

La Ley de Aguas de 1985 parte, como la Ley anterior, de una distinción entre dos tipos de cauces: los de corrientes naturales, continuas o discontinuas [art. 2.º, b)] y aquellos por los que discurran ocasionalmente aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular (art. 5.º, 1). Los primeros forman parte del dominio público hidráulico; los segundos son de dominio privado.

El principio general es, pues, que los cauces son, ordinariamente, de carácter público, ello no obstante la Ley continúa reconociendo cauces o álveos de carácter privado. Para poder ostentar este carácter se exigen dos requisitos: 1. Que se trate de cauces por los que transcurran aguas de carácter pluvial. 2. Que dichos cauces atraviesen, desde su origen, exclusivamente, fincas de propiedad privada. Cuando no se trate de cauces propiamente dichos, sino de acequias o acueductos privados, el artículo 47 de la Ley mantiene análogo criterio al del artículo 408 del Código Civil, señalando que «en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de

(18) GAY DE MONTELLA-MASSO, *op. cit.*, pág. 144.

evacuación, de los que procedieran», a lo cual hay que añadir la última coletilla del artículo 408 del Código Civil, precisando que los dueños de los predios por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o de dominio que reclamen.

Respecto de los cauces de propiedad privada, tanto la Ley como el Reglamento (art. 5.º, 2) precisan que el dominio privado de los mismos no autoriza para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas. Trátase de una cautela que, en defensa del interés público o en beneficio de tercero, configura el derecho de propiedad de dichos álveos o cauces susceptibles de dominio privado.

Por otra parte, la propia Ley de Aguas acota con precisión qué debe entenderse por cauce: «Alveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es —dice el artículo 4.º— el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias», a lo que añade el artículo 4.º, 2, del Reglamento que «se considerará como cauce de la máxima crecida ordinaria la medida de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante diez años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente». Asimismo, para la delimitación del cauce deberán también considerarse la observación del terreno y las alegaciones y manifestaciones de los ribereños interesados y de los prácticos y autoridades locales (art. 240 RA).

2.3.2. Márgenes y riberas.—Directamente relacionados con los cauces y álveos están las riberas y márgenes. La Ley entiende por riberas «las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas» (art. 6.º), es decir, son las franjas del cauce que se inundan en las crecidas ordinarias, por ello, tal como decía la Ley anterior, el límite alto de las riberas es el nivel que las aguas alcanzan en las mayores avenidas ordinarias. Por márgenes la Ley entiende los terrenos que lindan con los cauces (art. 6.º), es decir, el terreno inmediato a los bordes del cauce y cuya anchura no se delimita pero que debe de hacerse coincidir con la de la servidumbre de máxima extensión que los márgenes soportan, es decir, cien metros, como vamos a ver.

La exposición de motivos de la Ley de 1866 resaltaba ya la dificultad de establecer una norma general sobre el dominio de las riberas. «Cualquiera que sea el peso de las razones alegadas para que se le declare público —señalaba—, considerándolas como parte o complemento del

cauce, es lo cierto que la Ley de Partida, siguiendo las tradiciones del Derecho romano, las declaró de aquellos cuyas son las heredades contiguas, aunque sujetas a ciertas servidumbres públicas. (...) (Por ello) la Comisión ha creído lo más prudente abstenerse de toda declaración absoluta y abandonar este punto a las reglas ordinarias del Derecho civil, todo ello, sin embargo, debe entenderse con la limitación impuesta por las servidumbres consiguientes al uso público de las mismas.

De la regulación que de las riberas se hacía en la Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil (no se olvide que el artículo 339 configura a las riberas como parte integrante de los cauces) podíamos deducir tres afirmaciones: 1) Que la norma general era que las riberas de los ríos pertenecían al dominio público. 2) Que las demás podían pertenecer al dominio particular, cuando así se hubiere reconocido por antigua ley o por costumbre, lo que permitía mantener una excepción a la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público. 3) Que cuando las riberas perteneciesen al dominio privado estaban sujetas en toda su extensión a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento (19).

La Ley de Aguas de 1985 sólo extiende el concepto de ribera a las fajas laterales de los *cauces públicos*, por lo que —como los propios cauces— formarán parte del dominio público. Está claro que, cuando de cauces de dominio privado se refiera, las riberas de los mismos —a las que ninguna mención hace la Ley— serán también de dominio privado.

Por margen la Ley entiende los terrenos que lindan con los cauces (artículo 6.º), aunque más exacto sería decir que márgenes son las zonas laterales que lindan con las riberas. Los márgenes son de dominio privado, pero sobre ellos se extienden dos servidumbres legales a las que vamos a referirnos más adelante.

En las márgenes de los cauces permite la Ley (art. 7.º) que los particulares realicen —en caso de urgente necesidad— trabajos de protección que tengan carácter provisional. Dichos trabajos —según precisa el Reglamento (art. 10, 2)—, por el hecho de realizarse en la zona llamada de policía, deberán ser puestos en conocimiento del organismo de cuenca en el plazo de un mes, al objeto de que éste, a la vista de los mismos y de las circunstancias que los motivaron, pueda resolver sobre su legalización o demolición. Precisa, además, el artículo 7.º de la Ley que serán responsables de los eventuales daños que pudieran derivarse de dichas obras los propietarios que las hayan construido. Como

(19) Cf. ALONSO MOYA: *Las riberas de los ríos en la legislación española. Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, vol. 1, Madrid, 1961.

ha dicho GONZÁLEZ BERENGUER (20), el artículo 7.º de la Ley presenta un curioso caso de permiso de obras *ex lege* para cuya realización no se requiere licencia municipal, sin perjuicio de que ésta deba obtenerse *a posteriori*. Ahora bien, la condición «provisional» de tales obras comporta siempre en nuestro Derecho la consecuencia de que la orden de desaparición no conlleva derecho a indemnización alguna. En cuanto a la alusión final a las posibles indemnizaciones a cargo de los promotores de este tipo de obras, está sometida al régimen general de responsabilidad por daños del Código Civil.

Finalmente debemos señalar que contiene la Ley de Aguas y su Reglamento una detallada regulación de las modificaciones que pueden sufrir los cauces, del sistema de apeo y deslinde de los mismos, así como de las servidumbres a que vienen sometidas riberas y márgenes, cuestiones todas ellas que no interesan aquí desde la perspectiva de este trabajo.

2.4. *De los lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables*

Forman parte también del dominio público hidráulico «los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos» [art. 2.º, c)], entendiéndose por lecho o fondo de lagos y lagunas el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario y entendiéndose por lecho o fondo de un embalse superficial el terreno cubierto por las aguas cuando éstas alcanzan su mayor nivel a consecuencia de las máximas crecidas ordinarias de los ríos que lo alimentan (arts. 9.º LA y 12 RA).

Debe observarse que la demanialidad no alcanzará a los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos, los cuales conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieran.

No debe olvidarse que la disposición adicional primera de la Ley determina que los lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor la presente Ley. Por tanto, como excepción, los lagos y lagunas que estén inscritos con carácter privado mantendrán este carácter en el futuro.

2.5. *De los acuíferos subterráneos*

Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos, forman parte del dominio

(20) GONZÁLEZ BERENGUER: *Comentarios a la Ley de Aguas*, Publicaciones Abella, Madrid, 1985, págs. 77-78.

público hidráulico del Estado [art. 2.º, d)]. Con esta disposición se desliga por completo la primitiva idea de accesoriedad del agua respecto del fundo en que se halle. Por acuíferos, terrenos acuíferos o acuíferos subterráneos se entienden aquellas formaciones geológicas que contienen agua o la han contenido y por las cuales el agua puede fluir (art. 15 RA).

El proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes hablaba tan sólo de la demanialidad de los acuíferos subterráneos, pero gracias a una enmienda del Grupo Parlamentario Centrista al artículo 2.º, d), que fue recogida por la ponencia, se precisó que la demanialidad de los acuíferos se entendía tan sólo en cuanto a los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. La explicación a esta coletilla la encontramos en el artículo 12 de la Ley, según el cual la demanialidad de los acuíferos y, en general, de las formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fundo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, salvo —por lo que a aprovechamientos se refiere— al derecho de aprovechar aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos (arts. 12 y 52, 2, LA y 15, 2, RA) (21).

2.6. *Del uso privativo de las aguas públicas y de la problemática registral que presenta*

Lo primordial a destacar de la nueva regulación legal en materia de aguas públicas es que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, pero sin que nunca pueda adquirirse por pres-

(21) Conviene aquí hacer una observación importante. La disposición adicional 3.ª de la Ley de Aguas dice así: «Esta ley no producirá efectos derogatorios respecto de la legislación que actualmente se aplica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistirá en tanto ésta no dicte su propia legislación. Serán de aplicación, en todo caso, en dicha Comunidad Autónoma, a partir de la entrada en vigor de su nueva legislación, los artículos de esta ley que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil». Ello implica que, en aplicación de la legislación vigente —aun cuando de normas reglamentarias se trate—, las aguas subterráneas pertenecen en la Comunidad Autónoma canaria, incluso desde antes de su alumbramiento, a los dueños de los predios que las contienen. De la misma manera debe tenerse en cuenta que la regulación de las distintas clases de heredamientos de aguas, que no son sino agrupaciones de propietarios de aguas privadas, continuarán rigiéndose por su regulación específica, lo que implica la existencia de un islote legislativo dentro del sistema jurídico español, que deberá ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de modificar las disposiciones vigentes en el Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de aguas.

cripción (art. 50 LA) sin perjuicio de que, por excepción y en forma temporal, será aún operante este modo de adquirir en determinados supuestos, como veremos.

El título adquisitivo será, pues, la ley o bien la correspondiente concesión administrativa que deberá ser otorgada por los órganos componentes de las Comunidades Autónomas (siempre que sus Estatutos les otorguen competencia sobre el dominio público hidráulico) cuando se trate de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro del territorio de una Comunidad Autónoma o bien los órganos correspondientes de la Administración del Estado cuando la cuenca se extienda a territorios de varias Comunidades Autónomas (arts. 15, *d*), y 16, 1, Ley de Aguas).

La concesión se otorgará con carácter temporal y por un plazo que no exceda de setenta y cinco años (art. 57, 4, LA), cuando de riegos se trate, y sólo podrá realizarse a favor de titulares de los bienes a los que vaya a regar el agua, salvo que los aprovechamientos individuales lo sean con fines de lucro o estemos en presencia de concesiones otorgadas a las Comunidades de Regantes (art. 59, 4, LA). El último de los requisitos es la registración de la concesión en el correspondiente Registro de Aguas, la cual se llevará a cabo de oficio (art. 72, 1, LA) y de la cual se podrá obtener la correspondiente certificación (art. 72, 2, Ley de Aguas), que será el medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (art. 72, 4, LA).

Dicho esto debemos distinguir, pues, tres supuestos de aprovechamientos de aguas públicas: *a*) los aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizarlas; *b*) los aprovechamientos individuales con fines de lucro, y *c*) los aprovechamientos colectivos por una comunidad de regantes. Finalmente nos referiremos a la problemática que generan hoy los aprovechamientos adquiridos por prescripción.

2.6.1. Aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizar el agua.—Es evidente en estos casos que la inscripción deberá efectuarse en el Registro de la propiedad en que esté inscrita la finca que va a beneficiarse del agua, bien a nombre del concesionario o bien al de alguno de sus causahabientes, siempre que del folio registral resulte que el concesionario tuvo la titularidad de la finca o si ésta fue inmatriculada posteriormente, se justifique civilmente que fue causahabiente del titular registral.

El artículo 64, en su actual redacción, y por la referencia que hace al artículo 31 del mismo Reglamento —que, como se sabe, regula la inscripción de las concesiones administrativas en general— exige la presentación del título de la concesión, al que debe acompañarse el certificado de la inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas..

Como sea que hoy la inscripción de la concesión en este Registro se hace de oficio (art. 118 RA) y es medio de prueba de la existencia y situación de la concesión, parece claro que el nuevo Reglamento Hipotecario debe continuar exigiendo la presentación de la certificación que acredite la inscripción de la concesión en el Registro de Aguas correspondiente. El título deberá, en todo caso, especificar las características esenciales de toda concesión (así los datos sobre la cuantía y punto de toma del aprovechamiento, el uso del agua concedida, el plazo de duración de la concesión y las condiciones peculiares que se hayan podido originar a estos efectos) (arts. 46 y 47 LA).

Tratándose en todos estos casos de concesiones de aprovechamientos de agua accesorios de una finca (art. 59, 2, LA), es lógico que la inmatriculación de la concesión se realice en el folio en que conste inscrita la finca en que va a utilizarse el agua.

Finalmente parece conveniente mantener la posibilidad de anotar preventivamente la concesión por defecto subsanable en el caso de que no se aporte el certificado de la inscripción de la concesión en el Registro de Aguas.

2.6.2. *Aprovechamientos individuales con fines de lucro.*—La característica de tales aprovechamientos en la nueva Ley es que la concesión no puede ser accesoria de finca alguna, por tener carácter personal, lo que implica dos cosas: que se constituya como finca independiente y como tal se inmatricule en el Registro de la Propiedad y que dicha inmatriculación se haga no en el Registro en que se hallen inscritas las fincas que en definitiva vayan a beneficiarse del agua, sino en el Registro a que corresponda la toma de agua en el cauce público.

El título constitutivo de tales concesiones deberá contener las exigencias especiales que respecto de las mismas prevé la Ley, básicamente la tarifa o canon que se le autorice percibir al concesionario, además de las generales de todas las concesiones.

2.6.3. *Aprovechamientos colectivos por una Comunidad de regantes.*—Tales aprovechamientos, como los anteriormente estudiados, y a diferencia de los individuales para riego (sin ánimo de lucro), no son accesorios de finca alguna, lo que implicará que —como en el actual régimen del Reglamento Hipotecario (art. 64, ap. 3)— deban abrir folio registral. Como sea que la nueva Ley de Aguas no ofrece modificación sustancial alguna respecto de tales aprovechamientos, parece conveniente incorporar al nuevo Reglamento el apartado 3 del artículo 64 en su íntegra y actual redacción.

2.6.4. *La problemática de los aprovechamientos de agua adquiridos por prescripción.*—A diferencia de lo que ocurre con las aguas que, con

arreglo a la legislación anterior, eran privadas y son públicas con arreglo a la vigente Ley —las cuales, como se ha visto, continúan siendo transitoriamente privadas por un plazo de cincuenta años, legalice o no esta situación su titular mediante la inscripción correspondiente en el Registro de Aguas—, con respecto a las aguas que en la legislación anterior ya eran públicas, la Ley de Aguas mantiene hoy otro criterio. En efecto, hasta la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, los aprovechamientos de aguas públicas podían obtenerse por concesión o bien por prescripción, modo de adquirir este último que hoy ha desaparecido por cuanto, según reza el artículo 50 de la Ley de Aguas, «el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa», a lo que añade: «No podrá adquirirse por prescripción al derecho al uso privativo del dominio público hidráulico».

Ahora bien, para evitar una ruptura radical con la situación legal anterior y respetar los derechos adquiridos por los particulares, la disposición transitoria primera dice lo siguiente: «Quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor». Ello implica que los titulares de tales aprovechamientos y, por tanto, de inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas en el Registro de la Propiedad adquiridas por prescripción continuarán disfrutando de igual régimen jurídico al que disfrutaban anteriormente, con la única salvedad del plazo máximo de setenta y cinco años que fija hoy la Ley.

Pero la disposición transitoria primera va más allá al permitir —como en el caso de los titulares de derechos sobre aguas anteriormente privadas— que los que lo sean de aprovechamientos de aguas públicas con arreglo a la legislación anterior, pero no hayan legalizado su situación, lo hagan ahora mediante la inscripción de tales aprovechamientos en el Registro de Aguas (disposición transitoria segunda). Ello se hará mediante acta de notoriedad de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria, debiendo el acta acreditar el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años.

Ahora bien, la posibilidad de acreditar la adquisición por prescripción de los aprovechamientos de aguas públicas sólo se dará en el plazo

de tres años contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, es decir, hasta el 1 de enero de 1989.

La diferencia fundamental entre el Derecho transitorio que se refiere a las aguas anteriormente privadas y el referente a estos aprovechamientos de aguas públicas es que, en el primer caso, se legalice o no la situación anterior mediante la inscripción de aquéllas en el Registro administrativo, las aguas anteriormente privadas continuarán siéndolo por un plazo de cincuenta años, mientras que los aprovechamientos de aguas públicas que podían adquirirse por prescripción, si ahora no se legalizan en el plazo de tres años que fija la Ley, pasarán a formar parte definitivamente del dominio público hidráulico.

Ello explica que, mientras para el caso de las aguas transitoriamente privadas abogamos —como se ha visto— por mantener en el articulado del Reglamento las normas que posibiliten su inscripción en el Registro de la Propiedad —pues cincuenta años son muchos años para un Reglamento— en este caso, y dado que las inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción sólo podrán efectuarse hasta el 1 de enero de 1989, entendemos que sería mejor sacar del articulado del Reglamento Hipotecario el actual artículo 65 y mantener su texto como una disposición transitoria del que va a dictarse.

Unicamente deberá rectificarse el inicio del artículo que, en vez de comenzar diciendo que «los aprovechamientos a que se refiere el artículo anterior adquiridos por prescripción...», deberá decir, «los aprovechamientos de aguas públicas adquiridas por prescripción a que hace referencia la disposición transitoria primera de la Ley de Aguas serán inscribibles...». Asimismo convendrá añadirle un último párrafo (análogo al actual último párrafo del artículo 64), que haga referencia a la modalidad de aprovechamientos adquiridos por prescripción por las Comunidades de Regantes.

JOSÉ MARÍA QUINTANA

Registrador de la Propiedad de Barcelona

La fiducia sucesoria.

Ensayo de construcción dogmática

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. EL NUCLEO DOGMATICO DE LA FIDUCIA: CARACTERES: A. *Negocio «mortis causa»*. B. *La atribución o investidura de una titularidad sobre el caudal relicto*: B. 1. La vocación del fiduciario. B. 2. La titularidad atribuida *ex fiducia causa*. B. 3. El cargo y el encargo.—3. LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO.

1. INTRODUCCION

Desde la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, la doctrina ha venido reconociendo la utilidad dogmática de la «fiducia» para encuadrar bajo un mismo *nomen iuris* una serie dispar de instituciones tanto de Derecho común como forales: el testamento por comisario, los herederos distributarios, las llamadas cláusulas de confianza, las cláusulas *sub modo*, los herederos o legatarios de confianza, la fiducia continuada y los fiduciarios —comisarios, el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria, etc. (1). Tampoco ha dejado de llamar la atención a nuestra doctrina la relativa proximidad de otras figuras del Derecho nacional y comparado, tales como singularmente son los legados, el albaceazgo, el *trust* del *Common Law* o instituciones como el *Treuhand* o *Salman* del Derecho germánico.

Todo ello hace conveniente un intento de construcción dogmática de la FIDUCIA para evitar que se haga de ella un nombre carente de

(1) Referencias a esta sentencia en muchos autores; en particular, *vid.* Roca SASTRE: *Estudios de Derecho privado. II. Sucesiones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, págs. 102 y sigs., y en PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, V, 2, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 433, y *Jurisprudencia civil*, sentencia número 55, pág. 275 del tomo 8 de Ed. Reus.

rigor en su contenido, a modo de cajón de sastre y tranquilizador de la conciencia de juristas, sirviendo de percha a instituciones incómodas o extrañas a las ideas y principios informadores del Derecho sucesorio común.

2. EL NUCLEO DOGMATICO DE LA FIDUCIA: CARACTERES

Interesa, si no una definición, al menos desvelar, bajo la aparatosa heterogeneidad institucional, un núcleo mínimo conceptual, pues de lo contrario deberíamos concluir que la fiducia no es más que un puro *nomen* carente de valor sustancial.

En mi opinión, caracterizan a aquélla las siguientes notas:

- a) Ser un negocio jurídico *mortis causa*.
- b) Atributivo a una o varias personas (fiduciarios o confidenciarios) de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto del disponente.
- c) El encargo de aplicación de dichos bienes al destino confiado.

Adviértase la analogía sustancial con la definición de *trust* del hasta ahora proyecto de la Convención de La Haya sobre Derecho internacional privado de *trust* en su artículo segundo: «(...) *the term «trust» refers to the legal relationships created —inter vivos or on death— by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of beneficiary or for a specified purpose* (2). (El término *trust* hace referencia a relaciones jurídicas creadas *inter vivos* o para después de la muerte por una persona, el constituyente, cuando bienes o derechos son puestos bajo el control de un fiduciario en beneficio de un tercero el fideicomisario o para un propósito específico)».

Vamos a analizar cada uno de estos elementos:

(2) Sobre el concepto y desarrollo, *vid.* HAYTON and MARSHALL: *Cases and commentary on the law of trust*, London, Stevens & Sons, 1986, 8th edition, páginas 3 y 783 y sigs. Sobre el fideicomiso en los países iberoamericanos, especialmente interesantes: JORGE PIÑA MEDINA: *Las instituciones fiduciarias y el fideicomiso en México*, Banco Somex, S. A., México, 1982, y RODOLFO BATIZA: *El fideicomiso. Teoría y práctica*, México, 1958.

A. NEGOCIO «MORTIS CAUSA»

Esta categoría se ha revelado útil para encuadrar instituciones tales como las donaciones *mortis causa*, el mismo testamento y contrato sucesorio, los heredamientos, etc. (3). Este carácter de negocio jurídico permite distinguir esta figura de aquellas instituciones por virtud de las cuales se inviste a una persona de titularidad sobre ciertos bienes, imponiéndose un encargo de aplicación *ex lege*, que no *ex voluntate*.

Ejemplos de esta suerte de «fiducia sucesoria legal» no faltan; así, el cónyuge bínubo reservista con facultad de mejorar en bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del anterior matrimonio (artículos 972 del Código Civil y 270 de la Compilación Catalana, tras la reforma de 25 de mayo de 1987, que le atribuye facultad análoga de distribución), o la atribución, artículo 129, 2, de la Ley del Suelo, a las Juntas de Compensación de potestades fiduciarias con pleno poder de disposición sobre fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas; toda vez que, como indica JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ (4), la atribución de dicho poder de disposición «ni parte de un acto espontáneo y libre del fiduciante ni en el ejercicio de ella puede presumirse la pervivencia del acto de fe».

En calidad de negocio jurídico *mortis causa* nos es permitido diferenciar estas figuras de otras próximas fiducias *inter vivos*. Por supuesto, como negocio jurídico le es aplicable en general toda su dogmática y concepto.

Elementos del negocio *mortis causa*:

A.1. Elementos personales

— *El fiduciante-tes.*—Son los titulares de bienes o derechos que atribuyen al fiduciario-s confiando en que sean aplicados conforme a su propósito.

La fiducia puede ser un negocio unilateral, bilateral o plurilateral. No obstante ser regla común en nuestro Derecho civil que el testamento es un acto enteramente individual (art. 669 Código Civil), es posible en los ordenamientos forales y en alguna ley especial disposiciones *mortis causa* válidas otorgadas simultáneamente por varias personas, ya en pro-

(3) Así, por ejemplo, en JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981, páginas 199 y sigs.

(4) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ: *Derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo. 1982, tomo III, págs. 153 y sigs.

vecho recíproco o para beneficiar a un tercero; el testamento mancomunado en Aragón (arts. 94 y sigts. de la Compilación aragonesa), el de hermandad navarra (Leyes 199 y siguientes de la Compilación navarra), la sucesión en la explotación familiar agraria deferida por voluntad mancomunada de ambos cónyuges (art. 22 de la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias y Agricultores Jóvenes).

— *El fiduciario-s* *.—Son los portadores de la confianza del fiduciante, al objeto de que destinen sus bienes o derechos para después de su muerte según su propósito («... para que los inviertan o apliquen según sus instrucciones», art. 785, 4, CC).

De ser varios los designados (fiducia colectiva) podrán ejercer sus funciones mancomunada o solidariamente, siendo común en nuestro Derecho foral la presunción de mancomunidad, la atribución al Juez de discrecionalidad para resolver según proceda en caso de desacuerdo o incluso autorizar en algunos casos al testador o disponente para que atribuya al fiduciario la facultad de delegar sus funciones *inter vivos* o *mortis causa* o nombrarles sustitutos (cfr. arts. 9 y sigts. de la Compilación vizcaína, Leyes 283 y sigts. de la Compilación navarra y arts. 115 y sigts. de la Compilación aragonesa).

— *Beneficiarios*.—Son los, en última instancia, favorecidos por el encargo de aplicación, siendo su posición más o menos robusta, según la naturaleza de la institución. Adviértase la gradación que existe entre un fideicomisario aplazado, fideicomisario *sub conditione*, fideicomisario de residuo o el miembro del círculo de herederos legatarios «presuntos» (artículo 19 de la Compilación vizcaína), entre los cuales recaerá la elección en un testamento por comisario o en una cláusula de confianza. En algunos casos el encontrar beneficiario no es nada fácil (piénsese en la siguiente disposición: «Nombro a X mi legatario para que con 100.000 pesetas que pongo a su disposición provea al cuidado de mis perros hasta que mueran»).

A.2. *Elementos reales*

— Los «bienes, derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte» (opuestos a personalísimos; cfr. art. 659 CC).

— La fiducia puede ser universal o particular y ello independientemente de que sea el fiduciario instituido heredero o legatario (así el legado de parte alícuota o las «instituciones *ex re certa*» admitidas en Cataluña, Baleares y Navarra).

(*) NOTA BENE: a partir de ahora empleo el término «fiduciario» en su sentido más amplio de confidenciario por virtud de fiducia sucesoria.

— Podrá incluso comprender bienes ajenos, en cuyo caso serán aplicables por analogía las reglas del legado (arts. 861 y sigts. CC).

— El encargo de aplicación puede afectar a toda la atribución del fiduciario (por ejemplo, el fiduciario sujeto a restitución universal) e incluso hasta el punto de agotar la liberalidad (fiduciario puro no autorizado ni para disfrutar ni para retener, obligado a restitución universal) o afectar sólo a parte de la atribución (heredero fiduciario único sujeto a fideicomiso de una cuarta parte de herencia) o a una cosa concreta.

A.5. Elementos formales

— El negocio *mortis causa es solemne*, sólo válido mediante algunas de las formas idóneas, ya testamentarias (sin perjuicio de la admisibilidad de codicilos y memorias testamentarias en Cataluña: artículos 105 y siguientes de la Compilación catalana; Baleares: artículo 17 de la Compilación; Navarra: Leyes 194 y siguientes; sujetos a protocolización), ya contractuales; ora en capítulos o en escritura pública (arts. 30 y sigts. de la Compilación de Vizcaya, 63 y sigts. y 97 y sigts. de la catalana, 6 y sigts. de la de Baleares, 99 y sigts. de la Compilación de Aragón y las Leyes 172 y sigts. de la de Navarra).

— Por razón de la *forma de establecer la fiducia*, es decir, según aflore o no al título sucesorio el encargo hecho al confidenciario, es posible distinguir:

a) *Fiducia expresa*.—La que menos reparos suscita. El título proclama el fin predeterminado que el fiduciario deberá observar. Ejemplos típicos: una institución *sub modo* en donde la cláusula modal aparece en el título («el legado para hacer algo a costa del mismo, como una sepultura para el testador, o una obra pública o un banquete para los munícipes» (5), el *fideicomisum libertatis* (en que se encargaba en Derecho romano la libertad del esclavo Ticio) o por exigencia del Derecho común, la sustitución fideicomisaria.

El problema principal que ha suscitado esta fiducia es la confusión con el simple ruego. Como es sabido, el *fideicomisum*, pariente remoto romano de estas instituciones, nació como un encargo hecho a la fe del fiduciario (de ahí la expresión *FIDEI COMMITTO*; GAYO, *Instituciones*, II, 249), carente de fuerza jurídica de obligar hasta que el Emperador Augusto creara una protección procesal por vía extraordinaria a favor del fideicomisario. En nuestros días el problema se traduce en discri-

(5) *Digesto*, 31, 1 § 17; versión castellana por ALVARO D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO y J. BURILLO, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

minar cuándo se está en la presencia de fiducia (y el encargo es exigible por el legitimado para reclamar su cumplimiento) o un simple ruego, consejo o súplica (y carente de trascendencia jurídica, aunque podría generosamente verse en ello manifestación de obligación natural) (6).

Respecto a este problema, creo aplicable el principio general «IN DUBIO CONTRA FIDUCIA» (7). Hay varias razones para ello:

- a.1. Por ser esa la solución uniforme de nuestra tradición jurídica; así, en el Derecho romano clásico, en principio se ordenó expresamente *certa et solemnia verba; verbis imperativis* (8).
- a.2. Por ser conforme con el principio general del Derecho de «favor debitoris» y el de «efecto mínimo» (9).
- a.3. Por inducirse de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de nuestros textos legales (véase, por ejemplo, la muy ejemplificativa Ley 228 de la Compilación navarra) o incluso del Derecho comparado.

Otra cosa distinta es en nuestro Derecho, sobre todo el foral, la admisibilidad de casos de fiducia tácita o presunta, e incluso «conjetural», lo que se ha planteado especialmente en la institución fideicomisaria y cuyo estudio excede de los límites de este trabajo.

b) *Fiducia secreta*.—Suscita no pocos prejuicios, y ello por razones que son fáciles de alcanzar: la confianza puede ser traccionada o el fiduciario puede cumplir el encargo en su propio beneficio (10). No es de extrañar el tono general prohibitivo que se deduce expresamente del artículo 785, 4, del Código Civil e implícitamente de la disposición transitoria segunda que las tolera sólo como Derecho transitorio.

Conviene, no obstante, advertir:

1. Que no existe en Derecho común prohibición general de la fiducia, ni del fideicomiso puro expreso (prueba de ello la amplitud

(6) Sobre este punto y en contra de tal teoría, *vid.* VITTORIO POLACCO: *De las sucesiones*, tomo I, traducción española, Ediciones Jurídicas Europa-América, Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, págs. 341 y sigs.

(7) Manifestación análoga del tan socorrido principio, recogido por doctrina, reiterada jurisprudencia y la Compilación navarra, que reza: «in dubio contra fideicommissum».

(8) JUAN IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ed. Ariel, sexta edición, págs. 690 y sigs.

(9) PUIG BRUTAU, *op. cit.* (p), nota 1, pág. 325.

(10) Véase sobre los argumentos a favor y en contra de esta institución, FRANCISCO BONET RAMÓN: *Compendio de Derecho civil*, tomo V, pág. 137. En el caso del heredero o legatario de confianza, la prohibición expresa de aplicar los bienes en su propio provecho se encuentra en el artículo 121 de la Compilación catalana.

en la definición de modo del artículo 787 del Código Civil), sino del secreto con que el encargo se confía. Por eso repugna al Derecho común el fideicomiso tácito, el albaceazgo o herencia de confianza (11) o la institución de heredero para aplicar bienes según ciertas instrucciones que resultan de cédulas o papeles privados que no reúnen los requisitos del testamento ológrafo (por ejemplo, el artículo 672 del Código Civil).

2. Que esa desconfianza o no existe o está mucho más matizada en los ordenamientos forales, manifestación de lo cual es la admisión de memorias testamentarias en las cuales y sin los requisitos formales del testamento se confía el encargo hecho al heredero testamentario (supuesto de hecho de la Sentencia de 20 de octubre de 1944), la admisión en los ordenamientos catalán o navarro de la herencia de confianza y la admisibilidad de la *testamentifacio* por comisario (así en Vizcaya) y las cláusulas de confianza (así en Cataluña).
3. Que generalmente se olvida que el grado de secreto del encargo puede ser diverso (12):

3.1. La que podíamos llamar «fiducia absoluta», que, con POLACCO (13) entendemos es aquella disposición *mortis causa*, comunicada en secreto a una persona, llamada fiduciario, el cual debe ejecutar lo que por el testador le ha sido comunicado; y que plantea el problema de la trascendencia jurídica de la prueba hecha por beneficiario del encargo o el de la revelación espontánea anunciada por el fiduciario. Por ejemplo, X instituye heredero a Ticio en testamento; luego, en vida le comunica su deseo de que emplee el contenido patrimonial de la atribución testamentaria para alimentar a Caya, con la que ha mantenido «relaciones sentimentales».

3.2. A veces la existencia del encargo confidenciario aflora al título y, por tanto, existe certeza de la condición de fiduciario, por más que pueda desconocerse el contenido de aquél (14).

(11) Vid., en particular, JOAQUÍN COSTA: *Fideicomisos y albaceazgos de confianza*.

(12) Con más acierto y precisión, el Derecho anglosajón de trust distingue entre expresos, tácitos, implícitos, «constructivos» y secretos. Entre los *secret trust: the fully secret trust*, y el llamado *half secret trust*. Así, en L. B. CURZON: *Law of trust*, M. & E. Handbooks, 2nd edition, págs. 42 y sigs.

(13) *Op. y págs. cit.* en nota 6.

(14) Ejemplo típico de esto: la herencia de confianza. Véase la fórmula tra-

El problema que este tipo de disposición plantea es la forma y condiciones del cumplimiento y, en su caso, quiebra de la confianza, por eso las legislaciones que la admiten suelen regular (*vid.* Derecho catalán y vizcaíno de la herencia y legado de confianza) el cumplimiento y revelación de la confianza (salvo prohibición expresa), la prohibición de cumplimiento en provecho fiduciario o la posibilidad de la delegación o sustitución en el encargo.

B. LA ATRIBUCIÓN O INVESTIDURA DE UNA TITULARIDAD SOBRE CAUDAL RELICTO

Estudiaremos:

- 1.º La vocación del confidenciario.
- 2.º La titularidad atribuida por virtud de fiducia (*ex fiduciae causa*).
- 3.º El cargo y el encargo.

B. 1.º *La vocación del confidenciario*

El fiduciario es llamado a cumplir el encargo cuando muere el fiduciante y se abre la sucesión independientemente tenga o no conocimiento de aquél con anterioridad. Interesa señalar:

- Es distinta la vocación hecha al confidenciario de la que en su caso proceda en favor del beneficiario, no debiendo ni siquiera coincidir en el tiempo.
- Que cuando *ex lege* o *ex voluntate* el cargo está vinculado a una atribución patrimonial sea a título de heredero o legatario (por ejemplo, heredero distribuidor); es posible repudiar la herencia y/o legado y aceptar el cargo, pero no viceversa (por ejemplo, el artículo 389 de la Compilación catalana y el artículo 900 del Código Civil).

Requisitos de la vocación al confidenciario.

Seguendo al *Digesto*: «*Delata Fiducia intelligitur quam quis possit adeundo consequi*».

a) *La sucesión debe estar abierta*: es evidente que el fiduciario, aunque tenga conocimiento del encargo, no puede hacer uso de él hasta que

dicional en Cataluña según PELLA: *Código Civil de Cataluña*, según cita de José GASSIOT MAGRET: *Comentarios a la Compilación de Derecho civil (de) especial de Cataluña*, Ed. Bosch, pág. 150.

fallezca el fiduciante, por la propia naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*.

Cosa distinta es la revocabilidad o irrevocabilidad de la designación de fiduciario hecha en el título sucesorio, cuestión nada sencilla, pero que, entiendo, depende de la naturaleza de éste:

— Si por testamento, esencialmente revocable (por ejemplo, artículo 737 Código Civil), aunque contenga poder testatorio otorgado unilateralmente.

— Si por contrato sucesorio; no es nada clara la solución, pero en principio no cabe revocación unilateral (15).

b) *Que exista designación o llamamiento a la fiducia* hecha en título jurídico ora unilateral o plurilateral, revocable o irrevocable, *mortis causa*. Es indispensable que el llamado sea determinado o susceptible de determinación (aplicado el artículo 750 por analogía).

c) *El llamado a la fiducia deberá sobrevivir al difunto*.

d) *Aptitud o capacidad*. El problema de la capacidad del fiduciario no es baladí, e interesa por razones obvias: 1.º al fiduciante le interesa que el fiduciario sea capaz del recto cumplimiento del encargo; 2.º al fiduciario por las consecuencias que se seguirán de su aceptación.

Entiendo que:

— Si es llamado en calidad de heredero o legatario, la capacidad exigida al fiduciario es la *testamenti factio pasiva*; así ocurrirá en los fideicomisos singulares o universales, en las instituciones o legados *sub modo*, en el caso de herederos distributarios o de herederos o legatarios de confianza, etc.

— Si es llamado al encargo en calidad de albacea, su capacidad es otra y más exigente, pues deberá tener capacidad de obligarse; por ejemplo, el artículo 893 del Código Civil, artículo 114 de la Compilación aragonesa, Ley 284 de la Compilación de Navarra, etc. (16).

— ¿*Quid* de aquellos casos en que la fiducia no se confía a heredero, legatario o albacea?; ejemplo de ello son los de comisario o fiduciario del Derecho aragonés o navarro con facultad de ordenar sucesión, y los titulares tan sólo de facultad de elección o distribución. A falta de

(15) Por ejemplo, el problema de la revocabilidad de la delegación de la facultad de mejorar, otorgada en capítulo, *ex art.* 831, nueva redacción del Código Civil. ver JUAN SARMIENTO RAMOS: *Derecho civil: Sucesiones*, Centro de Oposiciones, Madrid, 1985, tema 69, pág. 13.

(16) El muy discutido problema de la naturaleza del albaceazgo es resuelto en la sentencia con que se inicia este ensayo, a favor de la tesis de la fiducia testamentaria. Sobre albaceazgo y titularidad de disposición, véanse las acertadas opiniones de ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, pág. 748, 1.ª edición.

previsión concreta (suele exigirse una relación familiar con el causante: cónyuge o consanguineidad) lo más razonable es la aplicación analógica de las normas del mandato y el albaceazgo (véase el artículo 1.716 del Código Civil en relación con su artículo 893 y compárese con la Ley 284 de la Compilación navarra y el artículo 114 de la Compilación aragonesa) (17).

— ¿Pueden ser fiduciarios personas jurídicas? Entiendo que indudablemente sí a calidad de heredero o legatario (la Compilación navarra lo prevé incluso para la herencia de confianza), dudoso, aunque generalmente admitido para el albaceazgo, más que dudoso en los demás casos (por ejemplo, parecería contrario a su naturaleza un testamento por comisario encargado a una sociedad anónima aún en legislaciones tan generosas como la vizcaína).

Por supuesto la capacidad y la idoneidad para ser confidenciarias han de apreciarse, como dicen las Compilaciones aragonesa y navarra, en el «momento de ejercer su función» y no en el del otorgamiento del título por razones obvias.

B. 2.º *Titularidad atribuida*

Independientemente de que exista o no atribución patrimonial y de que sea el confidenciario llamado a la fiducia como heredero o legatario o albacea... es necesario se le invista de una titularidad sobre bienes o derechos del caudal relicto. La expresión es deliberadamente imprecisa, creo que son distintas las titularidades que sobre el caudal pueden atribuirse para el recto ejercicio del encargo, al fiduciario:

a) *Una titularidad subordinada de goce* (18), cuyo ejemplo típico es el caso de la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria (19), pues, independientemente del gravamen restitutorio, el fiduciario tiene entre tanto la facultad de usar y disfrutar de los bienes relictos fideicomitidos, subrogados y accesiones (así se deduce del artículo 781 del Código Civil y en particular de los artículos 182 de la Compilación catalana, Ley 232

(17) Así lo entiende, por ejemplo, para el Comisario de Vizcaya, ADRIÁN CELAYA IBARRA, en *op. cit.*, nota 10, pág. 141.

(18) Utilizo la expresión de titularidad subordinada para distinguirla de la titularidad plena, y en tanto que atribuye el goce del contenido económico del derecho sujeto al encargo de aplicación. Véase, sobre el particular, FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, parte general, tomo primero, Ed. Casa Martín, pág. 474, y sobre las titularidades de goce y disposición, ATARD: «Ensayo de construcción sistemática de las titularidades *ob rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1924, pág. 277.

(19) Cf. Sentencia de 30 de octubre de 1944.

de la Compilación navarra y el artículo 30 de la Compilación balear), haciendo suyos los frutos y las rentas de los mismos, respetando en todo caso el capital fideicomitido.

Evidentemente, el provecho resultante del disfrute del contenido de la atribución patrimonial no implica necesariamente la cualidad de usufructuario (así, por ejemplo, el fiduciario sujeto a restitución fideicomisaria es verdadero heredero o verdadero legatario y tiene facultades de propietario, sujeto, eso sí, a la restitución), aunque puede ocurrir así, como es el caso del llamado «pseudo usufructo testamentario» del artículo 787 del Código Civil (*vid.* R. 2-12-86 DGR). Otro ejemplo: el del tutor nombrado bajo la fórmula del artículo 275 del Código Civil.

b) *Una titularidad fiduciaria.* El más remoto precedente es en este caso el de la «fiducia» romana, que implicaba la transmisión de la propiedad o de la titularidad de un derecho *fidei fiduciae causa* (20), lo cual exigía una *mancipatio, in iure cessio* o una *coëmptio* a la cual se añadía el *convenium* o *pactum fiducire* que, aunque independientemente, se agregaba al *pactum* o negocio principal. Merced a la *interpretatio* de las XII Tablas nos es posible descubrir en su estructura un acto solemne de transmisión de propiedad y un pacto obligacional fuera del formal transmissorio, del cual nace una *actio bonae fidei*: la *actio fiduciae*.

Esta construcción pesa todavía en la dogmática moderna del negocio fiduciario, cuya discutida naturaleza no es objeto de estudio en este trabajo.

Nos interesa señalar que por virtud de negocio jurídico *mortis causa* es posible atribuir una titularidad fiduciaria cuando se cumplen sus requisitos:

1) *Una atribución patrimonial*, lo que implica una vocación universal o singular. El fiduciario será heredero o legatario y, por tanto, le será aplicable su disciplina. En particular podrá aceptar o repudiar el encargo; si es heredero se subrogará en el lugar del causante y responderá *ultra vires* si no acepta a beneficio de inventario podrá ejercer las acciones en defensa del honor, buen nombre, o las del estado civil del causante...

2) *La «causa fiduciae»*: no obstante la creación de una titularidad externa, aparente y formal, dotada de evidente poder de disposición o inscribible en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 2.º, 3, de la Ley Hipotecaria, la atribución *sub fiducia* limita o restringe la

(20) RODOLFO SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano*. XVII edición, traducción española de Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 50.

atribución en tanto que internamente el fiduciario no es más que un *merus minister* o ejecutor testamentario (21).

Es precisamente esa tensión entre el elemento externo o formal y el interno o «bonitario» lo que ha suscitado no pocas perplejidades en la doctrina y caracteriza la esencia del negocio fiduciario en sus dos manifestaciones: *fiducia cum creditore* y *fiducia cum contracta*.

¿Qué fiducias sucesorias pueden considerarse negocios fiduciarios? Con la advertencia de que la cita no puede ser exhaustiva citaremos algunos ejemplos:

— *Fideicomisario puro*

(Por ejemplo, instituyo heredero fiduciario a X sujeto a restitución de mi herencia a mi nieto cuando nazca, sin facultad de goce o disfrute de bienes).

A diferencia de su pariente próximo, el fideicomisario en sustitución o sustitución fideicomisaria, el fiduciario es tan sólo portador de una titularidad fiduciaria, existiendo una sola liberalidad (la que tiene al fideicomisario por beneficiario) y no dos o más aunque sucesivas. El fiduciario no es más que un *heres formal* o ejecutor testamentario, lo que revela la típica desproporción entre el fin perseguido y el medio jurídico empleado. El encargo no le autoriza a disfrutar de los bienes o derechos fideicomitados, aunque en el Derecho catalán pueden detraer la *cuarta trebeliánica* (esto y el hecho de su condición de heredero le diferencia de otra figura próxima: el albaceazgo universal del artículo 236 de dicha Compilación).

En mi opinión, no hay duda de la posibilidad de un fideicomiso puro expreso en Derecho común, como veremos.

— *Institución sub modo*

Entiendo que en algunos casos la institución submodo, sobre todo dada la generosa concepción que resulta del artículo 797 del Código Civil, hasta el punto que puede consistir en la obligación de invertir todos los bienes recibidos con arreglo a las instrucciones del testador, puede responder a la naturaleza del negocio fiduciario cuando la cláusula modal no configura una obligación accesoria y extraña al acto de liberalidad (22), sino que se incardina en la entraña misma del negocio. No existe un sacrificio o merma de gratuidad, y que da la medida de la

(21) ROCA SASTRE, *op. cit.* en nota 1, págs. 99 y sigs.

(22) Sobre este tema en particular, la valiosa monografía de ORENCIO VICENTE TORRALBA SORIANO: *El modo en el Derecho civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967.

liberalidad; antes bien, existe atribución o investidura de *officium* o cargo anejos a la disposición *fiducia causa*.

Con LACRUZ y SANCHO REBULLIDA entendemos características del modo:

1. Subordinación a una atribución principal de la cual depende.
2. No correspectividad de esta atribución principal, frente a la cual el modo nunca supone una contraprestación, *stricto sensu*.
3. Una vinculación del atributario gravado (23).

Por ejemplo, instituyo heredero a X al objeto de que destine mis bienes al fomento de la investigación y promoción de la egiptología en España.

— *El supuesto de heredero administrador*

Es el caso de la siguiente disposición, que encontramos en la Ley 3, párrafo 3.º, *Dig. de usuris* 22; la testadora instituyó a Pollidio *en interés* de su hija menor, en calidad de administrador de la herencia, preferible al tutor, con la obligación de restituirla con todos sus frutos al día designado (24). Entiendo posible en Derecho común al amparo de los artículos 164, 1 y 2, y 227 del Código Civil.

— *El «trust» anglosajón*

También pertenece a este supuesto en tanto que atribuye una titularidad fiduciaria, aunque no necesariamente *mortis causa*; el rasgo más característico es la distinción entre los derechos resultantes de la constitución: el fiduciario o *trustee* es propietario sujeto a *trust (equitable obligation)*; el fideicomisario o *beneficiary* tiene un derecho o interés en equidad (*equitable interest*), así llamado porque originariamente sólo era susceptible de tutela ante los Tribunales de Equidad (opuesto a *Common Law*); lo que dio en una suerte de propiedad dual o *dual ownership*.

Es definido como una relación fiduciaria que sujeta a la persona a quien se inviste de la propiedad a deberes de equidad de administrarla en beneficio de otra, según resulta de la voluntad manifiesta de constituirla («a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the property is held to equitable duties to deal with

(23) *Op. cit.*, nota 3, pág. 317.

(24) LAVANDERA: «Instituciones fiduciarias», en *RDP*, 1923, págs. 170 y sigs.

the property for the benefit of another person, which arises as a result of a manifestation of an intention to create it» (25).

— *El heredero mero distribuidor*

Cuando considerando insuficiente el albaceazgo, se cree preferible instituir heredero o nombrar legatario con el encargo de distribuir cantidades que se deje en general a clases determinadas como parientes, pobres o establecimientos de beneficencia (*vid.* artículo 671 del Código Civil en relación con los artículos 747, 749 y 751). Responde a la tradición del heredero por intermediario. La *commendatio in manu*, los *manumissores*, el *salman* de la Ley Sálca y Ripuaria, etc... (26).

La herencia —dice LAVANDERA— entra en su patrimonio, aunque no permanezca en él ni resulte más que un agente de la herencia o mandatario de su transmisión. Ejemplo: Lego a B el tercio de libre disposición para que lo reparta prudencialmente entre los huérfanos del pueblo. B no suplanta o sustituye la voluntad del testador, sino que la ejecuta, para lo cual tiene el cargo de heredero (27).

También aspecto pero limitado de integración de voluntad testamentaria por persona distinta del causante revisten los artículos 875 y 876 del Código Civil.

— *Las herencias y legados de confianza*

El heredero o legatario de confianza es verdadero heredero o legatario, pero no hace suya la sustancia de la herencia (*non ad commodum*), toda vez que en calidad de confidenciario deberá cumplir el encargo que como ejecutor testamentario se le ha confiado. El secreto de este último no puede oscurecer la naturaleza de su función, antes bien, el secreto no tanto de la existencia del *pactum fiduciae* como de su contenido se aviene con la naturaleza del negocio fiduciario: cuando se revela o cumple la confianza, nace a la luz el negocio subyacente de albaceazgo de modo muy semejante a lo que resulta cuando al desvanecerse el negocio simulado aparece el disimulado encubierto. Prohibida esta institución en Derecho común se admite y regula en dos forales: el catalán (arts. 118 y siguientes) y el navarro (leyes 289 y siguientes).

Como dice la Sentencia de 10 de octubre de 1944, existen dos fases

(25) Bibliografía sobre TRUST en CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol. 2.º, Ed. Reus, Madrid, 1984, XIV edición, nota 2 a la pág. 728. En particular, M^{te}ÑANA: «Los trusts», *RGLJ*, junio 1931, págs. 599 y sigs.

(26) ROCA SASTRE, *op. cit.*, nota 21, págs. 99 y sigs., y POLACCO, *op. cit.*, nota 6, *passim*.

(27) *Op. cit.*, nota 24, y LACRUZ, *op. cit.*, nota 3, pág. 376.

o aspectos diferentes, «pues en el aspecto externo o formal y en la fase anterior a la revelación de la fiducia se estima que el fiduciario o heredero de confianza ostenta la condición de titular del patrimonio hereditario, mientras que en el aspecto interno o material (...) se conceptúa que el confidenciario es una especie de mandatario del testador».

c) *Una titularidad de disposición.* A veces la fiducia sucesoria no inviste al fiduciario de titularidad alguna de disfrute, ni tampoco fiduciaria, sino que le atribuye lo que la moderna doctrina llama titularidad de disposición sin atribución patrimonial: aquella facultad o poder dispositivo que actúa sobre patrimonio ajeno y sin existir representación; es, pues, un supuesto de legitimación indirecta; las diferencias con las figuras anteriores son claras:

1. El llamado por esta cláusula fiduciaria carece, en principio, de un interés patrimonial. Tendrá en todo caso un interés de índole familiar o de afección, pero ni disfruta del contenido de la atribución ni es en principio necesariamente heredero o legatario; no apareciendo externamente como dueño pleno o limitado de bienes confiados a su arbitrio de disposición.

2. El fiduciario ahora no cumple ni ejecuta otra voluntad testamentaria que la derivada del cumplimiento o ejecución de la titularidad de disposición, no es, en sentido estricto, por ello un mero vehículo de la voluntad del *de cuius*; antes bien, expresa su propia voluntad integrando el título sucesorio.

Como expresa JUAN VERGER GARAU a propósito del distribuidor balear (28), se produce «una combinación de dos negocios unilaterales. La elección o distribución realizada por el fiduciario se basa en su voluntad propia que completa el contenido y da eficacia a la declaración del testador que le autorizó para ejercitar dichas facultades de la manera que considerase más conveniente».

3. En principio y a diferencia, por ejemplo, del heredero de confianza, no tiene poder de gestión, ni de administración, ni le corresponde premio alguno por su actividad (29).

Ejemplos de sucesión confiada al arbitrio de disposición de un tercero existen en nuestro Derecho en instituciones tales como el testamento por comisario vizcaíno (arts. 15 y sigts. de la Compilación), la atribución en Cataluña al cónyuge supérstite de la facultad de elección de heredero del premuerto entre hijos comunes (art. 115 de la Compila-

(28) *Revista de Derecho Privado*: «Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales», dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXXI, vol. 1.º, artículos 1-65, Compilación de Baleares, págs. 353 y sigs.

(29) ROCA SASTRE, *op. cit.*, nota 21, pág. 108.

ción catalana) o el Pallars-Sobirá y otras comarcas a los dos parientes más próximos entre sus hijos, la fiducia confiada al cónyuge y la colectiva para ordenar la sucesión en la casa aragonesa (art. 110 de la Compilación aragonesa), los fiduciarios-comisarios navarros (leyes 281 y sigts.), el heredero distribuidor balear (arts. 18 y sigts.); e incluso en Derecho común la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar hecha cónyuge del artículo 831 del Código Civil, o la posibilidad de delegar en el cónyuge la designación de sucesor en la explotación familiar agraria.

Con todo, una pura titularidad de disposición es un caso excepcional y no es extraño la concesión de aquélla a quien ostenta por otro título (*verbi gratia*, por derechos de viudedad en el frecuente supuesto de cónyuge comisario, o fiducia confiada a heredero o legatario en tanto que sucesores universales o particulares del difunto) o porque lo exige la misma naturaleza de la fiducia de disposición; un interés patrimonial sobre otros o incluso los mismos bienes o derechos del caudal; son casos de titularidad de disposición que se yuxtapone a una atribución patrimonial:

- El caso del fiduciario en el fideicomiso de elección, expresamente previsto en las Compilaciones catalana y navarra.
- El supuesto de comisario en la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias, porque su artículo 25 le otorga el usufructo de la explotación en tanto no haya cumplido el encargo.
- El de las cláusulas fideicomisarias de residuo con facultad de disfrutar y disponer de los bienes fideicomitidos; aunque su naturaleza es dudosa.
- El del heredero distributivo de Baleares; en tanto que sólo puede ser nombrado quien sea instituido, aunque sólo sea en usufructo (art. 18 de la Compilación balear).

B. 3.º *El cargo y el encargo*

Como advierte ROCA, el encargo con que se vincula al fiduciario *post obitum* es el *alma mater* de la institución; su verdadera razón de ser. No por ello existe mandato, ni siquiera un mandato *post mortem*, toda vez que no le liga contrato (aunque esto es dudoso cuando la fiducia se atribuye por pacto sucesorio), ni existe representación, ni negocio ajeno gestionado, ni arbitraje o función tutelar. Existe un *officium*, cargo o función de Derecho privado resultante de un negocio jurídico *sui generis*, cual es la fiducia, por más próximas que puedan parecer otras

instituciones (así, el mandato se asemeja al albaceazgo, la representación al testamento por comisario).

Son, en mi opinión, características del cargo:

1. El ser voluntario, pues, a diferencia del Derecho histórico (el fiduciario romano clásico), el elegido confidenciario es libre de aceptar o no su nombramiento, mas, una vez aceptado, deberá desempeñarlo diligentemente (por analogía con lo dispuesto por el albaceazgo y el mandato). El problema que esto plantea es si, dado el carácter voluntario, la repudiación de la función deferida frustra necesariamente el encargo; para lo cual no existe solución única: si bien cabe nombramiento de albacea dativo; en el caso de la titularidad de disposición conferida, a falta de previsión del causante (por ejemplo, sustitución, fiducia continuada) o disposición legal, procede la apertura de la intestada (*vid.* artículo 115 de la Compilación catalana, el art. 20 de la *bareal*...).

2. No necesariamente gratuito, mas como es lógico hay que estar a la naturaleza de la institución y por supuesto al título sucesorio: el fiduciario disfruta de bienes fideicomitidos, el heredero de confianza percibe las remuneraciones pactadas o la legal, y otro tanto ocurre del albacea. Interesa señalar, no obstante:

a) En cualquier modo tiene derecho a resarcirse de los gastos en que haya incurrido en el diligente cumplimiento de su función, incluso a cargo del caudal (razón: fundamento de justicia y equidad para evitar el enriquecimiento injusto y aplicación analógica de lo previsto para la sustitución fideicomisaria) (Ley 294 de la Compilación navarra, artículo 119 de la catalana...) o para la función tutelar (art. 220 CC).

b) Por analogía con lo dispuesto para la gestión de negocios y el mandato (art. 1.711 CC) cuando el fiduciario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que la fiducia se refiere se presume la obligación de retribuirlo.

3. Temporal. Desde luego esa parece ser la idea de nuestro Código, al que repugna toda suerte de vinculaciones perpetuas. Muestra de ello son los límites impuestos a las sustituciones fideicomisarias tanto en el Código como en las Compilaciones, el rechazo de la prohibición perpetua de enajenar o del encargo de pagar a varias personas sucesivamente más allá de segundo grado renta o pensión (art. 785 CC) y la frecuente previsión legal de breves plazos (generalmente un año) para el cumplimiento del encargo (art. 904 CC para el albaceazgo, art. 119 de la Compilación catalana para herencia de confianza, art. 19 de la Compilación vizcaína, art. 118 de la aragonesa, art. 25 de la Ley de Explotaciones

Familiares Agrarias, art. 831 CC para delegación de la facultad de mejorar).

El problema se suscita cuando ni el título ni la ley han señalado plazo (por ejemplo, la institución sub modo).

4. El carácter personalísimo del cargo: viene exigido por la confianza depositada por el causante en quien haya de ejecutar el encargo. El fiduciario, por regla general, podrá servirse de técnicos y auxiliares, más no podrá subdelegar si no está autorizado por el disponente (el albaceazgo en Derecho común da la pauta general, artículo 909; se reiteran similares previsiones en el artículo 18 de la Compilación vizcaína y se deducen de los artículos 115 y siguientes de la catalana, Ley 282 de la navarra y el artículo 23, 3, de la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias).

Excepcionalmente puede autorizarse en el título la continuidad de la fiducia ora nombrando sustitutos a los fiduciarios, ora incluso facultando a primeros o sucesivos fiduciarios hacer ulteriores nombramientos (leyes 292 y siguientes de la Compilación navarra; artículo 118 de la Compilación catalana, etc...).

— El encargo

La diversidad de encargos confiados a la fe del fiduciario es tan grande que es imposible su enumeración, pero pueden agruparse como sigue:

a) Encargo de restitución: comprensivo de dos obligaciones impuestas al fiduciario: conservar los bienes o derechos atribuidos y transmitidos al fideicomisario/s.

La posición del gravado de restitución puede ser más o menos robusta, según el título: puede o no disfrutar del caudal fideicomitado, puede o no ser relevado de fianza o de la obligación de conservarlos, puede, además, atribuírsele la facultad de elección de eventuales fideicomisarios, puede o no tener derecho a la *cuarta*.

b) Encargo de elección y/o distribución; en estos casos se le faculta para que determine los beneficiarios ora libremente o, como es mucho más frecuente, entre un círculo de presuntos beneficiarios determinados por la ley o el disponente. Por ejemplo, el encargo de elegir heredero o legatario, de elegir entre herederos o legatarios de quedar a su arbitrio la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, de ordenar la sucesión *in loco testatoris*.

En estos casos el *iter* transmisivo es muy complejo: fallecimiento del causante; apertura sucesión; delación al confidenciario; situación de

pendencia aceptación de la confianza; ejercicio de la facultad conferida; delegación al nombrado; situación de yacencia; aceptación o repudiación herencia o legados:

Desde la apertura de sucesión hasta el ejercicio de la facultad de elección existe una situación jurídica interina que no es propiamente la de comunidad hereditaria; por más que el artículo 113 de la Compilación aragonesa remita a su disciplina para la regulación de la administración o disposición. La pendencia se traduce en la incertidumbre resultante de no estar aún «completo» el título sucesorio, antes bien en vías de integración; entre tanto, los herederos presuntos no tienen derecho alguno, sino tan sólo una mera expectativa doblemente subordinada, primero a que el heredero presunto sea elegido, y segundo que en el momento de deferir la herencia en virtud de acto válido de disposición en ejercicio regular del arbitrio confiado sea el asignatario viviente y capaz para aceptar el *ius delationis*.

La segunda fase consiste en ejercicio de esa facultad *inter vivos* o *mortis causa*, en uno o en varios actos, con carácter revocable o irrevocable (en la Compilación vizcaína, por ejemplo, el artículo 19 siempre con carácter irrevocable) en tiempo y forma hábiles, según la regulación positiva de la institución.

El encargo de elección implica el de distribución. En buena lógica distinta es la encomienda de mera determinación del *quantum* de la atribución entre herederos o legatarios designados nominalmente (expresamente prohibido en Derecho común, como el artículo 670, 2, del Código Civil), del encargo de asignación o de elección de la cualidad de heredero o legatario del causante y en su lugar (por ejemplo, encomiando cónyuge elija cuál ha de ser el sucesor en la explotación familiar). Mientras que en el encargo de pura distribución la condición de heredero o legatario está fijada en el título sucesorio, deferida desde la apertura de la sucesión al morir el causante y excluida del arbitrio del fiduciario (existe derecho de transmisión desde el fallecimiento del causante, momento para apreciar la idoneidad del llamado); en el encargo de pura elección es la cualidad misma la que pende hasta el ejercicio de la potestad atribuida al confidenciario.

c) Encargo de aplicación, gestión o inversión. Aquí se aproxima mucho la figura del fiduciario a la de un gestor de negocios ajenos o un mandatario *post mortis*, debiendo administrar los bienes o derechos confiados a su control:

- En interés de persona cierta y determinada (por ejemplo, heredero administrador en beneficio del fideicomisario).

- En interés de persona susceptible de determinación (por ejemplo, la persona que fuera director de cierta sociedad, el nieto o nieta que primero case, la persona que le cuidare en su última enfermedad, el más joven de los hijos, etc...).
- En interés de un fin lícito y honesto, determinado o determinable y posible (30); en este caso, mientras se satisfaga su propósito le es indiferente al disponente quiénes en definitiva sean los beneficiarios (personas inciertas interesadas) o incluso no habiéndolas. Por ejemplo, las donaciones *pro anima* del Derecho histórico, las disposiciones *in memoriam* (el caso de las fuentes romanas: edificar un monumento a la memoria del causante), las disposiciones de beneficencia, piedad o para fines científicos culturales hechas *in genere* (vid. 747/9/51 del Código Civil).

En este caso el problema principal reside en hallar quién sea el legitimado para reclamar el diligente cumplimiento, responsabilidad y rendición de cuentas. En mi opinión:

- a) el heredero o herederos (en tanto sucesores del causante);
- b) los administradores, albaceas o personas autorizadas por el testador para ello (ejemplo, el art. 903, 3, CC);
- c) los interesados en la revocación (por ejemplo, el 797 CC) o en la decadencia del beneficio (herederos);
- d) con WOLFF, en última instancia el Estado (por ejemplo, el artículo 788, *in fine*, y por razón similar a la que justifica la función de protectorado de fundaciones).

3. LA FIDUCIA SUCESORIA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Estudiada la dogmática de la fiducia sucesoria es oportuno señalar las posibilidades que nuestro Derecho positivo ofrece a su desenvolvimiento.

Empecemos por afirmar que su historia es oscura y tortuosa, se nutre de fuentes diversas y de instituciones de distinto contenido y origen vario, de aquí la utilidad de la construcción unitaria; como muy adelantadamente señala la tan citada Sentencia de de 10 de octubre de 1944, la

(30) En el Derecho anglosajón: el requisito de la «*worabilitz*» en el trust. Vid. bibliografía referida en la nota 25.

fiducia nace «a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos». ¿Cuáles son éstas?

Entre las necesidades que está llamada a satisfacer se encuentran las propias de economías agrarias y familiares, como ponen de relieve los foralistas: la conservación de la unidad de la casa y del patrimonio familiar; el robustecimiento de la autoridad familiar y de la dirección de la prole y parentela; la mejora de la posición del cónyuge supérstite; el mayor acierto en la elección de heredero más idóneo para suceder en la explotación familiar; la más equitativa distribución de bienes; el fomento de la solidaridad y lazos familiares; el cumplimiento de deberes morales no exigibles jurídicamente; protección frente a dispendios de hijos pródigos, etc...

LAS DESCONFIANZAS DEL CÓDIGO CIVIL

Nuestro Código está fundado en principios sociales, políticos y dogmáticos poco favorables al desarrollo sin trabas de esta institución. Se le ha acusado, no sin razón, de los males de la época, el ser excesivamente individualista y liberal; pero aun los críticos más acerbos del Código han de admitir que los recelos del legislador no son del todo injustificados: se temen abusos, fraudes y corruptelas; esta es la razón de los cuatro principios que jalonan el rigor abolicionista de aquél.

1. El testamento como único cauce de delación voluntaria de la herencia; se huye así de las donaciones *mortis causa*, se prohíben las memorias testamentarias, se prescriben los pactos sucesorios, desaparecen las *mortis causa capiones...*».

2. El rigor de la concepción clásica de los testamentos: caracterizado por su solemnidad, unilateralidad, carácter personalísimo, esencial revocabilidad... todos ellos y especialmente el carácter personalísimo poco favorable al libre juego de la fiducia.

3. La aversión a las vinculaciones, y a las cargas contrarias a la libre distribución de bienes; lo que se manifiesta en los conocidos principios de redención de dominios y restricción de prohibiciones de disponer y fideicomisos.

4. El horror al secreto sucesorio y al negocio incierto (por ejemplo, los artículos 750, 785, 670 y disposición transitoria segunda del Código Civil); y en general la escasa simpatía que demuestra el legislador por situaciones jurídicas interinas o dependencia y hacia la yacencia de la herencia.

De todo lo dicho resulta la estrechez del marco sucesorio que el Código Civil representa para el juego institucional de la fiducia; no obstante

lo cual la posibilidad de ésta en Derecho español se debe a una serie de razones.

1. A la expansión de los preceptos del propio Código, con la lógica limitación de no quebrar los principios generales que informan el derecho sucesorio. Así, no parece que nada obste a un fideicomiso expreso puro por el que, por ejemplo, se instituye a Ticio para que dé al caudal relicto el destino determinado en testamento, ni tampoco a la existencia de lo que VÍCTOR LAVANDERA denomina heredero administrador: la razón, en mi opinión, es la generosa recepción de la institución sub modo (en el artículo 767 CC) que, como incluso señalamos, permite vincular al instituido al encargo de aplicar todos los bienes con arreglo a las instrucciones del testador, o a la posibilidad de nombrar tutor bajo la fórmula frutos por alimentos, o administrador designado por el causante, por ejemplo, los artículos 164, 2, y 227 del Código Civil.

Si bien, por otra parte, no puede dejarse al arbitrio de otro la subsistencia del nombramiento de heredero o legatario, ni la elección de éstos, aunque sea entre personas predeterminadas, ni tampoco es posible el fideicomiso tácito o la herencia de confianza (por ejemplo, el artículo 670 en relación con el 785 del Código Civil), sin embargo, el artículo 671 permite encomendar a tercero (de donde se deduce que también a heredero o legatario) la distribución de cantidades que deje en general a clases determinadas, por lo que no debe haber obstáculo al heredero mero distributivo.

2. Excepciones al Derecho común:

a) En el propio Código: así, en la posibilidad de delegación de la facultad de mejorar atribuida al cónyuge que tiene por antecedente la regulación de las «Leyes de Toro» y que en mi opinión tiene la naturaleza de fiducia sucesoria atributiva de titularidad de disposición en estrecho parentesco con la contemplada en el artículo 115 de la Compilación catalana y que entra en colisión aparatosa con el 659 del Código, lo que impide aplicación analógica.

b) En leyes especiales, singularmente la de Explotaciones Familiares Agrarias, que tiene el reconocido mérito de formular en reducido articulado un elevado número de «anomalías» sucesorias, entre ellas la posibilidad de designar sucesor por comisario (art. 23).

3. El Derecho foral: es campo abonado para la fiducia sucesoria; abriéndose en todas las Compilaciones (por otra parte, inspirada en principios distintos y distantes de los del Código) generosas posibilidades a estas instituciones.

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO
Registrador de la Propiedad

La gestión de los bienes gananciales y las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno de los cónyuges por separado

La Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, entre otras cosas, ha desarrollado el principio constitucional de igualdad de los cónyuges en el matrimonio en la nueva regulación del régimen económico de sociedad de gananciales.

En el nuevo texto articulado del Código Civil desaparece la atribución exclusiva de la gestión de la sociedad de gananciales al marido y, conforme al principio rector de la Ley, se encomienda esta función a los dos esposos.

El artículo 1.375 del Código Civil establece con carácter supletorio la regla de la actuación conjunta de los dos esposos para la gestión y disposición de los bienes gananciales; esta regla no es aplicable, en consecuencia, sino en defecto de pacto capitular en contra; pero, además, tiene limitaciones establecidas en el propio Código en todos aquellos supuestos en que se admite el ejercicio separado, por uno de los cónyuges, de las facultades de gestión del patrimonio ganancial.

Por tanto, las excepciones al principio de gestión conjunta de los bienes gananciales derivan, no sólo de la autonomía de la voluntad de los cónyuges —capitulaciones matrimoniales—, sino también directamente del propio Código en los casos en que reconoce la validez de los actos de gestión y administración de los bienes gananciales realizados por uno solo de los esposos —a consecuencia de su libertad e independencia en el ámbito de la gestión de su patrimonio privativo y ejercicio de su profesión (arts. 1.381 y ss. CC), o, por necesidades del tráfico,

en atención a la naturaleza de ciertos bienes y derechos (arts. 1.384 y 1.385 CC) o a las circunstancias (art. 1.386 CC).

Desde este punto de vista parecen sumamente acertadas las palabras del Profesor DE LOS MOZOS frente al reconocimiento del sistema de cogestión de los bienes gananciales en el Derecho español: «Es... más exacto afirmar que el nuevo sistema de la sociedad de gananciales, basado en este punto en el principio constitucional de la paridad jurídica de los cónyuges, lleva a organizar la administración, gestión y disposición de los bienes comunes, de acuerdo con el principio de colaboración que inspira al propio régimen de comunidad, pero tratando de salvar la independencia y libertad de los cónyuges que, por encima de todo, trata de mantener para hacer efectiva su igualdad. Con lo que atribuye aquellas facultades a ambos cónyuges para que sean ejercidas conjunta o separadamente» (1).

La adquisición de bienes gananciales a título oneroso y a costa del caudal común es un acto de gestión del patrimonio ganancial, ya que modifica su composición y supone la disposición de bienes gananciales. Por tanto, estas adquisiciones deben ser realizadas, en principio, por los dos esposos conjuntamente, o bien por uno de ellos con el consentimiento de su consorte o la autorización judicial prevista en el artículo 1.377 del Código Civil; y, la adquisición realizada por uno solo de los esposos es, en principio, anulable conforme al artículo 1.322 del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, pese a ser la regla expuesta la norma general en el tema de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales, la admisión por el Código Civil de la gestión separada por cada uno de los cónyuges de los bienes gananciales en ciertos casos, ha supuesto la validez de estas adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges, por separado, cuando se trate de alguno de aquéllos. Esta excepción a la regla general tiene extraordinaria importancia, ya que, en la práctica, las adquisiciones hechas por uno solo de los cónyuges se suelen realizar con numerario ganancial o, más exactamente, presuntivamente ganancial (art. 1.361 CC), en poder del adquirente y, por tanto, se trata de un supuesto en que se reconoce la disposición por separado de uno de los cónyuges de bienes comunes (art. 1.384 CC).

El nuevo texto del Código Civil presupone la validez de las adquisiciones de bienes gananciales, a título oneroso, hechas por uno sólo de los cónyuges (arts. 1.347, 3.º, 1.356, 1.365, 1.367, 1.370 y 1.384), al igual que el Reglamento Hipotecario tras la reforma de 12 de noviem-

(1) DE LOS MOZOS, J. L., en la obra colectiva dirigida por ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2.º (arts. 1.344 a 1.410 del Código Civil), EDERSA, Madrid, 1984, pág. 342.

bre de 1982 (arts. 93, 4, y 94, 1) y la doctrina (2). En definitiva, la nueva normativa recoge la doctrina desarrollada por los autores (3) y la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (4) en torno a las compras realizadas por mujer casada, con ocasión de la supresión de la licencia marital por la Ley de 2 de mayo de 1975 (5) y la hace extensiva a las adquisiciones a título oneroso realizadas separadamente por cualquiera de los cónyuges, de acuerdo con el principio de igualdad.

Actualmente no creo que se pueda poner en duda la validez de estas adquisiciones, debido a la del contrato que les sirve de título que deriva, a su vez, de la plena capacidad de obrar de los cónyuges (6). Además, el pago realizado por el cónyuge adquirente con numerario ganancial en su poder será igualmente válido, en virtud de la legitimación que le concede el artículo 1.384 del Código Civil; sin perjuicio de la posible responsabilidad en que pueda incurrir, frente a su consorte, en el supuesto de no actuar en interés de la comunidad (arts. 1.390 y 1.391 del Código Civil) (7).

(2) Vid. BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, CXIII-CXIV, págs. 7 a 71, en esp. págs. 65 y sigs. LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario», *AAMN*, t. XXVI, págs. 335 a 355, en esp. págs. 341 y sigs., y en la obra en colaboración con SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 385 y sigs. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1981, núm. 166, págs. 245 y sigs. RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, 1982, págs. 556 a 593, en esp. 561 y 576 y sigs.

(3) La mayoría de los autores aceptan la validez de las compras realizadas por la mujer casada. Vid., entre otros, RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Las compras de la mujer casada*, libro homenaje a R. M. ROCA SASTRE, vol. III, Madrid, 1976, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 13 a 128; SANZ FERNÁNDEZ, A.: *La situación de la mujer casada en Derecho civil*, en el vol. II de la misma publicación, págs. 751 a 988, en esp. 903 y sigs. Sin embargo, CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial*, en el vol. II del libro homenaje citado, págs. 989 a 1030, no excluía *a priori* la impugnación de estos actos por el marido al amparo del anterior artículo 65 del Código Civil.

(4) Vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8, 11 y 26 de febrero de 1977, de 4 de mayo, 27 de septiembre y 22 de noviembre de 1978.

(5) Sale a la luz en aquel momento la problemática de estas compras por no ser la mujer la administradora de la sociedad de gananciales.

(6) Vid. SANZ FERNÁNDEZ, A.: *La situación...*, loc. cit., pág. 905, sobre la reintegración de la capacidad de obrar de la mujer casada operada por la Ley de 2 de mayo de 1975 a consecuencia de la derogación de los antiguos artículos 61, 62 y 1.263, 3.º, del Código Civil. Actualmente no existe ningún precepto específico sobre este tema debido, sin duda alguna, a su obviada.

(7) Con anterioridad a la reforma de 1981 abogaban por la validez del pago SANZ FERNÁNDEZ, A.: *La situación...*, loc. cit., págs. 918 y sigs., y CÁMARA ALVA-

No obstante la validez de las adquisiciones a título oneroso y a costa del caudal común realizadas por uno solo de los cónyuges en los supuestos ya vistos, estas compras presentan interés para el estudioso del Derecho en orden a sus consecuencias. En estas páginas voy a plantear los efectos de estas adquisiciones en los dos casos que me han parecido de mayor trascendencia: 1.º Inscripciones del bien inmueble adquirido en el Registro de la Propiedad, estudiando la forma de realizarla y sus repercusiones en orden a la administración y disposición del bien. 2.º Adquisiciones con parte del precio aplazado, dedicando especial atención a la responsabilidad por el precio aplazado.

I. INSCRIPCION DEL BIEN INMUEBLE ADQUIRIDO POR UNO SOLO DE LOS ESPOSOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los inmuebles gananciales adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, en el caso de no haberse hecho declaración alguna sobre la procedencia del dinero invertido se inscribían, antes de la reforma del Reglamento Hipotecario, conforme al antiguo artículo 95, 1, del mismo, «a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad de gananciales», pese a no figurar en el título como adquirente más que uno de los esposos (8).

Actualmente, una vez reformado el Reglamento Hipotecario por Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 y Real Decreto de 10 de octubre de 1984, estos bienes se inscriben a nombre del cónyuge adquirente, ya sea en la forma establecida en el artículo 93, 4, del Reglamento Hipotecario —si se adquieren para la sociedad de gananciales— o, en el artículo 94, 1— si no se expresa esta circunstancia en el título.

a) INSCRIPCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 93, 4, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Si el cónyuge adquirente manifiesta que adquiere para la sociedad de gananciales el bien se inscribe con esta indicación a su nombre.

En estos casos aunque la condición de ganancial del bien simple-

REZ, M. de la: *Adquisiciones...*, loc. cit., págs. 1012 y sigs., con base en los artículos 464, 1.158 y 1.160 del Código Civil.

(8) *Vid.*, en este sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8, 11 y 26 de febrero de 1977. Sin embargo, la Resolución de 4 de mayo de 1978 reconoce la existencia de una laguna legal en el caso de haber declarado el cónyuge adquirente (la mujer) que el precio pagado procede de su patrimonio parafernial sin probarlo.

mente se presume (9), la aseveración de ganancialidad hecha por el adquirente produce algunos efectos, ya que, además de ser irrevocable (10), somete al bien adquirido al siguiente régimen de gestión:

Los actos tabulares deben ser otorgados por el titular registral (el cónyuge adquirente para tener acceso al Registro, conforme a los artículos 93, 4, y 94, 2, del Reglamento Hipotecario.

Respecto de los actos de administración de estos bienes, el Reglamento Hipotecario guarda silencio, pero la doctrina (11) estima que se encuentra legitimado para ellos el titular registral (cónyuge adquirente), sin ser exigible el consentimiento de su consorte para su inscripción, cuando proceda, en el Registro.

Los actos de disposición de estos bienes se encuentran sometidos a las reglas de los artículos 1.377 y 1.378 del Código Civil: requieren el consentimiento de los dos esposos, ya sea bajo la sanción de nulidad —si se trata de un acto de disposición a título gratuito— o de simple anulabilidad —si se trata de un acto de disposición a título oneroso (artículo 1.322 CC)—, admitiéndose en este último caso la autorización judicial supletoria. Sin embargo, el Reglamento Hipotecario (art. 93, 2, por remisión del 93, 4) exige para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso que el acto haya sido realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro, o con la autorización judicial supletoria. Se impide, por tanto, el acceso al Registro de los actos de disposición otorgados por uno solo de los esposos (sin el consentimiento del otro), pese a ser actos simplemente anulables, y no nulos, siguiendo la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 15 de marzo de 1972. Esta solución ha sido lamentada por algunos autores sobre todo en el supuesto de ser el cónyuge titular registral el otorgante (12), pero es la exigida por el sistema hipotecario español.

(9) *Vid.*, en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, IV, op. cit., página 388.

(10) *Vid.*, en este sentido, AVILA ALVAREZ, P.: «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1987, núm. 578, págs. 27 a 45, en especial pág. 34, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, IV, op. cit., pág. 388.

(11) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, IV, op. cit., pág. 388; GIMÉNEZ DUART, T.: «La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, 1982, t. XXXV, fascículo II, págs. 571 a 589, en esp. pág. 584; CÁMARA ALVAREZ, M. de la: «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, t. XXXIX, fascículo II, págs. 339 a 535, en esp. pág. 355. Sin embargo, DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios...*, op. cit., pág. 394, opina en contra.

(12) Lamenta la solución dada por el Reglamento Hipotecario, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Los bienes...*, loc. cit., pág. 343, y *Elementos...*, IV, op. cit., págs. 387 y sigs.; también DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios...*, op. cit., pág. 357. Sin em-

b) INSCRIPCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 94, 1,
DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Si el cónyuge adquirente no expresa que adquiere para la sociedad de gananciales el bien se inscribe a su nombre con carácter presuntivamente ganancial, de acuerdo con la regla del artículo 94, 1, del Reglamento. Igualmente, se inscribirá bajo esta modalidad el bien adquirido, si el cónyuge adquirente manifiesta, sin probarlo, que adquiere con dinero privativo (13).

Los bienes así inscritos, aunque caen bajo la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, gozan de un régimen peculiar, debido a la probabilidad, mayor que en los supuestos del artículo 93, 4, del Reglamento Hipotecario, de ser realmente privativos.

Los actos tabulares sobre estos bienes deben ser realizados por el titular registral, por sí solo, para tener acceso al Registro, de acuerdo con el artículo 94, 2, del Reglamento Hipotecario.

Los actos de administración de estos bienes, aunque no están expresamente mencionados en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, en opinión de la mayoría de los autores que han estudiado el tema, pueden ser realizados por el titular registral por sí solo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.384 del Código Civil (14).

Los actos de disposición a título oneroso de estos bienes tienen un tratamiento distinto en el Código Civil y en el Reglamento Hipotecario. Según el artículo 1.377 del Código Civil pueden ser realizados por los dos cónyuges, o por alguno de ellos con el consentimiento del otro o la correspondiente autorización judicial. Sin embargo, el artículo 94, 3, del Reglamento Hipotecario exige para su inscripción en el Registro que hayan sido otorgados por el titular registral (el cónyuge adquirente) con el consentimiento de su consorte o la autorización judicial supletoria. Se produce, por tanto, una peculiaridad respecto del poder de disposición a título oneroso de estos bienes en el ámbito registral, ya que la iniciativa del acto de disposición corresponde al titular registral y debe prestar su consentimiento (asentimiento) el otro cónyuge, sin que pueda asumir éste aquella iniciativa. Esta innovación introducida en el sistema de gestión de los bienes gananciales por el Reglamento Hipotecario

bargo, CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *La sociedad* .. loc. cit., pág. 352 (nota 18), defiende esta solución basada en el principio de legalidad.

(13) *Vid.*, en este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos* .. op. cit., página 388, y CANO FERNÁNDEZ, E.: «Un tema de oposición», *RCDI*, 1983, núm. 558, páginas 1259 a 1275, en esp. pág. 1262.

(14) *Vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos* .., IV, op. cit., pág. 389, y CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *La sociedad* .. loc. cit., pág. 365.

recuerda la norma del anterior artículo 96 del Reglamento, referente a la disposición de bienes inscritos a nombre del cónyuge adquirente sin prejuzgar su carácter, debido a la confesión de privatividad hecha por su consorte; sin embargo, en el texto vigente en la actualidad, la disposición de los bienes en este caso se aproxima al régimen de los bienes privativos (artículo 95, 4, RH). La justificación del precepto contenido en el artículo 94, 3, del Reglamento Hipotecario parece fácil, ya que no se trata de ningún supuesto encuadrable en el artículo 1.384 del Código Civil —a causa de la naturaleza inmueble del bien— y tampoco el principio registral de tracto sucesivo exige esta solución —ya que el principio está matizado en relación a los bienes gananciales—. La única explicación del precepto es que el Reglamento Hipotecario en los supuestos en que se aplica aquel precepto considera debilitada la presunción de ganancialidad establecida en el artículo 1.361 del Código Civil y establece un régimen similar al que en el texto anterior aplicaba a los bienes inscritos sin prejuzgar su condición (15).

II. ADQUISICION CON PARTE DEL PRECIO APLAZADO REALIZADA POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES

El problema fundamental que presentan estas adquisiciones es el de la responsabilidad por el precio aplazado. Sin embargo, y como cuestión previa, se puede plantear la admisibilidad de estas adquisiciones, en sí mismas, y de los posibles gravámenes establecidos por el cónyuge adquirente sobre el bien en garantía, precisamente, del precio aplazado.

a) ADMISIBILIDAD

La admisibilidad de estas adquisiciones parece obvia, ya que ningún precepto las prohíbe y, por el contrario, varios artículos del Código Civil contemplan su posibilidad (arts. 1.356, 1.370...). En definitiva, la validez de estas adquisiciones deriva de la plena capacidad de obrar de los cónyuges y ya fue admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de mayo de 1978, respecto de la compra con precio aplazado realizada por la mujer casada.

La posibilidad de pactar el cónyuge adquirente, por sí solo, condición resolutoria explícita en garantía del precio aplazado, fue igualmente

(15) CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *La sociedad...*, loc. cit., págs. 358 y sigs., no considera satisfactoria la solución del Reglamento Hipotecario y no la estima aplicable fuera del ámbito registral.

aceptada por la citada Resolución, basándose en su similitud con la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil. La constitución de hipoteca, hecha por el adquirente simultáneamente a la adquisición en garantía del precio aplazado, también ha sido admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968, en una adquisición realizada por el marido en un momento en que, pese a ser el administrador de la sociedad de gananciales, precisaba por imperativo del artículo 1.413 del Código Civil el consentimiento de su esposa para el gravamen de los inmuebles gananciales. El argumento utilizado por la Dirección General de los Registros y del Notariado para la admisión de este pacto fue el carácter complejo de la compra con pacto de hipoteca (16).

Actualmente no presenta duda la admisión de estos pactos, ya que esta solución ha sido confirmada por el propio Código Civil y es aceptada por la doctrina (17).

b) RESPONSABILIDAD POR EL PRECIO APLAZADO

El artículo 1.370 del Código Civil se ocupa de este tema: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Sin embargo, este artículo, a pesar de declarar la responsabilidad del bien adquirido, no aclara ni prejuzga la posible responsabilidad de otros bienes. Conviene examinar, por tanto, esa responsabilidad antes de analizar la responsabilidad del propio bien adquirida.

1.º *Responsabilidad de otros bienes según las normas del Código Civil*

Aparece clara, en primer lugar, la responsabilidad del patrimonio privativo del cónyuge adquirente, conforme al artículo 1.911 del Código.

(16) Resolución de 13 de mayo de 1968: «Cuando se trate de una compra con pacto de hipoteca, falta aquel carácter independiente y, en consecuencia, no puede escindirse en los negocios que lo forman y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que, por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de la compraventa, por lo que el marido, al igual que en el caso de finca hipotecada y como administrador de la sociedad conyugal, podrá, conforme al artículo 1.412 del Código Civil, adquirir bienes para la sociedad conyugal, hipotecándolos en forma simultánea y conexa, sin necesidad de obtener el consentimiento de su mujer».

(17) Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, IV, op. cit., pág. 385; CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *La sociedad...*, loc. cit., págs. 384 y sigs.

Si se trata de una deuda propia del mismo responderán también, y con carácter subsidiario, todos los bienes gananciales de acuerdo con la norma contenida en el artículo 1.373 del mismo cuerpo legal. Pero si se trata de una deuda de la sociedad, responderán los bienes gananciales en forma solidaria con los privativos del cónyuge adquirente, según el artículo 1.369 del Código.

El problema radica en saber si estas deudas son, además de deudas del cónyuge adquirente, deudas de la sociedad de gananciales. DE LOS MOZOS parece inclinarse por el carácter ganancial de la deuda en todo caso (18). BLANQUER UBEROS (19), sin embargo, sólo acepta la responsabilidad de todos los gananciales en el caso de que el acreedor pruebe el beneficio obtenido por la sociedad de gananciales, aplicando analógicamente el artículo 1.366 del Código. LACRUZ (20) estima que ni el artículo 1.362, 2.º, ni el artículo 1.365, 1.º, del Código Civil puede autorizar al vendedor a repetir contra el patrimonio común el crédito por el precio aplazado: «el artículo 1.362 no vale para hacer a la sociedad inmediatamente responsable del pago del precio porque se refiere principalmente a la responsabilidad *inter partes* o definitiva y no a la *erga omnes* o provisional, y el artículo 1.365 habla de disposición, pero no de adquisición. El bien podrá ser ganancial, pero el crédito por el precio aplazado sólo puede reclamarse al cónyuge comprador».

En definitiva, no parece que el artículo 1.370 presuponga la responsabilidad de todos los bienes gananciales en todo caso, sino, por el contrario, más bien, la falta de responsabilidad de los mismos. De esta forma el artículo adquiere sentido sometiendo el bien adquirido, de naturaleza ganancial, a esta responsabilidad. Sin embargo, este artículo tampoco excluye la responsabilidad de toda la masa ganancial en aquellos supuestos en que la adquisición separada de uno de los cónyuges se pueda incluir en el ámbito en que puede, cada uno de los cónyuges, comprometer el patrimonio ganancial (arts. 1.365 y 1.368 CC). Por

(18) DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios...*, op. cit., págs. 314 y sigs. GIMÉNEZ DUART, T., en «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, 1982, págs. 542 a 555, en esp. pág. 546, también se inclina por esta solución, y distingue posteriormente, en «La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias», *ADC*, t. XXXIX, 1986, páginas 807 a 832, en esp. 811 y sigs., y en «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge», *AAMN*, t. XXVIII, págs. 233 a 364, en esp. 280 y sigs., el supuesto de la compra realizada por uno solo de los cónyuges para la comunidad de la adquisición realizada para sí, admitiendo la responsabilidad de todos los gananciales salvo prueba del no aprovechamiento por la comunidad en el primer supuesto, y negando tal responsabilidad en el segundo caso salvo prueba del aprovechamiento de la comunidad.

(19) BLANQUER UBEROS, R.: «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales, alcance, modalidades y excepciones», *RDN*, 1982, núm. CXV, pág. 78.

(20) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, op. cit., pág. 436.

tanto, me inclino por no estimar *a priori* la responsabilidad de todo el patrimonio ganancial por la deuda por el precio aplazado, a no ser que esta responsabilidad venga impuesta por otros preceptos del Código: por ejemplo, adquisición realizada dentro del ejercicio de la potestad doméstica. Como expresa RUEDA, «de las deudas de adquisición de bienes gananciales no responderá el patrimonio ganancial, a no ser que estén incluidas en cualquiera de los demás casos del artículo 1.365» (21).

2.º Responsabilidad del bien adquirido

De acuerdo con la interpretación aceptada del artículo 1.370 del Código Civil, la responsabilidad del bien adquirido por la deuda por el precio aplazado aparece, como dice el Profesor LACRUZ (22), como una responsabilidad adicional establecida por razones de equidad.

La expresión del artículo comentado, al decir que «... responderá siempre el bien adquirido...», no es muy afortunada: La palabra siempre no puede significar que el bien responderá, incluso si ha pasado a manos de un tercer adquirente a título oneroso de buena fe, porque el artículo no supone la constitución de un gravamen real, sobre el bien, en garantía por el precio aplazado, ya que el sistema jurídico español es contrario a los gravámenes ocultos y, concretamente, tratándose de inmuebles, el artículo 11 de la Ley Hipotecaria es tajante al decir que «la expresión del aplazamiento del pago, según el artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita...» (23).

Por tanto, se debe entender que el bien adquirido responderá, no «siempre», sino mientras esté en poder del deudor del precio, ya que, en otro caso, sólo subsiste tal responsabilidad cuando el bien ha salido fraudulentamente de manos del adquirente.

Hecha esta aclaración, hay que decir que el bien adquirido y en poder del cónyuge deudor «responde siempre». Con ello se quiere señalar que la condición de ganancial del bien no es obstáculo para su responsabilidad y que, en este caso, y respecto de ese bien, no es aplicable el artículo 1.373 del Código y responderá el bien en cuestión en primer

(21) RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: *Notas...*, loc. cit., págs. 576 y sigs. También TORRALBA SORIANO, V., en la obra colectiva: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, págs. 1727 y sigs.

(22) LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos...*, op. cit., pág. 436.

(23) La opinión doctrinal es unánime en este punto: GIMÉNEZ DUART, T.: *Cargas y obligaciones*, loc. cit., pág. 547, nota 9; RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: *Notas...*, loc. cit., págs. 580 y sigs.; TORRALBA SORIANO, V.: *Comentarios...*, op. cit., página 1729.

lugar y sin que sea preciso agotar previamente el patrimonio privativo del deudor y sin que el otro cónyuge pueda optar por la disolución de la sociedad de gananciales. En definitiva, como dice TORRALBA (24), «las cosas suceden como si el bien ganancial adquirido quedara integrado dentro del patrimonio personal del adquirente».

CONCLUSIONES

I. Las adquisiciones de bienes gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común, realizadas por uno solo de los cónyuges, son válidas, al igual que el pago realizado por el adquirente en alguno de los supuestos en que puede disponer por separado de bienes gananciales.

II. Si se trata de la adquisición de un inmueble, la inscripción en el Registro de la Propiedad otorga al cónyuge adquirente la titularidad registral del bien, con las consecuencias previstas en el Código respecto de su administración (legitimación del adquirente) y el efecto dispuesto en el artículo 94, 3, del Reglamento Hipotecario respecto de su disposición a título oneroso (la iniciativa del acto corresponde exclusivamente al cónyuge adquirente).

III. En el caso de adquisición con parte del precio aplazado el cónyuge adquirente puede establecer en el mismo acto algún gravamen sobre el bien en garantía del precio aplazado. En todo caso responderá de esa deuda el patrimonio privativo del adquirente y el mismo bien adquirido mientras esté en su poder, sin perjuicio de la responsabilidad de todo el patrimonio ganancial si se trata de algún supuesto en que así se establece por algún otro precepto del Código.

ANA MARÍA SANZ VIOLA
Profesora de la Universidad de Oviedo

BIBLIOGRAFIA

- AVILA ALVAREZ, P.: «Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1987, núm. 578, págs. 27 a 45.
BLANQUER UBEROS, R.: «Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge», *RDN*, 1981, CXIII-CXIV, págs. 7 a 71.
— «La idea de comunidad en la sociedad de gananciales, alcance, modalidades y excepciones», separata de la *RDN*, 1982, núm. CXV.

(24) TORRALBA SORIANO, V.: *Comentarios...*, op. cit., pág. 1729. *Vid.* también RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: *Notas...*, loc. cit., pág. 584; MATA PALLARÉS, F.: «Deuda y responsabilidad de persona casada», *AAMN*, t. XXV, págs. 327 a 353, en esp. 348; BLANQUER UBEROS, R.: *La idea de comunidad...*, loc. cit., págs. 79 y sigs., y *Reflexiones acerca de...*, loc. cit., págs. 66 y sigs.

- CÁMARA ALVAREZ, M. de la: *Adquisiciones a título oneroso por mujer casada con dinero presuntivamente ganancial*, libro homenaje a R. M. ROCA SASTRE, vol. II, Madrid, 1976, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 989 a 1030.
- «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, tomo XXXIX, fasc. II, págs. 339 a 355.
- CANO FERNÁNDEZ, E.: «Un tema de oposición», *RCDI*, 1983, núm. 558, páginas 1259 a 1275.
- DE LOS MOZOS, J. L., en la obra colectiva, dirigida por ALBALADEJO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVIII, vol. 2º, EDESA, Madrid, 1984.
- GIMÉNEZ DUART, T.: «La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, 1982, tomo XXXV, fasc. II, págs. 571 a 589.
- «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, 1982, págs. 542 a 555.
- «La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias», *ADC*, t. XXXIX, fasc. III, julio-septiembre 1986, págs. 807-832.
- «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge» (Ensayo contra el art. 1.322), *AAMN*, t. XXVIII, págs. 233 a 364.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario», *AAMN*, t. XXVI, págs. 335 a 355.
- *Elementos de Derecho civil*, IV, en colaboración con SANCHEZ REBULLIDA, F. A., Bosch, Barcelona, 1982.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: *Las compras de la mujer casada*, en el libro homenaje a R. M. ROCA SASTRE, vol. III, Madrid, 1976, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, págs. 13 a 128.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «Fichero de reflexiones y problemas prácticos», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, 1981, núm. 166, págs. 245 y sigs.
- RUEDA PÉREZ, M. A. y J. M.: «Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981», *RDP*, 1981, págs. 556 a 593.
- SANZ FERNÁNDEZ, A.: *La situación de la mujer casada*, libro homenaje a R. M. ROCA SASTRE, vol. II, Madrid, 1976, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, páginas 751 a 988.
- TORRALBA SORIANO, V., en la obra colectiva: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

DICTAMENES Y NOTAS

La Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia de la Dirección y el Derecho francés

Los temas de propiedad horizontal han ocupado siempre la atención de los juristas tanto por las dificultades y complejidades que presentan como por la parquedad de normas y de principios que han regulado y todavía regulan la institución.

El legislador del Código Civil previó la figura de la propiedad horizontal limitándose a regular simplemente la proporción en que los distintos propietarios debían contribuir a la realización de las obras necesarias. La Ley de 1939 modificó el artículo 396 del Código Civil, al tiempo que retocó algún precepto de la Ley Hipotecaria. La reforma partió de la idea de que en la llamada propiedad horizontal, en lugar de una copropiedad por cuotas, existe una propiedad singular sobre cada piso unida inseparablemente a una copropiedad accesoría sobre los elementos comunes. La reforma resultó insuficiente, como sabemos todos, para encauzar esta forma de propiedad, aparte de que, como apunta PUIG BRUTAU, subsistían algunos residuos de la regulación anterior, como los derechos de tanteo y de retracto, propios de un régimen de verdadera copropiedad, poco idóneos para fomentar y mantener la propiedad separada por pisos o locales. Fue necesaria, por tanto, la reforma de la Ley de 1960.

La Ley de Propiedad Horizontal *vino a llenar el vacío normativo* dejado por la Ley de 26 de octubre de 1939, ya que al *no contener ésta* con la amplitud necesaria *las normas reguladoras básicas* del régimen de propiedad horizontal, *hacia necesario complementar el título de constitución* con unos estatutos que acompañaban al título constitutivo, como un elemento documental fuera del mismo.

La vigente Ley, con una regulación más completa del régimen de la misma, *hace en general superflua la adopción de estatutos complementarios, pero no impide la posibilidad de su adopción para una más completa regulación* del régimen de propiedad horizontal. Y así el artículo 5, penúltimo párrafo, de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que «el título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones, y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un *estatuto privativo* que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad».

Además, el artículo 6 de la Ley dispone que «para regular los detalles de la convivencia y adecuada utilización de los servicios y cosas comunes y dentro de los límites establecidos por la Ley y los Estatutos, el conjunto de propietarios podrá *fixar normas de régimen interior* que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración».

Hay, pues, que distinguir dos grupos de normas, los Estatutos y las reglas de régimen interior que tienen distinto rango jerárquico, ocupando una posición dominante los Estatutos tanto por la amplitud de cuestiones que regula como por las mayores exigencias que la Ley demanda para su modificación y por estar sometidos los primeros para su eficacia frente a terceros, a la publicidad registral; publicidad que no necesitan los segundos por tratarse de simples normas de orden interno.

El legislador, dice ROCA, *considera improcedente descender normativamente* a establecer normas de ejercicio de derechos en materia de propiedad horizontal y por ello delega en el propietario único o en el conjunto de propietarios para que en interés común acomoden las normas legales sobre dichos derechos a las circunstancias. Esta voluntad única o concertada no constituye un negocio jurídico, sino un acuerdo de tipo normativo complementario de preceptos legales establecidos en una especie de delegación legal. Los Estatutos no dejan de constituir un acto de Derecho privado de función auxiliar de la actividad legislativa normativa del régimen de propiedad horizontal, lo que hace que los mismos no puedan ser tratados como cualquier acto o contrato de Derecho privado, sino como algo coadyuvante y complementario de la regulación legislativa en función reglamentadora de tono normativo. Por algo el artículo 5 se abstiene de calificar de pactos al contenido de los Estatutos calificándolos de reglas.

Es objetivo de los Estatutos la regulación del uso ordenado y de la recta administración del inmueble en cuanto a sus elementos comunes

y a los distintos pisos o locales. Según el artículo 5, citado, su contenido versa sobre «la constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley, en orden al uso o destino del edificio, sus distintos pisos o locales, instalaciones y servicios, ...». La enumeración, que hace este precepto, es bastante completa y señala que su contenido no puede estar en contradicción con las normas legales de tipo prohibitivo. La exposición de motivos de la Ley entiende, ingenuamente, a nuestro entender, que las normas de Derecho necesario son claramente deducibles de los términos de la Ley. Pero, a pesar de este optimismo del legislador, lo cierto y verdad es que resulta muy difícil determinar qué normas tienen carácter imperativo o prohibitivo. Por otro lado, conviene tener presente que normas que tienen una eficacia imperativa, reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, se convierten en dispositivas al figurar en los Estatutos de forma permisiva, como tendremos ocasión de ver más adelante, lo que autoriza a pensar en la escasa eficacia de la distinción.

No suelen figurar en los Estatutos normas acerca del uso o destino de los pisos o locales, que no puede alterarse por voluntad de los propietarios, aunque otra cosa haya dispuesto el artículo 8 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, porque implicaría una modificación de los Estatutos y exigiría la voluntad unánime de los condueños, artículos 5 y 16, 1. En cambio sí suelen contener normas acerca de la utilización de anejos, verdaderos elementos accesorios de los pisos, tales como acceso a los mismos, horario de empleo, clases de vehículos que pueden utilizar el garaje y zonas de utilización de maniobras, así como de ciertos elementos comunes, como patios, azoteas, terrazas, etc., por parte de determinados propietarios.

Otra regla que suele figurar es la reserva del derecho de vuelo o de sobreelevación por parte del propietario promotor del edificio, debiéndose cumplir lo establecido en el artículo 8 de que se fijen las cuotas de participación de las nuevas plantas o las normas que se establezcan para su determinación y en su caso las normas del régimen de comunidad.

Los Estatutos suelen establecer previsiones en torno a la participación de los pisos o locales en los gastos de la casa, contribución que no tiene por qué coincidir necesariamente con la cuota de participación fijada al piso en relación con el valor total del inmueble.

Sus reglas afectan a terceros adquirentes siempre que consten publicadas en el Registro por medio del asiento oportuno o que sean conocidas por los mismos. El artículo 5 dispone que no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Esta publicidad

no es óbice para que sin inscripción, los mismos afecten a los terceros que hayan tenido conocimiento de su contenido que deberá presumirse siempre que en el título de compra el adquirente manifieste tener conocimiento de los mismos.

La jurisprudencia de la Dirección, pacientemente y a través de las 34 Resoluciones publicadas desde la entrada en vigor de la Ley hasta 1986, ha intentado ir abriendo el camino y encontrando soluciones a problemas que la práctica venía presentando y que no las encontraba en los preceptos de la Ley. De su reposado estudio cabe agruparlas a los fines de este trabajo en los cuatro grandes apartados siguientes:

1. Resoluciones relativas a temas de carácter general: Complejos inmobiliarios, situaciones de prehorizontalidad, derecho de elevación y Derecho transitorio.
2. Resoluciones en materia de elementos comunes.
3. Resoluciones en materia de elementos individuales o privativos.
4. Otros temas.

Expongamos brevemente la doctrina de cada una de ellas, siguiendo el orden trazado.

I. TEMAS GENERALES

Complejos inmobiliarios y urbanizaciones (Resolución de 2-IV-1980)

Señala el camino que la práctica registral debe seguir en el tema de la inscripción de los complejos inmobiliarios para cohonestar los principios hipotecarios, especialmente el de especialidad, con las complicadas relaciones jurídicas derivadas de la existencia de urbanizaciones y complejos inmobiliarios, y que consiste en abrir un folio genera a los edificios o bloques en su conjunto en el que se inscribirán los Estatutos y otro separado a los pisos o locales, aunque la Ley permita inscribir bajo un solo número una serie de situaciones que tienen como circunstancia común el ser unidades orgánicas integradas. La Dirección apunta que dentro de la variada gama de situaciones que se pueden producir en la vida real, hay que distinguir aquellas urbanizaciones en las que los edificios se encuentran adosados de aquellas otras en que cada edificio o parcela constituye una unidad independiente, existan o no elementos comunes, relacionados con aquéllos, modalidades que al configurarse jurídicamente requieren un tratamiento diverso.

Prehorizontalidad
(Resolución de 21-X-1980)

La Dirección entiende que el propietario debe poder imponer voluntariamente sobre su finca aquellas limitaciones que sean similares a las que pueden imponérsele por el planeamiento urbanístico en base a la legislación del suelo y todo ello en función del bien común, al formar las limitaciones parte del Derecho de propiedad y siempre que no contradigan la legislación en vigor. La resolución plantea el problema de la inscribibilidad del régimen jurídico al que ha de sujetarse la proyectada construcción de un conjunto de edificios independientes entre sí, con elementos comunes, articulado por el propietario único del suelo a través de una serie de servidumbres y de limitaciones recíprocas de las fincas, que obliga a resolver dos cuestiones, la primera relativa a la falta de adecuación de la situación registral a la realidad y la segunda la posibilidad de la servidumbre de propietario.

La resolución estima que la íntima relación entre las servidumbres y las normas de propiedad horizontal de los edificios a construir conlleva a que la regulación de las primeras hayan de completarse con reglas que forman parte de las segundas, dado que entre ambas forman un todo que viene a constituir el estatuto jurídico real de los complejos inmobiliarios y no cabe hacer la disección de unas y otras y al inscribirse las servidumbres han de incluirse las mencionadas reglas que formarán parte integrante de los Estatutos.

Obra nueva comenzada
(Resolución de 5-XI-1982)

Cabe inscribir un edificio que se constiuye en régimen de propiedad horizontal siempre que su construcción esté comenzada, aunque no se diga nada sobre la situación en que se encuentran los pisos o locales.

La razón se encuentra, a juicio de la Dirección, en los graves perjuicios que se irrogarían a los adquirentes de pisos de mantener alejadas del Registro las situaciones de prehorizontalidad.

Agrupación de edificios contiguos constituido uno en propiedad horizontal
(Resolución de 11-V-1978)

El propietario único de dos fincas registrales colindantes puede proceder a su agrupación, a pesar de que una de ellas está ya constituida

en régimen de propiedad horizontal (seis plantas, sótano y baja) y en la otra sólo se haya edificado sótano y planta baja, ya que el conjunto constituye una unidad arquitectónica en la que aparecen comunicadas las dos plantas inferiores.

No se opone a esta solución el artículo 8, 1, de la Ley de Propiedad Horizontal, que alude sólo a la posibilidad de agregar o agrupar pisos dentro de un mismo edificio, por tratarse de un supuesto totalmente distinto donde lo que se pretende es concordar la realidad extrarregistral con la registral.

Derecho de elevación
(Resolución de 7-IV-1970)

Cabe inscribir una escritura de parcelación horizontal en la que la sociedad propietaria de un edificio se reserva el derecho de construir dos plantas más y de modificar en consecuencia las cuotas de participación de los distintos pisos con arreglo aun criterio de extensión superficial.

El artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal permite al propietario de un edificio en caso de enajenación de todo o parte de él, reservarse el derecho de elevación, derecho cuya inscripción había ya ordenado el Reglamento Hipotecario en el artículo 16. El artículo 5, 3, indica la forma en que se han de fijar las cuotas de participación que corresponden a cada piso, pudiendo hacerlo el propietario único antes de iniciar la venta de los pisos o después, por todos los condueños, sin que constituya un obstáculo para ello el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario, que permite que en la inscripción del derecho de elevación se hagan constar las cuotas de las nuevas plantas o los criterios para su determinación, ya que este precepto debe interpretarse conjuntamente con los de la Ley de Propiedad Horizontal.

Además, señala la resolución, los adquirentes de los pisos pueden conferir al transmitente o a cualquier otra persona los apoderamientos oportunos para rectificar las cuotas de aquéllos, ya se incluyan tales apoderamientos en los Estatutos o en acto separado, con lo que la modificación del título constitutivo se hará por el enajenante sin violar el principio de unanimidad, en tanto los poderes no sean revocados.

Derecho transitorio
(Resoluciones de 19 y 21-VII-1966)

Es inscribible la hipoteca constituida sobre un piso que figura inscrito a favor de sus propietarios en el folio registral abierto a todo el edificio

conforme a la legislación vigente en 1959 al autorizar la Ley de Propiedad Horizontal la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente y estar suprimida, además, la exigencia del artículo 107 de la Ley Hipotecaria de que la hipoteca sólo podía constituirse sobre pisos inscritos como fincas independientes.

(Resoluciones de 29-I-1970 y 22-XI-1972)

La primera resolución declara inscribible la escritura de venta de un piso que formaba parte de un inmueble del que fue segregado antes de la Ley de 1960 y en la que figuran todos los datos esenciales del mismo. Las situaciones que pueden tener lugar son las siguientes: *a)* la de los edificios que se van a constituir en propiedad horizontal a partir de la nueva Ley; *b)* la de los edificios que se constituyeron en dicho régimen, con arreglo a la práctica anterior —consistente en que el propietario de un edificio que lo transmitía por pisos, los iba segregando uno a uno, sin previa constitución de propiedad horizontal—, para los que se respeta el régimen seguido con obligación de adaptar los Estatutos en cuanto se opongan a la nueva Ley (disposición transitoria primera), y *c)* los edificios en los que se empezaron a practicar segregaciones y ventas de pisos que se fueron inscribiendo como fincas independientes en cualquiera de las formas indicadas, sin que en el momento de entrada en vigor de la Ley se hubiese completado todo el proceso, en cuyo caso se plantea la cuestión de si los pisos no inscritos habrán de tener acceso a los libros según la forma en que se venía haciendo o si por el contrario ha de aplicarse la Ley en todo su rigor. La Dirección entiende que ha de seguirse el sistema anterior a la Ley vigente, pues al encontrarse inscritos algunos pisos es de todo punto imposible aplicar el nuevo sistema, que exige la previa constitución del edificio en propiedad horizontal antes de las ventas, lo que ya no puede tener lugar.

La segunda resolución declara inscribible una escritura de partición de herencia de un piso en régimen de propiedad horizontal en el que el heredero sucede al causante —titular registral— sin que se altere la situación existente. El funcionario calificador entendió que para inscribir el piso en favor del heredero único era necesario, de acuerdo con el artículo 5.º, 2, de la Ley de Propiedad Horizontal, fijar la cuota de participación en los elementos comunes que no aparece establecida por no haberse adaptado los Estatutos a la nueva situación legal. Que aunque hubiese sido muy conveniente, continúa diciendo el referido fallo, que antes de otorgarse el acto relativo a una finca se adaptaran previamente

los Estatutos a las nuevas exigencias legales es lo cierto que el propietario del piso no puede realizar tal modificación unilateralmente, sino que necesita el consentimiento de todos los titulares. Por otro lado, el artículo 396 del Código Civil, anterior a la modificación, establecía que las cuotas de copropiedad «se presumen iguales», situación que debe permanecer inalterada en tanto no se modifique el título constitutivo.

II. ELEMENTOS COMUNES

(Resoluciones de 15-VI-73 y de 28-II-68)

Distingue la primera entre elementos comunes esenciales por constituir el soporte de la propiedad individual y no esenciales, pero que cumplen una finalidad comunitaria al estar al servicio de los propietarios individuales; estos últimos, debido precisamente al carácter contingente o mudable de su destino, pueden dejar de formar parte de esta copropiedad, de la misma manera que en sentido contrario cualquier elemento privativo puede ser transformado en elemento común mediante el obligado acto de afectación, implicando tanto uno como otro caso una rectificación del título constitutivo que exige el consentimiento unánime de la Junta.

Cuando un edificio no ocupa la totalidad del solar en que se encuentra es conveniente delimitar con precisión la superficie del mismo que va a someterse al régimen de propiedad horizontal a fin de evitar los problemas con que se enfrentó la segunda resolución en la que el propietario de una finca de 600 metros cuadrados construyó una casa de cuatro plantas en una extensión de 240 metros cuadrados y posteriormente segregó y vendió a un tercero la superficie no edificada que tardó tiempo en inscribirse. La Dirección entendió que para rectificar la superficie debían prestar su consentimiento los propietarios de los pisos vendidos con anterioridad a la escritura de segregación.

Desafectación y venta de local
(Resolución de 5-V-1970)

La vivienda portería, previamente desafectada por unanimidad en Junta general, y con señalamiento de una cuota de participación en los elementos comunes y reajuste de las cuotas de los demás, puede ser vendida por el Presidente de la Comunidad, autorizado debidamente, al no haber pasado a la categoría de local privativo. Procede aplicar las normas relativas a la modificación del título constitutivo de la propiedad

horizontal y es la Junta, sometida al régimen de unanimidad, la que ha de tomar el acuerdo pertinente.

Afectación de local
(Resolución de 1-IX-1981)

La transformación de un elemento privativo en elemento común —piso individual en vivienda para portero—, que implica la rectificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, pues habrá de conllevar la redistribución de las cuotas entre los copropietarios, que habrán disminuido en una unidad, no autoriza a inscribir el piso a nombre de la comunidad al no haberla atribuido la Ley personalidad jurídica.

Cuotas de participación
(Resoluciones de 20-IX-1966 y de 20-IV-1967)

La fijación de las cuotas de los pisos *con exclusiva referencia a los elementos comunes* es expresión ajustada a Derecho, a pesar de que los textos legales hablan de fijación de la cuota en relación al inmueble, o al total valor del inmueble (arts. 396 CC y 8.º, 3, LH), resoluciones que alteraron la doctrina de la Resolución de 7 de junio de 1963, que estimó dicha expresión inadecuada, al no referir el valor del piso al total valor del inmueble.

Uso reservado
(Resolución de 17-IV-1986)

¿Es inscribible en el Registro la venta de una cuota de un departamento en régimen de propiedad horizontal, en la que se transmite simultáneamente el derecho de uso exclusivo sobre una parte de la cubierta común de todo el edificio? La cubierta es elemento común a los 13 departamentos que integran el edificio, pero su uso y disfrute exclusivo (aparcamiento de vehículos) corresponde al departamento número 1.

La Dirección entiende que sí, pues no se vende una cuota dominical de la cubierta, sino simplemente el derecho a la utilización exclusiva de una plaza de aparcamiento.

III. ELEMENTOS PRIVATIVOS

(Resolución de 20-IV-1967)

Puede hacerse con referencia a uno determinado cuando los demás son exactamente iguales y sólo varía la planta en la que están situados. Se reconoce a los Notarios la posibilidad que ya existía en actos de particiones de herencia, permutas y divisiones de cosa común (art. 237 del Reglamento Notarial) de extender copias parciales en las que se inserta todo el contenido del documento, con excepción de la parte o partes del mismo que hagan relación a la descripción de los bienes adjudicados o adquiridos por otros interesados.

b) *Modificaciones objetivas*

Agregación de parte de piso
(Resolución de 6-II-1980)

La aprobación por la Junta de propietarios tanto en los casos de división material de pisos o locales como en los de agregación con otros colindantes o segregación, habrá de sujetarse a las reglas del artículo 16, 1, de la Ley de Propiedad Horizontal por implicar una modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo.

Agrupación de locales de edificios contiguos
(Resolución de 27-V-1983)

Se considera inscribible la escritura de agrupación de cinco fincas urbanas subterráneas, que de hecho constituyen un solo y único garaje, aunque tres de ellas estén integradas en edificios constituidos en propiedad horizontal.

El juzgador entiende que la Ley de Propiedad Horizontal no se planteó este problema por tratarse un fenómeno social posterior, por lo que existe un vacío legal que hay que tratar de llenar. El legislador ha permitido en otros casos estas agrupaciones excepcionales siempre que las fincas constituyan un todo orgánico o unitario. Que las características general es que, no obstante la agrupación, las fincas agrupadas no se extingan totalmente desde el punto de vista sustantivo, sino que subsistan a ciertos efectos y en el orden registral su folio particular no queda cerrado.

La nueva finca creada, por ser independiente de los tres edificios,

no requiere se le dé número correlativo, conforme al artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, ni tampoco una cuota sobre el valor de los inmuebles, sin perjuicio de que los tres locales integrados en la misma agrupación sigan teniendo su número y su cuota correspondiente en relación al edificio de que forman parte.

División

(Resolución de 22-X-1973)

¿Es inscribible una escritura de división material de locales comerciales acompañada de acta notarial en la que se protocoliza certificación del Consejo de Administración de la Sociedad entonces propietaria única de la totalidad del edificio que transcribe el acuerdo de consentir el que se dividan los mencionados locales cuando al presentarse los datos en el Registro aparecen inscritos varios pisos del inmueble a nombre de otros propietarios? La Dirección entiende que no puede hacerse la inscripción sin que conste el consentimiento de la Junta de propietarios que podrían resultar perjudicados por la división, toda vez que ésta puede significar alteraciones materiales en las cosas comunes y afectar el uso de los servicios generales o alterar las estructuras que sirven de base para fijar las cuotas contributivas a la comunidad.

Forma de hacerla

(Resolución de 1-IV-1981)

La resolución entiende inscribible el pacto, por el que los propietarios de un local acuerdan la forma en que en su día se llevará a cabo su división, que será mediante la división material y no por otro procedimiento. Se trata de un pacto de naturaleza real, que debe inscribirse y que sólo necesitará la aprobación de la Junta cuando llegue el momento de la división pero no antes.

Reserva en los Estatutos

(Resolución de 31-VIII-1981)

La sociedad promotora se reservó en los Estatutos la facultad de formar nuevos locales, por segregación de los bajos y la Dirección estima que la escritura otorgada de acuerdo con tal norma es por sí misma suficiente para causar en el Registro los asientos correspondientes. El volver a exigir un nuevo consentimiento de los propietarios equivaldría a dejar sin efecto la norma estatutaria en cuestión. El estar limitada

a los bajos y no tener carácter general e ilimitado y estar establecida por quien en aquel momento ostentaba la íntegra titularidad dominical del edificio permite considerar esta reserva conforme a Derecho.

c) *Formación*

(Resolución de 16-IX-1967)

No cabe que un edificio de seis plantas, arrendadas a doce inquilinos, constituya una sola finca. En la formación de fincas caben dos caminos: El primero basado en el libre juego de la autonomía de la voluntad, que autoriza al propietario a dividir el inmueble en cuantos pisos o locales estime oportunos y el segundo que lleva a describir como finca todo aquello que según el artículo 3.º constituye un espacio suficientemente limitado y susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común o a la vía pública. Dado el carácter imperativo de la Ley, no parece que la primera solución pueda aceptarse de manera total, sin desconocer que también la autonomía de la voluntad juega en esta materia un importante papel y que en ciertos casos las necesidades e imposiciones de la realidad, siempre que no vulneren preceptos legales, pueden tener el adecuado reflejo en las escrituras. La segunda solución tampoco puede aceptarse en términos absolutos, ya que la necesidad de que la propiedad horizontal sea total sobre un inmueble no implica que todo piso o local, incluso desvanes, trasteros, sótanos y anejos, deban constituirse como propiedad separada con su respectiva cuota, aunque estén destinados al servicio de otros locales independientes.

d) *Vinculación estatutaria*

(Resolución de 20-XII-1973)

Es lícito el pacto estatutario que prohíbe la venta de las cuotas indivisas en la propiedad del sótano —que figura como finca independiente en los libros registrales para aparcamiento de vehículos de los titulares de las viviendas—, con independencia de los respectivos pisos a cuyo servicio o utilidad se encuentran—, pues al establecerse como destino del sótano el aparcamiento de vehículos para uso y aprovechamiento de las catorce viviendas se le confiere carácter de elemento procomunal y se ordena su adecuado uso, en cuya regulación se fijan los derechos y limitaciones que tal propiedad común comporta.

Esta prohibición no hace sino reiterar una limitación institucional del régimen de propiedad horizontal al negar la acción de división, no

atentando con ello al principio de libertad de disposición del artículo 348 del Código Civil.

Vinculación no estatutaria
(Resolución de 19-XII-1974)

La Dirección considera cancelable el pacto de una escritura de adjudicación de un piso por el que se prohíbe disponer de un plaza de garaje independiente del piso, dado su carácter de no derecho real y no estar contenida dicha prohibición en los Estatutos. Contiene una obligación de no enajenar en un acto a título oneroso que no tiene más eficacia que la puramente obligacional y no debe tener acceso al Registro.

Posibilidad de relacionar elementos independientes de edificios distintos
(Resolución de 3-IX-1982)

Cabe la vinculación siempre que por razones de dependencia física o de destino se establezca en los Estatutos la disposición conjunta de las fincas —aunque pertenezcan a edificios distintos—, estando además justificada la indivisión pactada en base a los artículos 401 del Código Civil y 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal. No es necesario constituir una servidumbre, y se puede hacer encajar dentro de las titularidades *ob rem* la figura consistente en atribuir la titularidad de un elemento independiente de un edificio (rampa), precisamente a quienes sean titulares de las plazas de garaje situadas en el sótano de un edificio colindante.

Desvinculación anejo
(Resolución de 11-VI-1986)

Inscritas bajo un mismo número una buhardilla y como anejo de ella una plaza de garaje, puede el propietario, con el consentimiento de los demás condueños del inmueble, *segregar* la plaza de garaje y enajenarla a tercero. Las plazas de garaje estaban individualizadas y descritas en folio propio junto con los elementos privativos de los que eran anejos. No hay propiamente segregación, sino más bien desvinculación de anejo, por lo que no cabe plantear cuestión alguna acerca de la previa inscripción de la finca matriz, y sí la finca principal, es decir, del desván-

buhardilla que sí figuraba inscrito, habiéndose reunido, además, los restantes requisitos de aprobación de la Junta y fijación de nuevas cuotas.

e) *Venta de piso destinado a portería*

(Resolución de 13-XII-1971)

Inscrito un piso como finca independiente con la asignación de su correspondiente cuota de condominio en la propiedad horizontal de que forma parte, permite a su propietario venderlo libremente, a pesar de estar destinado a portería, sin que sea necesario el consentimiento de los demás copropietarios para desafectarlo del servicio que se le señaló en la escritura de constitución de propiedad horizontal.

La mera indicación de estar destinado a portería, sin ninguna otra regulación sobre esta materia en los Estatutos que permita atribuirle la calificación de elemento común, no puede implicar una traba a las facultades dispositivas del propietario porque iría contra el principio de libre circulación de bienes, sancionado en el artículo 348 del Código Civil.

f) *Uso y destino de locales*

(Resolución de 12-XII-1986)

1. El recurso plantea como cuestión fundamental la de decidir si el destino de unos locales a garaje implica una alteración del título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, precisada del consentimiento unánime de los demás propietarios, conforme a lo dispuesto en los artículos 5.º, *in fine*, y 16, 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, habida cuenta de que en dicho título se previó que los propietarios actuales o futuros de tales locales podrían instalar en ellos cualquier clase de industria permitida por la Ley y las Ordenanzas municipales.

2. En propiedad horizontal, la necesidad de armonizar la tendencia a la plena autonomía de los derechos recayentes sobre los elementos susceptibles de aprovechamiento independiente —configurados en la Ley como propiedad separada (arts. 1.º y 3.º)— con la ineludible interdependencia objetiva y recíprocas limitaciones derivadas de la unidad física del edificio en su conjunto, no se opone, en sede de utilización de los elementos privativos, al mantenimiento de los principios informantes del derecho de propiedad, cuya delimitación se verifica a partir de un señóro potencialmente absoluto sobre el que se proyectan los límites legales en forma de prohibición u obligación; por ello, no resulta coherente la

exigencia de previsión y permisión estatutaria para que un uso específico quede sustraído a la prohibición del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal. No es función de los Estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos, sino, a lo sumo, la articulación normativa de la zona de fricción derivada de esa interdependencia objetiva entre derechos de análoga naturaleza, de modo que en las hipótesis no contempladas será regla de posibilidad de cualquier uso, siempre que éste sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal (moralidad, salubridad, comodida y no peligrosidad: art. 7.º, *in fine*, LPH). Así lo confirma, además, la exigencia de interpretación estricta y no presumibilidad de toda hipótesis de excepción, como son las restricciones singulares del derecho de propiedad (arts. 4.º, 348 y 349 CC).

3. En el supuesto del presente recurso no hay otra precisión estatutaria sobre la utilización de los locales de la planta sótano que la de la posibilidad de instalar en ellos cualquier clase de industria permitida en la Ley y Ordenanzas municipales, posibilidad que por su propia esencia no puede implicar determinación de destino con trascendencia real y alcance excluyente de cualquier otro adecuado a la naturaleza de dichos locales, de modo que procederá la aplicación de la doctrina antes apuntada (siendo irrelevante la discusión acerca de si el destino o garaje o aparcamiento pueda entenderse incluido o no entre los usos industriales), y sin que quepa apreciar en la escritura presentada un supuesto de modificación estatutaria precisada de consentimiento unánime de los propietarios de cada uno de los pisos o locales integrantes del edificio en su conjunto.

IV. OTROS TEMAS

Deudas de comunidad

(Resoluciones de 27-VI-1986 y 7-VII-1986)

Condenada una comunidad de propietarios a satisfacer al demandante una cantidad de dinero, el Juzgado ordenó se tomara anotación preventiva de embargo sobre las fincas inscritas a favor de los condueños, a lo que se negó el Registrador, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. La nota fue revocada por el Presidente de la Audiencia, pero la Dirección confirmó la calificación registral, ya que se debería haber demandado a todos y cada uno de los comuneros y no a la comunidad, que carece de personalidad jurídica y no es titular de las fincas que pretenden embargar.

Cuando por obligaciones contraídas se demanda y condena a una comunidad, se demanda y condena a los propietarios que la constituyen, pero la deuda que establece la sentencia es una deuda que sólo lo es de los propietarios a través de la comunidad y únicamente puede hacerse efectiva sobre ellos de acuerdo con las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. De acuerdo con ellas, hay dos maneras de hacer efectiva la sentencia: *a)* actuando sobre los bienes comunes (deudas y créditos) que están a disposición de órganos colectivos de la comunidad, y *b)* actuando sobre los bienes privativos de los propietarios, al ser su obligación contribuir proporcionalmente a la cuota, a los gastos y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (art. 9.º, 5, LPH).

Producida la condena, no habría habido obstáculo para su ejecución si ésta se hubiera realizado sobre los bienes primeramente señalados, ordenando el embargo del metálico o la retención del saldo que en favor de la comunidad existiera en la cuenta corriente, o reteniendo los créditos que la comunidad tuviera contra los copropietarios por razón de su cuota en los gastos comunes. Pero en cuanto a los bienes privativos no tienen los órganos colectivos ningún poder directo. Por ello la obligación de cada propietario de contribuir a satisfacer la obligación establecida en la sentencia no surge entre él y el acreedor, sino mediatamente a través de la comunidad, y esta obligación es una obligación *propter rem*, es decir, incumbe al propietario del piso cuando la obligación de contribuir vence, según acuerdo de la Junta, si bien al pago de los gastos del último año y a la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto con carácter preferente el piso, aunque pase a pertenecer a un tercero, sin perjuicio de las repercusiones que puedan existir entre comprador y vendedor.

Cuando la comunidad incurre en responsabilidad se necesita, pues, un acuerdo de la Junta, determinando la forma y el tiempo de contribuir de los copropietarios, y no cabe proceder contra el propietario que no cumpla hasta que hayan transcurrido quince días desde el requerimiento fehaciente de pago que se le haya hecho (art. 20 LPH).

Constitución por apoderado (Resolución de 17-IV-1970)

El poder conferido por varios hermanos a favor de otro, herederos todos de un tía carnal, para vender las participaciones indivisas que les corresponden en la herencia, no es suficiente para constituir un edificio dejado en la herencia en régimen de propiedad horizontal, pues las facultades que se comprenden son sólo de aceptar la herencia y de

vender las participaciones, pero no cabe entender comprendida la facultad de constituir un edificio en régimen de propiedad horizontal, facultad para la que se requiere mandato expreso por ser un acto de riguroso dominio.

(Resolución de 4-IV-1970)

No es inscribible una escritura de constitución de propiedad horizontal otorgada en cumplimiento de una sentencia, cuando ha surgido una situación registral diferente que no se tuvo en cuenta en el pleito, sin perjuicio de que tratándose de los mismos interesados puedan resolver la cuestión por acuerdo unánime en la forma que tengan por conveniente, siempre que se respete la legislación sobre la materia.

Apuntados estos problemas, así como las soluciones dificultosamente dadas por la Dirección a través de una jurisprudencia zigzagueante, y que nos deja inermes ante pequeñas variaciones en los supuestos de hecho considerados, no ha de sorprender que haya aparecido en el ánimo de los estudiosos cierta inquietud acerca de si se debe modificar o no el régimen jurídico de la propiedad horizontal de la Ley de 1960, de forma que salvando el principio de autonomía de la voluntad se respeten una serie de ideas matrices que han ido cristalizando con el paso del tiempo y que son, a nuestro juicio, de importancia capital para salvaguardar, además de la seguridad del tráfico jurídico, la calidad de vida de los ciudadanos, dando con ello cumplimiento a uno de los mandatos constitucionales, el del artículo 47, que dispone que todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada, imponiendo a los poderes jurídicos la obligación de promover las condiciones necesarias y de *establecer las normas pertinentes* para hacer efectivo ese derecho.

Tal vez llevado de este desasosiego me he atrevido a traer a estas páginas las ideas fundamentales del Derecho francés en materia de propiedad horizontal, entresacadas del libro *Droit Civil «Les biens»*, de los Profesores ALEX WEILL, FRANÇOIS TERRÉ y PHILIPPE SIMLER, editado por Dalloz, 3.^a edición, 1985.

Creo sinceramente que los franceses, con la racionalidad que les caracteriza, han resuelto mejor que nosotros sus problemas de propiedad horizontal. Su evolución legislativa nos muestra una sociedad despierta, atenta, que se enfrenta sin temor a sus problemas a los que van paulatinamente dando soluciones, avanzando siempre, mientras que nosotros seguimos sin movernos desde 1960, lo cual por sí solo evidencia el sentimiento de temor o desconfianza que reina en nuestra sociedad hacia las nuevas regulaciones jurídicas, y eso pese a la importancia del *boom* de

la construcción que nos ha tocado vivir en la segunda mitad de este siglo.

De la exposición que vamos a hacer cabe destacar los siguientes extremos: el carácter imperativo de la mayoría de las normas en materia de propiedad horizontal, vedando a los particulares toda alteración, especialmente en el campo del destino de las fincas o locales y en el de los gastos. Se regulan las sociedades dedicadas a la construcción y se introduce el concepto de destino del inmueble que tanta trascendencia está llamado a tener en la solución de las contiendas en los temas de propiedad horizontal. Se establece igualmente, con carácter imperativo, el criterio de clasificación binaria de elementos comunes y elementos privativos, sin especies intermedias, y se contienen normas para la tutela de los derechos de los arrendatarios de vivienda y locales, lo que dice mucho en favor de esta regulación tan seria y meditada, que se extiende, como tendremos ocasión de ver, a lo largo de más de cien artículos. Todo ello sin olvidar que todos los condueños constituyen una comunidad o sindicato que tiene personalidad jurídica. Su constitución en sindicato tiene, también, carácter imperativo. En la tipología de personas morales de Derecho privado el sindicato de copropiedad ocupa un puesto singular; aunque dotado de estructuras que no dejan de tener rasgos comunes con las de las sociedades, no es una sociedad y no responde, por tanto, a la definición de sociedad del Código Civil. Tampoco es una asociación. A pesar de su denominación legal, nada le aproxima a los sindicatos constituidos en defensa de los intereses de ciertas categorías sociales o profesionales. Su carácter forzoso le acerca a otras agrupaciones de igual carácter, tales como la masa de acreedores en los procedimientos de ejecución universal o al sindicato de obligacionistas de la Ley de Sociedades Anónimas.

Los redactores del *Code Napoléon*, como posteriormente hicieron los de nuestro Código Civil, sólo dedicaron a la propiedad horizontal un artículo, el 664, que establecía que los diferentes pisos de una casa pertenecientes a distintos propietarios, si los títulos de propiedad no decían otra cosa, debían contribuir a los gastos de reparaciones y reconstrucciones de muros y tejados en proporción a su valor. El propietario del primer piso soportaba los gastos de la escalera hasta su vivienda, los del segundo desde el primero hasta el segundo, y así sucesivamente. Asimismo los propietarios de cada piso soportaban los gastos de su propio suelo.

Pronto se vio que los problemas de reparaciones y reconstrucciones no eran los únicos que se derivaban de la división de los inmuebles en pisos; pronto complicada con la división en apartamentos. La coexistencia de propietarios e inquilinos en un mismo inmueble era además

origen de relaciones complejas y de fricciones y conflictos diversos. El desarrollo de progresos técnicos en el terreno de los equipamientos colectivos multiplicaba la gravedad de las dificultades. La doctrina y la jurisprudencia se emplearon a fondo para dar a este artículo un alcance mayor que el asignado por sus redactores. Su aportación más relevante fue de la de la comunidad necesaria, «indivisión *forcée*». Así, mientras los legisladores del Código pensaban que éste sólo debía regular el problema de los gastos que debían soportar los condueños, pues en todo lo demás los pisos debían ser objeto de una estricta propiedad individual, sus intérpretes, sin embargo, han querido ver subyacente una indivisión forzosa de las estructuras esenciales del edificio progresivamente extendida a los equipamientos comunes. La idea de indivisión forzosa, aunque contraria a la mente de los redactores del Código, no era nueva, lo que facilitó su implantación, pues ya existía en la medianería de muros y paredes divisorios y en la afectación de ciertos elementos al uso común de varias fincas.

Este mecanismo de la indivisión necesaria llevó a buen número de propietarios, a fin de clarificar la situación y prevenir problemas, a establecer convenios sobre los elementos comunes; convenios que se han venido en llamar «reglamentos de copropiedad». Estos reglamentos enumeraban las partes comunes y privativas, fijaban la distribución de las cargas recayentes sobre el conjunto de propietarios y finalmente preveían el modo de administración de las partes comunes. A pesar de su denominación, estos reglamentos no tenían otro alcance que el puramente contractual, en defecto de un texto legal que les confiriera un valor mayor. Por otro lado, los reglamentos no obligaban más que a aquellos que los habían suscrito expresa o tácitamente. Era dudoso que fuesen oponibles a los derechohabientes a título particular de los pisos y especialmente a los adquirentes de los primeros propietarios y a mayor abundamiento a los inquilinos.

La necesidad de un estatuto legal de la propiedad horizontal resultaba cada vez más imperiosa. La Ley de 28 de junio de 1938, aunque modesta por su dimensión —12 artículos—, vino a dar a la propiedad por apartamentos el estatuto legal que necesitaba. Derogó el artículo 664 del Código. La ambición de sus autores les llevó a proponer una opción entre dos fórmulas: la constitución de una sociedad o la adopción de un régimen de copropiedad *stricto sensu*.

El capítulo I regulaba las sociedades dedicadas a la construcción. El éxito de estas entidades fue grande y su destino no fue el que previeron los legisladores. Las sociedades fueron concebidas, también, de forma alternativa, como un modo duradero de organizar la propiedad de los edificios construidos. El artículo 1.º preveía que estas socie-

dades tendrían por objeto, ciertamente, la construcción pero también la adquisición de edificios para su división en pisos de forma que éstos pudieran atribuirse en dominio o usufructo a los asociados. El objeto de estas sociedades podría no ser otro que la simple gestión y mantenimiento de los pisos.

Pronto resultó que las sociedades se constituyeron sólo para la construcción del inmueble, para disolverse seguidamente previa adjudicación a los socios en pleno dominio de los pisos a los que la suscripción de acciones daba derecho.

El capítulo II era la sede del nuevo estatuto de los edificios en régimen de propiedad horizontal.

La Ley de 1938 destacaba la dualidad de derechos del condueño, a la vez propietario exclusivo de su vivienda y copropietario de los elementos comunes. Ella era consecuencia de la realidad de las cosas e imponía ciertas limitaciones. Estas eran tomadas en cuenta, de una parte, en el cuadro de derechos y obligaciones de los copropietarios sobre los elementos comunes, y de otra, en la articulación de una estructura colectiva obligatoria —al menos en ausencia de un reglamento que previera otra fórmula—, el sindicato del edificio erigido en representante legal de los copropietarios.

La Ley se esforzó en conseguir una eficaz administración de la copropiedad, especialmente a través de las condiciones de validez de las decisiones tomadas por el sindicato. La referida Ley de 1938 ha contribuido de forma inequívoca a la extensión considerable, después de 1945, del régimen de la propiedad horizontal a inmuebles antiguos y de nueva construcción.

Tenía lagunas e imperfecciones. Exigía la unanimidad para todo tipo de mejora, de forma que para los trabajos nuevos (instalación de calefacción central o de ascensores) la necesidad de una decisión unánime hacía difícil la modernización de los viejos edificios. También se la reprochó el repartir los gastos de forma poco equitativa. Además sus normas no tenían carácter imperativo, de suerte que los condueños podían adoptar otro régimen de gestión o modificar el sistema legal. Esta libertad engendró muchos inconvenientes en la organización de la administración de los inmuebles y dio lugar a abundantes litigios, expresión de la desilusión de muchos condueños.

Ello llevó a la elaboración de un estatuto legal más preciso y rígido. La Ley de 10 de julio de 1965, varias veces retocada, forma, con el Decreto para su aplicación de 17 de marzo de 1967, un cuerpo de reglas de más de 100 artículos que ha venido a reemplazar el capítulo II de la Ley de 1938. La nueva Ley, deliberadamente intervencionista, deja poco espacio a la voluntad de los propietarios individuales, incluso

en el tema de la redacción de los reglamentos de la copropiedad. Rechaza toda alternativa a la organización de la copropiedad, sometiendo de forma imperativa ésta al nuevo estatuto.

De esta manera el legislador ha creído reforzar, de un lado, la organización colectiva por aumento de los poderes conferidos a la asamblea general del sindicato, y de otro, la protección de los derechos individuales de los condueños por el trazado de barreras infranqueables a cualquier mayoría.

La Ley de 16 de julio de 1971 sirvió para retocar el estatuto de las sociedades de la Ley de 1938 y para someter a la misma los diversos tipos de sociedades de construcción. El texto de la nueva Ley figura integrado en el Código de la Construcción y de la Vivienda y abarca tres fórmulas: sociedades constituidas para la venta de inmuebles; las constituidas para adjudicación de los pisos a los accionistas y sociedades cooperativas de construcción.

Por su lado la Ley Quilliot, de 22 de junio de 1982, regula las relaciones entre la copropiedad y los inquilinos. Los condueños arrendadores deben anexionar al contrato de inquilinato una copia del reglamento de la comunidad. En el contrato debe figurar la descripción del local alquilado, la de los elementos comunes, los equipamientos y accesorios objeto de copropiedad y el destino del piso alquilado. Se ha establecido una organización colectiva de los inquilinos mediante la constitución de asociaciones de inquilinos.

Aunque éstas sólo pueden tratar con los arrendadores, pero no con el sindicato; sin embargo, los dos tipos de organización colectiva no podían permanecer alejadas la una de la otra:

- A requerimiento de las asociaciones, sus representantes son consultados al menos una vez al trimestre sobre la gestión.
- El síndico debe poner a disposición de los representantes de las asociaciones los documentos, facturas, recibos y datos que constituyan cargas de la comunidad.
- Un panel debe ponerse a disposición de las asociaciones en cada edificio.
- Tienen derecho a ser informadas de las reuniones de las asambleas generales.

Campo de aplicación de la Ley

A) Inmuebles obligatoriamente sometidos a la Ley

El Estatuto de la Propiedad Horizontal, regulado por la Ley de 1965, se aplica imperativamente a los edificios o grupos de edificios cons-

truidos en los que la propiedad de pisos y locales corresponde a diferentes personas, comprendiendo tanto el piso o local como una cuota parte de los elementos comunes.

Los condueños no tienen derecho a establecer otro régimen jurídico, contrariamente a lo que disponía la Ley de 1938, cuya regulación tenía carácter supletorio.

El caso típico es el del edificio único, dividido en pisos o apartamentos. Se conoce usualmente como «copropiedad vertical». El estatuto se aplica también obligatoriamente a los grupos de inmuebles siempre que tengan los caracteres antes señalados. En este caso se habla de «copropiedad horizontal».

Número de propietarios:

La Ley no precisa el número de propietarios que tiene que existir para que el edificio deba regirse por el Estatuto de la Propiedad Horizontal, por lo que si una casa tiene al menos dos niveles útiles, de aprovechamiento independiente, con elementos comunes, como escaleras, entradas, etc., deberá someterse al estatuto de la Ley de 1965. Sólo escaparía a la aplicación de la Ley si la referida casa tuviera dos accesos distintos. Este sería el caso de las casas llamadas gemelas, que tienen un muro de separación medianero, o el de las casas individuales adosadas lateralmente.

En sentido contrario no existe ningún límite por arriba. En todo caso los conjuntos inmobiliarios pueden disponer de sindicatos secundarios para facilitar la administración de los distintos edificios.

La técnica de la división de las casas en pisos ha surgido para remediar las necesidades de alojamiento de la población. La división del edificio en pisos o locales y más precisamente su venta a una o varias personas distintas es el acontecimiento que desencadena la aplicación del régimen de propiedad horizontal. Es principio cardinal el de que el edificio proyectado no puede estar sometido desde el primer momento al régimen de propiedad horizontal y los gastos de construcción no pueden ser nunca cargas de la propiedad horizontal, y ello aunque el edificio se construya en régimen de comunidad por los futuros comuneros.

Conjuntos inmobiliarios:

Lo que les caracteriza es la heterogeneidad de sus elementos componentes. A pesar de la pluralidad de construcciones, su estructura jurídica es homogénea, dividiéndose los edificios en comunidades o lotes que

comprenden elementos comunes y privativos. La Ley autoriza cierta flexibilidad en su organización, permitiendo la constitución de sindicatos secundarios, copropiedades yuxtapuestas, federadas o no en sindicatos, lo que es reflejo de la relativa inadecuación de la Ley a los problemas de los copropietarios. La distinción entre copropietarios sometidos al Estatuto de Propiedad Horizontal de los no sometidos es difícil de establecer. Los Tribunales se orientan a comprobar si la heterogeneidad del complejo justifica o no una organización diferente o si sólo tiene por objeto eludir la aplicación de ciertas normas imperativas. En resumen, la Ley permite que por pacto pueda aplicarse otro régimen jurídico distinto del de la propiedad horizontal a los conjuntos.

B) *Inmuebles excluidos de la Ley*

Quedan excluidos de la aplicación de la Ley los edificios sobre los que pesa una prohibición de ocupación o declarados en ruina, así como los que al menos una cuarta parte de su superficie esté dedicada a viviendas o locales en alquiler, clasificados en la categoría IV de la Ley de 1948.

Tampoco cabe aplicación del estatuto legal si no hay elemento alguno afectado al uso común. Tal es el caso de ciertas urbanizaciones en las que no hay ningún tipo de equipamiento sometido al servicio de los lotes o parcelas.

Estructura de la propiedad horizontal

La aparición de la distinción entre elementos privativos y comunes sobre los que descansa el régimen de propiedad horizontal es reciente. Esta distinción no figuraba en el artículo 664 del Código Civil. La Ley de 1938 consagró, a juicio de la doctrina, la tesis de la indivisión necesaria, sin que aparecieran los términos de partes privativas y comunes. Fue la Ley de 1965 la que los acuñó, ofreciendo una definición de los mismos acompañada de una enumeración no exhaustiva de los elementos comunes.

También con esta Ley surgió la noción de lote de copropiedad, concepto indisociable, constituido de un elemento privativo y de una cuota parte de los elementos comunes afectos a estos elementos privativos. Son precisamente estas nociones invocadas las reunidas por la Ley para definir el inmueble en propiedad horizontal, y que es aquel «dont la propriété est répartie entre plusieurs personnes par lots comprenant chacun une partie privative et une quote part des parties communes».

Partes privativas y partes comunes

La utilización o el uso que se piensa hacer de las diversas partes del edificio, lejos de ser consecuencia de la calificación dada a estas partes, se erige por el legislador en criterio diferenciador de estos elementos.

Son elementos privativos aquellas partes del edificio y de los terrenos reservados a uso exclusivo de un condueño determinado. Estas partes son de su exclusiva propiedad y de ellas puede usar y disponer libremente. Son elementos comunes las partes destinadas a servir de uso o utilidad de todos los condueños o de varios de ellos. Estos elementos son objeto de una propiedad indivisa de las que uno usa y disfruta libremente, con la limitación de no atentar a los derechos de los otros copropietarios ni al destino del inmueble.

El legislador, después de definir los elementos comunes y privativos, ha juzgado útil hacer una enumeración de los primeros. Pero ni la definición ni la enumeración se imponen a los condueños, ya que éstos son libres de derogar la regulación legal en los Estatutos aumentando o restringiendo los elementos comunes. Los artículos dedicados a hacer esta determinación no tienen carácter imperativo; se limitan a establecer simples presunciones que sólo se imponen en caso de silencio o de contradicción de los Estatutos. Sólo tiene carácter imperativo el principio de la clasificación binaria, no pudiendo los particulares crear otra clase de elementos, ni pueden existir elementos sin cualificación. Es igualmente imperativo el nexo entre los elementos privativos y los comunes, de forma que no puede existir elemento privativo sin cuota parte en los elementos comunes.

Elementos comunes: La enumeración que hace el artículo 3.º es doble. De una parte, establece una primera lista de elementos que se presumen comunes y que aluden a partes materiales del edificio, y una segunda lista que determina los derechos que se consideran accesorios de los elementos comunes. Elementos que se presumen comunes: Son el suelo, los patios, parques y jardines, vías de acceso; la estructura de los edificios: cimentaciones, muros exteriores, muros de carga; los elementos que constituyen el equipamiento común; los locales destinados a uso de la comunidad, y los pasillos y corredores. Derechos que se reputan accesorios de los elementos comunes: el derecho de elevación; el derecho a levantar nuevos edificios en patios y jardines, y el derecho de medianería correspondiente a los elementos comunes.

La lista de elementos comunes no es ni imperativa ni limitativa. El legislador concibe la categoría de elemento común como una categoría abierta. En efecto, toda clase de equipamientos colectivos pueden, según

las circunstancias, añadirse a los que uno encuentra normalmente: piscinas, gimnasios, salas de juego, etc.

En cuanto a los elementos privativos, no hace el legislador, como respecto de los elementos comunes, una enumeración. Concretamente son elementos privativos: los locales propiamente dichos; los pisos, si se trata de edificios destinados a vivienda; las bodegas, graneros, garajes u otros locales destinados a uso exclusivo de un propietario. Los tabiques interiores, los revestimientos de las paredes que configuran el piso; los accesorios y equipamiento de los locales, como puertas, ventanas, visillos, persianas, cortinas y estores, las instalaciones de calefacción individual y las conexiones a las conducciones comunes hasta su llegada al conducto colectivo.

El legislador de 1965 ha erigido en categoría jurídica la noción de *lot de copropriété*, en la que es esencial, como hemos visto, la unión indisoluble de los elementos privativos y de la cuota parte de los elementos comunes que debe expresarse en tanto por ciento (*tantièmes*).

La formación de los lotes no está especialmente reglamentada. El buen sentido impone que un local autónomo, constituido incluso por varias habitaciones, o un piso en particular, no sean objeto de subdivisión en lotes. Por el contrario, no cabe concebir que varios locales objetivamente autónomos formen un lote único, en razón de la vinculación de lo accesorio a lo principal existente entre ellos. También cabe que a un piso o local se vincule una bodega, un granero o un garaje. Sin embargo, la práctica sigue otra solución y erige en lote distinto todo local independiente.

Esta manera de proceder permite establecer una mejor concordancia con la legislación hipotecaria, que prevé que el lote de copropiedad, tal y como debe identificarse y numerarse en el título constitutivo, esté formado por toda parte del inmueble constituida por «todo local principal (apartamento, tienda, local comercial, profesional o industrial) o todo local secundario (cuarto de servicio, bodega, garaje, granero) y tratándose de terrenos no construidos por todo espacio de terreno sobre el que se haya reservado un derecho real privativo». Así, un mismo propietario es a la vez dueño de varios lotes, que pueden cederse separadamente sin alteración del título constitutivo.

La formación inicial de los lotes no es inmodificable. Nuevos lotes pueden crearse por la construcción de nuevos locales en el terreno común, por elevación de los edificios ya edificadas y por cambio de afectación (local común convertido en local privativo). Los lotes pueden sufrir cambios por división o agrupación de los existentes o de parte de los mismos. Tales modificaciones entrañan una alteración de los Estatutos

de la comunidad, especialmente del título constitutivo y de los porcentajes de cada lote.

La constitución del régimen de propiedad horizontal exige un documento complejo, suscrito por todos los propietarios del terreno oponible a terceros. Precisa los derechos y obligaciones de los condueños tanto sobre los elementos comunes como sobre los elementos privativos, así como las modalidades de organización de la administración del edificio. Ello basta para demostrar el papel capital que juega en el funcionamiento de la propiedad horizontal. La Ley de 1938 dejaba a los interesados libertad para insertar cláusulas respecto a los derechos y obligaciones de los elementos privativos, así como respecto a la administración de la comunidad.

Una nueva etapa se ha abierto con la Ley de 1965. La mayoría de sus disposiciones son de orden público y vienen a sustituir a las normas establecidas en los Estatutos de comunidad. En cierta manera la importancia del documento ha disminuido, pero sigue siendo obligatorio y en la práctica desempeña un papel primordial. A pesar de su carácter no dispositivo, la Ley sólo ha establecido unos puntos generales en muchos temas y corresponde a los Estatutos desarrollarlos.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los Estatutos, la doctrina se inclina por su carácter convencional. Otros ven una institución de naturaleza original o mixta, procedente del contrato del documento institucional.

La asamblea tiene potestad para modificar los Estatutos salvo en aquellos puntos que son reproducción de disposiciones legales de Derecho coactivo.

El artículo 13 de la Ley Hipotecaria establece que los Estatutos o sus modificaciones no pueden hacerse valer frente a los derechohabientes a título particular de los condueños nada más que desde el momento de su inscripción en el Registro. Por el contrario, no es necesaria la inscripción para los propietarios iniciales que han suscrito el documento constitutivo de la propiedad horizontal.

Los Estatutos deben comprender necesariamente los siguientes apartados:

1. El destino de los elementos privativos y el de los elementos comunes y condiciones de su uso o disfrute.
2. El destino del edificio o «destinación del inmueble».
3. Las reglas relativas a la administración de los elementos comunes.
4. El reparto de las cargas comunes.

En cuanto al primer punto, los Estatutos deben indicar la afectación de los elementos comunes a tal o cual uso: de los espacios verdes, patios, terrenos de juego, estacionamiento de vehículos, accesos y pasos. En cuanto a las modalidades de uso resulta de su afectación, pero a veces necesitan cierta precisión. Así, si ciertos elementos comunes son afectados al uso exclusivo de ciertos lotes (por ejemplo, terrazas, jardines, plazas de garaje), los Estatutos deberán hacer mención de ello. Lo mismo cabe decir de ciertos elementos comunes, como lavandería, locales técnicos, portería, local de reunión de la comunidad. Los Estatutos pueden prohibir toda utilización de las fachadas, vedando colocar carteles o rótulos publicitarios o bien precisar los límites en los cuales se puede hacer uso de este derecho.

En cuanto a los pisos o locales, aunque sean objeto de propiedad exclusiva, no escapan a ciertas precisiones que deben contenerse en los Estatutos; su destino no depende de la voluntad del propietario.

Los Estatutos precisarán igualmente la afectación tanto de los locales principales (uso comercial, profesional o habitación) como la de los locales accesorios (sótanos, bodegas, graneros, garajes, trasteros...). Estas limitaciones impuestas a los propietarios sobre los pisos de su propiedad tienen fácil explicación por el hecho evidente que su destino constituye la razón fundamental de su adquisición.

En lo tocante al destino del edificio, el legislador no dice nada, a pesar de referirse, en muchas ocasiones, a él y de ser el centro de muchos litigios. Es distinto del destino de los elementos privativos. El destino, aunque no figure explícitamente entre las rúbricas obligatorias que deben contener los Estatutos, resulta del inciso 2.º del artículo 8.º, que dice que el destino del inmueble «est définie aux actes par ses caractères ou sa situation». La alusión a *les actes* parece aludir a los Estatutos de la copropiedad. Por ello el destino del edificio debe buscarse en los Estatutos, en el destino que se dé a los elementos privativos y en factores extrínsecos: factores objetivos, como los caracteres físicos del inmueble, su *standing*, su entorno inmediato o mediato, y en menor medida en factores subjetivos constituidos por los objetivos de los promotores de la construcción y en los rasgos dominantes de las categorías sociales a que pertenecen los propietarios. La exposición de la Ley de 1965 habla del conjunto de condiciones en vista de las cuales un propietario ha comprado su lote, habida cuenta de los diversos elementos, notablemente del conjunto de cláusulas, de los documentos contractuales, de los rasgos físicos, de la situación del edificio y de la posición de sus ocupantes.

A pesar de la diversidad de sus componentes, el destino del edificio reviste un carácter incontestablemente contractual —incluso en el caso

de que los Estatutos no definan de forma circunstanciada lo que debe entenderse por destino del inmueble, éste resultará determinado en sus líneas fundamentales por los datos contenidos en los Estatutos completados con los datos extrínsecos anteriormente enumerados—. Se puede decir que el conjunto de estos elementos constitutivos ha entrado en el campo contractual, puesto que es precisamente en consideración de este conjunto que los condueños han decidido la adquisición de sus pisos. El destino del edificio representa, pues, la dimensión colectiva de la entidad que forma la copropiedad y proporciona particularmente a los Jueces el criterio de apreciación del interés general de la colectividad enfrentado a los intereses particulares de los copropietarios.

Esta dimensión contractual explica no solamente que ningún copropietario pueda unilateralmente emprender trabajos o realizar obras que afecten al destino del inmueble, sino que la colectividad no puede, sin la autorización de todos sus miembros, variar los Estatutos o autorizar a un condueño a modificar el destino de sus elementos privativos, ya que ello comportaría un ataque al destino del edificio.

El artículo 8.º de la Ley, antes citado, dispone que los Estatutos no pueden imponer limitaciones a los derechos de los condueños fuera de aquellas que impone el destino del inmueble. Resulta de esta norma, y más exactamente de la interpretación que de la misma hace la jurisprudencia, que la copropiedad permanece siendo en el Derecho positivo francés una yuxtaposición de propiedades. La situación del copropietario debe aproximarse, en la medida de lo posible, a la del propietario individual. La estructura colectiva y los Estatutos no tienen otra finalidad, esencial pero limitada, que la de resolver los problemas específicos impuestos por la existencia de una inevitable indivisión de elementos comunes y por las relaciones de vecindad que se vuelven más complejas por la cohabitación en un mismo edificio o conjunto de edificios. No se permite, bajo el pretexto de los Estatutos o del destino del edificio, imponer restricciones extrañas a estas exigencias en contra de los derechos individuales de los copropietarios.

De todo ello resulta que si el destino del edificio está determinado en gran medida por las orientaciones elegidas por los promotores, redactores de los Estatutos, sin embargo, responde a ciertas reglas objetivas que estos redactores no pueden transgredir. Esta constatación permite explicar que ciertas cláusulas puedan ser consideradas extrañas al destino de los edificios. Tal es el fundamento de la prohibición de la cláusula compromisoria o de la cláusula de solidaridad entre vendedor y comprador de los lotes para el pago de los gastos del piso o de la cláusula de no concurrencia. La noción que *destination de l'immeuble*

constituye así de forma subrepticia a restringir la libertad de los redactores de los Estatutos y a reducir su alcance convencional.

En lo tocante a los gastos comunes, la Ley distingue entre:

- Gastos derivados de la conservación, mantenimiento y administración del edificio.
- Gastos relativos al funcionamiento y conservación de cada uno de los elementos del equipamiento común.
- Gastos derivados de cada uno de los servicios colectivos.

El reparto es distinto, según cada una de estas categorías de gastos. El margen de libertad dejado a los Estatutos es limitado. En cuanto a la primera categoría el prorrateo debe hacerse de forma proporcional al coeficiente de cada piso en la comunidad. En cuanto a la segunda y tercera categorías, el reparto puede decidirse en los Estatutos, pero la Ley exige que su distribución se haga en función de la utilidad que resulte para cada lote.

Los Estatutos suelen abordar otros puntos. Contienen la descripción total del edificio y la de los elementos resultantes de su división, con expresión del porcentaje correspondiente a cada piso en los elementos comunes. Las disposiciones contenidas en los artículos 2.º a 5.º de la Ley, relativas a estas cuestiones, no se aplican más que en caso de silencio o de contradicción de los títulos. El estado resultante de la división puede constituir un documento distinto, pero puede también incluirse en los Estatutos. En este caso debe redactarse de forma que constituya una parte separada de su articulado —no constituye realmente parte integrante del mismo— otras cláusulas que pueden comprender los Estatutos, aluden al ejercicio de derechos accesorios a los elementos comunes, a las condiciones de suscripción de pólizas de seguros, así como a las modalidades de reconstrucción en caso de siniestro.

Finalmente aludiremos al estado del edificio resultante de la división.

Ya el Decreto de 1955 en materia de publicidad hipotecaria había establecido la necesidad de que se describiera el inmueble resultante de la división con ocasión de la sujeción del edificio al régimen de la propiedad horizontal. El contenido de este documento puede ser o no distinto del de los Estatutos de la comunidad. La descripción debe identificar el edificio o los inmuebles, indicar su naturaleza, situación, datos catastrales (en particular, la calle y número de los edificios urbanos); dividir el inmueble en pisos o locales numerados correlativamente; identificar los pisos y locales por su colocación en el edificio, y en caso de necesidad con referencia a un plano o croquis. Debe hacerse en documento notarial e inscribirse en el Registro. Constituye

el instrumento indispensable de identificación para la transmisión o constitución de derechos reales sobre los pisos.

La naturaleza jurídica del documento de marras es objeto de controversia. Mientras que la doctrina se empeña en ver en él un documento técnico concebido por las necesidades de la publicidad registral, varias resoluciones judiciales le han reconocido el mismo valor que a los Estatutos, sometiendo su eventual modificación a las mismas condiciones de mayoría o unanimidad, según los casos, del cambio contemplado.

Otro día nos ocuparemos del aspecto orgánico de la propiedad horizontal.

ANTONIO MORO SERRANO

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) NORMAS COMUNITARIAS Y CONVENIOS

1. *Directiva del Consejo 87/344/CEE, de 22 de junio de 1987, sobre seguro de defensa jurídica.*—Teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 57 del Tratado constitutivo de la Comunidad, con fecha 22 de junio el Consejo ha adoptado la Directiva siguiente:

Artículo 1

La presente Directiva tiene por objeto la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica contemplado en el punto A.17 del Anexo de la Directiva 73/239/CEE, a fin de facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de evitar hasta donde sea posible cualquier conflicto de intereses que surgiera, en particular, debido a que el asegurador cubra a otro asegurado o que cubra al asegurado al mismo tiempo en defensa jurídica y por otro ramo contemplado en dicho Anexo y, si surgiese dicho conflicto, hacer posible su solución.

Artículo 2

1. La presente Directiva se aplicará al seguro de defensa jurídica. Dicho seguro consiste en suscribir, mediante el pago de una prima, el compromiso de hacerse cargo de los gastos de procedimiento judicial y de proporcionar otros servicios derivados de la cobertura de seguro, en particular con vistas a:

- recuperar el daño sufrido por el asegurado, de forma amistosa o en un procedimiento civil o penal;
- defender o representar al asegurado en un procedimiento civil, penal, administrativo o de otra naturaleza, o contra una reclamación de la que éste sea objeto.

2. Sin embargo, la presente Directiva no se aplicará:

- al seguro de defensa jurídica cuando éste se refiera a litigios o riesgos resultantes de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización;
- a la actividad ejercida por el asegurador de la responsabilidad civil para la defensa o la representación de un asegurado en cualquier procedimiento judicial o administrativo, en la medida en que dicha actividad se ejerza al mismo tiempo en su interés con arreglo a dicha cobertura;
- si un Estado miembro lo desea, a la actividad de defensa jurídica realizada por el asegurador de la asistencia cuando tal actividad se ejerza en un Estado distinto al de residencia habitual del asegurado y cuando esté estipulada en un contrato que sólo se refiera a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente. En este caso, el contrato deberá indicar de forma clara que la cobertura en cuestión se limita a las circunstancias contempladas en la frase precedente y que es accesoria a la asistencia.

Artículo 3

1. La garantía de defensa jurídica deberá ser objeto de un contrato separado del establecido para los restantes ramos o bien de un capítulo aparte de una póliza única con indicación del contenido de la garantía de defensa jurídica y, si el Estado miembro lo requiere, de la prima correspondiente.

2. Cualquier Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que las empresas establecidas en su territorio adopten al menos, con arreglo a la opción impuesta por el Estado miembro o a su elección si el Estado miembro así lo permitiere, una de las soluciones siguientes, que son alternativas:

a) La empresa deberá garantizar que ningún miembro del personal que se ocupe de la gestión de los siniestros del ramo de defensa jurídica o del asesoramiento jurídico relativo a dicha gestión ejerza al mismo tiempo una actividad parecida:

- si la empresa es multirramo, para otro ramo practicado por ésta;
- que la empresa sea multirramo o especializada, en otra empresa que tenga con la primera vínculos financieros, comerciales o ad-

ministrativos y ejerza uno o varios de los otros ramos de la Directiva 73/239/CEE.

b) La empresa deberá confiar la gestión de los siniestros del ramo de defensa jurídica a una empresa jurídicamente distinta. Se hará mención de dicha empresa en el contrato separado o en el capítulo aparte contemplado en el apartado 1. Si dicha empresa jurídicamente distinta se hallare vinculada a otra empresa que practicare el seguro de uno o varios de los demás ramos mencionados en el punto A del Anexo de la Directiva 73/239/CEE, los miembros del personal de la primera empresa que se ocupen de la gestión de los siniestros o del asesoramiento jurídico relativos a dicha gestión no podrán ejercer simultáneamente la misma o parecida actividad en la segunda empresa. Además, los Estados miembros podrán imponer las mismas exigencias para los miembros del órgano de dirección.

c) La empresa deberá prever en el contrato el derecho de que el asegurado confíe la defensa de sus intereses, a partir del momento en que tenga derecho a reclamar la intervención del asegurador de conformidad con la póliza, a un abogado de su elección, o en la medida en que la ley nacional lo permita, a cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias.

3. Cualquiera que sea la opción elegida, el interés de los asegurados con cobertura de defensa jurídica se considera garantizado de manera equivalente en virtud de la presente Directiva.

Artículo 4

1. Todo contrato de defensa jurídica o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir los intereses del asegurado, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, el asegurado tendrá la libertad de elección.

b) El asegurado tendrá libertad de elegir Abogado o, si lo prefiere y en la medida en que lo permita la legislación nacional, cualquier otra persona que posea las cualificaciones necesarias, para servir sus intereses cada vez que surja un conflicto de intereses.

2. Se entenderá por Abogado cualquier persona habilitada para ejercer sus actividades profesionales con arreglo a una de las denominaciones previstas en la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los Abogados.

Artículo 5

1. Cada Estado miembro podrá eximir de la aplicación del apartado 1 del artículo el seguro de defensa jurídica si se cumplen todas las condiciones siguientes:

a) El seguro se limita a asuntos que resulten de la utilización de vehículos de carretera en el territorio del Estado miembro en cuestión.

b) El seguro está vinculado a un contrato de asistencia a presentar en caso de accidente o de avería en que se vea implicado un vehículo de carretera.

c) Ni el asegurador de la defensa jurídica ni el asegurador de la asistencia cubren ningún ramo de responsabilidad.

d) Se han adoptado disposiciones a fin de que el asesoramiento jurídico y la representación de cada una de las partes de un litigio estén asumidos por Abogados completamente independientes, cuando dichas partes estén aseguradas en defensa jurídica por el mismo asegurador.

2. La exención concedida por un Estado miembro a una empresa en aplicación del apartado 1 no afectará a la aplicación del apartado 2 del artículo 3.

Artículo 6

Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones útiles a fin de que, sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el Derecho nacional, se prevea un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad, que permita decidir, en caso de divergencia de opiniones entre el asegurador de la defensa jurídica y su asegurado, respecto a la actitud que deba adoptarse para la solución del desacuerdo.

El contrato de seguro deberá mencionar el derecho del asegurador a recurrir a tal procedimiento.

Artículo 7

Cada vez que surja un conflicto de intereses o que exista desacuerdo respecto a la solución de un litigio, el asegurador de la defensa jurídica o, en su caso, la entidad de liquidación de siniestros, deberá informar al asegurado:

— del derecho contemplado en el artículo 4;

- de la posibilidad de recurrir al procedimiento contemplado en el artículo 6.

Artículo 8

Los Estados miembros suprimirán cualquier disposición que prohíba la acumulación en su territorio del seguro de defensa jurídica con otros ramos.

Artículo 9

El párrafo segundo del punto C del Anexo de la Directiva 73/239/CEE se sustituye por el texto siguiente:

«No obstante, los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 contemplados en el punto A no podrán ser considerados accesorios de otros ramos.

Sin embargo, el riesgo comprendido en el ramo 17 (seguro de defensa jurídica) podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 cuando se cumplan las condiciones mencionadas en el párrafo primero y el riesgo principal sólo se refiera a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente.

El seguro de defensa jurídica podrá asimismo considerarse como riesgo accesorio en las condiciones mencionadas en el párrafo primero cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.»

Artículo 10

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para cumplir la presente Directiva antes del 1 de enero de 1990. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión. Aplicarán estas medidas a más tardar el 1 de julio de 1990.

Artículo 11

Después de la notificación de la presente Directiva, los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 12

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.
Hecho en Luxemburgo el 22 de junio de 1987.

Por el Consejo
El Presidente,
L. TINDEMANS

2. Instrumento de 22 de junio de 1977, de ratificación del Convenio Europeo sobre notificación en el extranjero de documentos en materia administrativa, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977.—El artículo 1.º señala el ámbito de este Convenio diciendo que:

1. Los Estados contratantes se comprometen a prestarse mutuamente asistencia para la notificación de documentos en materia administrativa.

2. El presente Convenio no se aplicará a materias fiscales ni penales. No obstante, cada Estado, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier otro momento posterior, podrá hacer constar, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, que, respecto de las solicitudes que se dirijan, el presente Convenio se aplicará a materias fiscales o a cualquier procedimiento incoado por infracciones cuya sanción no corresponda a la jurisdicción de sus autoridades judiciales en el momento de presentarse la solicitud de asistencia. Dicho Estado podrá expresar en la declaración que podrá prevalecerse del principio de reciprocidad.

3. Cada uno de los Estados, en el momento de la firma o al depositar su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier momento posterior dentro del plazo de cinco años de la entrada en vigor del presente Convenio para ese Estado, podrá comunicar, por declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, las materias administrativas a las cuales no aplicará el presente Convenio. Cualquier otro Estado contratante podrá prevalecerse del principio de reciprocidad.

4. Las declaraciones formuladas conforme lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo surtirán efecto, según los casos, a partir del momento de entrada en vigor del Convenio para el Estado que las hubiere formulado o tres meses después de haberlas recibido el Secretario general del Consejo de Europa. Podrán ser retiradas parcialmente

o en su totalidad, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa. Dicha retirada surtirá efecto tres meses después de la fecha de recepción de esta última declaración.

El texto completo de dicho Convenio se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día 2 de octubre pasado.

3. *Intercambio de información tributaria entre países de la CEE.*

La Comunidad Económica Europea ha aprobado las Directivas 77/799/CEE, de 19 diciembre, y 79/1070/CEE, de 6 de diciembre, sobre asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, sobre la Renta de las Personas Físicas y Jurídicas, y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, así como en materia del Impuesto sobre el Valor Añadido, respectivamente. Si bien la Directiva 79/1070, de 6 de diciembre, se limita a extender al Impuesto sobre el Valor Añadido lo dispuesto en la primera.

El ingreso de España en la CEE supone la recepción en nuestro ordenamiento de toda la normativa comunitaria vigente. Las Directivas, como normas comunitarias, se incorporan a nuestro ordenamiento aunque para ello se exige un desarrollo normativo de su contenido, puesto que como fuente del Derecho comunitario obligan a los Estados miembros, sus destinatarios, en cuanto a su contenido pero dejándoles la elección de la forma y los medios para darles cumplimiento.

Esta es la razón por la que la disposición adicional vigésima octava de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuesto Generales del Estado para 1987, ha establecido que el Gobierno reglamentariamente dé ejecución a lo previsto en las citadas Directivas.

De acuerdo con esta previsión, el Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre (*BOE*, 29 octubre), constituye la adaptación nacional de las mismas. En él, junto a las disposiciones de carácter general contenidas en su artículo 1.º, donde quedan definidos los impuestos a los cuales se extiende el intercambio de información, en que se traduce la asistencia mutua entre España y los demás Estados miembros de la Comunidad, se establecen las diferentes modalidades de realizar el intercambio (previa solicitud, de forma automática y de forma espontánea), la tramitación de la información en los supuestos de intercambio previa solicitud e intercambio espontáneo, así como los límites que en el intercambio de información deben respetarse.

B) NORMAS NACIONALES

En los meses de septiembre y octubre no se han publicado normas de rango legal referentes a nuestro ámbito. Sin embargo, hay otras disposiciones destacables que vamos a reseñar.

1. *Modificación del Reglamento del Patrimonio del Estado.*—Se realiza mediante el Real Decreto 1269/1987, de 31 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 16 de octubre. Para poner de acuerdo dicho Reglamento con las reformas introducidas por la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, se da nueva redacción a los artículos 116 y 117, con las cuantías establecidas por la Ley. Además se redacta un nuevo artículo 135, recogiendo la regulación de las cláusulas de aplazamiento de parte del precio de la enajenación de los inmuebles patrimoniales, con lo que se acerca al uso corriente en el mercado inmobiliario.

2. *Acceso a la propiedad de los arrendatarios rústicos.*—Para facilitar este acceso por la vía del Derecho a la adquisición forzosa que se establece en el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Rústicos y cuyo plazo fue prorrogado por la Ley 1/1987, de 12 de febrero, se dicta el Real Decreto 1229/1987, de 5 de octubre (*BOE* del día siguiente), concediendo ayudas con esta finalidad.

3. *Disposiciones sobre las oficinas de los Registros.*—La Dirección General de los Registros y del Notariado ha dictado tres Resoluciones que debemos resaltar, por su importancia práctica para la modernización de nuestras oficinas:

— Resolución de 27 de agosto (*BOE*, 9 septiembre). Declara obligatoria para todos los Registros de la Propiedad la llevanza de los libros de inscripciones por el sistema de hojas móviles, con lo que se posibilita la mecanografía para practicar los asientos.

— Resolución de 31 de agosto (*BOE*, 10 septiembre). Autoriza en los Registros de la Propiedad la llevanza de índices de personas y de fincas mediante procedimientos informáticos, como uno de los medios a que alude el artículo 393 del Reglamento Hipotecario.

— Resolución de 24 de septiembre (*BOE*, 10 octubre). Resaltando el aspecto profesional y la responsabilidad del Registrador, señala que deberá figurar su nombre en el sello del Registro del que sea titular.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. *Navarra.*—Decreto Foral Legislativo de 24 de julio de 1987, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley Foral de Tasas, Exacciones Parafiscales y Precios de la Administración de la Comunidad

Foral de Navarra y de sus organismos autónomos (*Boletín Oficial de Navarra*, 24 agosto).

2. *Extremadura*.—Ley de 8 de abril de 1987, sobre tierras de regadío. Su exposición de motivos trata de justificar la Ley en siete apartados. Tiene seis capítulos, con 41 artículos y varias disposiciones y anejos. Tiene una tendencia paralela a la Ley de la Dehesa y establece que el propietario de una tierra de regadío está obligado a darle el destino que demanda su naturaleza, acudiendo a la idea de la función social de la propiedad. Su incumplimiento puede suponer la expropiación, sea total o de uso, o la aplicación de un impuesto por tierras infrautilizadas. Su texto puede verse en el *Boletín Oficial del Estado* del día 9 de mayo de 1987.

II. INFORMACION DE ACTIVIDADES

1. *Congreso de Derecho comunitario*.—Organizado por la Sociedad de Estudios de Derecho Alemán y Europeo, con la colaboración de la Universidad, el Ayuntamiento y la Diputación de Salamanca, se ha celebrado en dicha ciudad el I Congreso Nacional de Iniciación al Derecho Comunitario.

Se desarrollaron varias conferencias, entre las que destacamos:

- «Normas, caracteres y fuentes del ordenamiento jurídico de la CEE», por doña ARACELI MANGAS, Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca.
- «Libertades comunitarias», por don JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE, Catedrático de Derecho Mercantil.
- «Acta Unica Europea», por don DIONISIO SÁNCHEZ FERNÁNDEZ GATTA, Profesor de Derecho Administrativo.
- «Proceso constituyente de la Comunidad Europea», por doña ICIAR TABOADA.
- «Instituciones comunitarias», por don PABLO GARCÍA MEXIÁ.
- «Ayudas de Estados y fondos estructurales», por don RAFAEL ANSÓN.

2. *XIV Congreso y Coloquio de Derecho Agrario Europeo*.—Se ha celebrado en Salzburgo, Austria, del 22 al 26 de septiembre, para conmemorar el trigésimo aniversario de la fundación del Comité Europeo de Derecho Rural, con asistencia de agraristas de varios países de nuestra área y una lucida representación de españoles, entre los que se encontra-

ban los Registradores de la Propiedad don JOSÉ ANTONIO NORTES TRIVIÑO y don ANTONIO MORO SERRANO.

En la primera Comisión, presidida por el Profesor EMILIO ROMAGNOLI, de la Universidad de Florencia, se debatió el tema del Derecho agrario y las normas para la protección del ambiente.

En la segunda, bajo la presidencia del Notario de Madrid don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, secundado por el Catedrático de la Universidad Politécnica de Madrid don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, se estudiaron las técnicas antiguas y nuevas para la regulación de los mercados.

Y en la Mesa general se estudiaron las soluciones jurídicas aplicables a las empresas en dificultad financiera.

3. *Primeros Encuentros Iberoamericanos de Juristas.*—Han tenido lugar, con gran asistencia, durante los días 8 a 10 de octubre, en el Colegio Universitario Cardenal Gil de Albornoz, de Cuenca, con el patrocinio del Instituto de Cooperación Iberoamericana y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Los temas de trabajo se agruparon bajo las siguientes secciones:

- «Derecho Económico».
- «Derecho Internacional y Relaciones Internacionales».
- «Administración de Justicia».
- «Historia y Filosofía del Derecho».

4. *Congreso de Derecho Agrario de las Comunidades Autónomas.*—Se ha celebrado en Sevilla, durante los días 15 y 16 de octubre, con la finalidad de que los juristas procedentes de las distintas regiones expongan las nuevas normas autonómicas dictadas en materia de agricultura.

Se desarrollaron las siguientes ponencias:

- «El Derecho Agrario de la Comunidad Autónoma Andaluza: Su perspectiva civil» por don ANGEL LÓPEZ LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
- «El nuevo Derecho Agrario de la Comunidad Autónoma Andaluza», por don FRANCISCO CUENCA ANAYA, Notario de Sevilla.
- «El nuevo Derecho Agrario de la Comunidad Autónoma Extremeña», por don JOSÉ RAMÓN RUBIO ROFFIGNAC, Letrado del IRYDA en Badajoz.
- «Ejecución y desarrollo del Derecho derivado de las Comunidades Europeas, en materia de agricultura, en el Estado de las Autonomías», por don BENIGNO PENDÁS GARCÍA, Letrado de las Cortes Generales.

- «El nuevo Derecho Agrario de las Comunidades Gallega, Asturiana y Cantabria», por don JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Notario.
- «El nuevo Derecho Agrario de la Comunidad de Castilla y León», por don JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.
- «El nuevo Derecho Agrario de la Comunidad Canaria», por don JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, Registrador de la Propiedad excedente y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid.
- «El nuevo Derecho Agrario de las Comunidades de Madrid y Castilla-La Mancha», por don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid.
- «El nuevo Derecho Agrario de las Comunidades Catalana y Aragonesa», por don AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.
- «El nuevo Derecho Agrario de las Comunidades Autónomas Navarra, Vasca y Rioja», por don PEDRO DE PABLO CONTRERAS, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.
- «El nuevo Derecho Agrario de las Comunidades Autónomas Valenciana, Murciana y Balear», por don LUIS AMAT ESCANDELL, Catedrático de Derecho Agrario de la Universidad Politécnica de Valencia.

La ponencia final o de síntesis corrió a cargo de don ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario de Madrid y Presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario.

5. *XIV Encontro dos Oficiais de Registro de Imoveis do Brasil.*— Nuestros compañeros los Registradores de Brasil se han reunido del 19 al 24 de octubre en Foz de Iguazú para estudiar en varias sesiones de trabajo los siguientes temas:

- Cláusulas especiales de compra y venta.
- La institución del condominio: Teoría y práctica.
- Usufructo.
- Inmuebles rústicos.
- Certificaciones: Aspectos prácticos.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 3 de junio de 1987.—VENTA DE VIVIENDA FAMILIAR.—No se entra en el fondo, desestimándose por razones procesales.—Sala segunda.—Recurso de amparo 721/1986.

Hechos.—1. Doña Hortensia Granell Pi presentó el 27 de junio de 1986 recurso de amparo contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona, que le denegó la notificación de la Sentencia del propio Juzgado, dictada el 29 de julio de 1982 en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía.

2. Los hechos de los que deriva el presente recurso de amparo tienen su origen en la venta que don Alberto Guerra Soldevila, marido de la recurrente, hizo en 1981, del piso de su propiedad que servía por entonces de domicilio conyugal al matrimonio. En efecto, el 13 de julio de 1981, mediante escritura pública, don Alberto Guerra vendió el piso en el que habitaba con su esposa, doña Hortensia Granell Pi, así como las dos plazas de garaje que poseía en el mismo inmueble, a la Sociedad «Fintra, Sociedad Anónima». En la escritura se hacía constar que la vivienda, sita en la calle Balmes, 413, 8.º E, se vendía libre de arrendatarios aunque ocupada por el vendedor, quien se obligaba a desalojarla y ponerla a disposición de la Sociedad compradora para el 30 de noviembre inmediato.

Aproximadamente por esta misma época se producen, al parecer, graves desavenencias conyugales, originadas, según la recurrente en amparo, por las frecuentes ausencias del domicilio familiar de su esposo, que le llevan a presentar sucesivas denuncias contra el mismo por abandono de familia, efectuadas el 13 de diciembre de 1981, el 4 de enero de 1982 y el 21 de enero de 1983. Por otra parte, doña Hortensia Granell Pi afirma que en ningún momento tuvo conocimiento de la venta efectuada por su marido del piso que, si bien era propiedad del mismo, constituía la vivienda familiar.

3. Al no poner don Alberto Guerra Soldevila el piso vendido a disposición de «Fintra, Sociedad Anónima», en la fecha convenida, dicha Sociedad, tras el oportuno trámite de conciliación al que no compareció don Alberto Guerra, presentó contra éste, en febrero de 1982, demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía que correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona. El pleito se sustanció

en rebeldía del demandado pese a que, tanto el emplazamiento inicial como varias providencias ulteriores, le fueron notificadas personalmente en su propio domicilio conyugal objeto del pleito (en fechas 4 y 17 de marzo, 26 de abril y 19 de mayo de 1982).

El juicio finalizó por Sentencia del mencionado Juzgado, de 29 de julio de 1982, en la que, estimándose la demanda, se declaraba la vivienda propiedad de la Entidad demandante y se condenaba a don Alberto Guerra Soldevila a ponerla a su disposición con apercibimiento de lanzamiento en caso contrario, así como al pago de las costas. La sentencia fue notificada al demandado, también personalmente, en el referido domicilio, el 2 de septiembre de 1982, y, al no ser recurrida, devino firme.

Instada seguidamente la ejecución por «Fintra, Sociedad Anónima», tras un aplazamiento acordado privadamente por las partes, se acordó el lanzamiento para el 24 de mayo de 1983. También las providencias recaídas en estos trámites (de 17 de septiembre de 1982 y de 19 de abril de 1983) fueron notificadas personalmente a don Alberto Guerra en el domicilio de ambos cónyuges.

En la fecha prevista, se produjo el intento de lanzamiento que resultó frustrado al encontrarse presente doña Hortensia Granell Pi, quien alegó enfermedad, aunque sí se dio posesión a «Fintra, Sociedad Anónima», de las dos plazas de garaje. Es en tal momento cuando doña Hortensia Granell Pi afirma que tuvo conocimiento de la venta del piso, del pleito entablado, de la sentencia que le puso término y de las consecuencias que se derivaban de todo ello para el domicilio conyugal. Sostiene que la firma de todas las notificaciones personales hechas a su marido debió ser efectuada por éste en el Juzgado, no en el domicilio referido, con el expreso fin de mantenerla ajena a lo que sucedía, ya que por entonces hacía tiempo que don Alberto Guerra no habitaba en la vivienda familiar.

Sin embargo, resulta acreditado en autos que, un mes antes de la fecha de lanzamiento, don Alberto Guerra Soldevila requirió notarialmente a su esposa el 25 de abril de 1983 para que «por imperativo legal» (sin mayores precisiones sobre la concreta causa) abandonase el domicilio familiar, ofreciéndole otro que ponía a su disposición, lo que fue contestado por igual conducto el día 28 inmediato, negándose a ello y reservándose las acciones legales a que tuviera derecho, en caso de que hubiese maquinado un procedimiento simulado a fin de producir el embargo de la vivienda en cuestión.

4. Acordada por el Juez nueva fecha de lanzamiento para el 14 de junio de 1983 y notificada ahora también a doña Hortensia Granell Pi, ésta presentó un escrito el 9 de junio anterior en el que efectuaba, entre otras, las siguientes alegaciones: Que su marido y ella se encontraban separados de hecho y que la venta del piso y posterior pleito entre su marido y «Fintra, Sociedad Anónima», se debía a una maquinación conjunta para desalojarla del domicilio conyugal. Que, sin embargo, el artículo 1.320 del Código Civil, tras la reforma de mayo de 1981, impedía la disposición de dicho domicilio por el cónyuge titular del mismo sin el consentimiento del otro. En definitiva, solicitaba un mes de plazo antes del desalojo y que se le proporcionase testimonio escrito en todas las actuaciones habidas sobre la titularidad del piso.

«Fintra, Sociedad Anónima», contestó al anterior escrito negando cual-

quier colusión con don Alberto Guerra Soldevila y rechazando otras afirmaciones del mismo. En particular, se subrayaba que el artículo 1.320 del Código Civil no era de aplicación en Cataluña donde, en régimen de separación de bienes, que era el existente entre don Alberto Guerra y su mujer, regía la libre disposición por cada cónyuge de todos sus bienes.

Por providencia de 13 de junio de 1983 se notificó a doña Hortensia Granell Pi que tenía a su disposición en el Juzgado las llaves del piso que su marido había alquilado para que pudiese trasladarse al mismo y se aplazó el lanzamiento al 26 de julio inmediato, sin que se hiciese referencia a la petición de que se le testimoniasen las actuaciones. El 30 de junio doña Hortensia Granell presentó nuevo escrito en el que solicitaba certificación literal de la demanda inicial de «Fintra, Sociedad Anónima», de la sentencia recaída, de su propio escrito anterior y de la providencia de 13 de junio. El mismo día 30 de junio el Juez dicta providencia por la que se declara no haber lugar a lo solicitado por no haber sido parte en el proceso entre «Fintra, Sociedad Anónima», y su marido. Por nuevo escrito la recurrente en amparo solicitó certificación de las dos providencias mencionadas de 13 y 30 de junio de 1983, a lo que el Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 11 que seguía las actuaciones accedió por providencia de 12 de julio de 1983.

5. Tras los anteriores escritos al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona doña Hortensia Granell Pi interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Supremo que, una vez admitido a trámite, le permitió obtener la suspensión del lanzamiento, ya varias veces aplazado. El recurso se interpuso al amparo del número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que se le había mantenido de manera fraudulenta en la ignorancia de la venta y posterior pleito sobre la vivienda conyugal, con la intención de desalojarla de la misma sin que pudiera oponerse. Denunciaba una connivencia de «Fintra, Sociedad Anónima», y su marido que había conducido a que el lanzamiento intentado el 23 de mayo de 1983 fuera la primera noticia que tuvo sobre los hechos. Alegaba que la venta se había efectuado con infracción del artículo 1.320 del Código Civil, al no haber contado con su preceptivo consentimiento y aducía en suma la inválida constitución de la relación procesal en el juicio habido entre «Fintra, Sociedad Anónima», su marido, ya que teniendo ella legitimación pasiva en todo lo relativo al domicilio conyugal, se le debía haber notificado la demanda y debía haber sido parte en el proceso.

En su escrito de oposición «Fintra, Sociedad Anónima», negaba cualquier relación extraprocesal ni colusión con el marido de la recurrente y planteaba por el contrario una probable maquinación entre ambos conyuges al efecto de seguir habitando el piso ya vendido, afirmaba que no había separación ni jurídica ni de hecho entre ambos y que habían seguido conviviendo en el citado domicilio en el cual se habían efectuado todas las notificaciones del proceso. Por otra parte, argumentaba la no aplicación en Cataluña del artículo 1.320 del Código Civil (CC), la que en ningún caso tenía la recurrente derecho a ser parte en la demanda que Fintra había interpuesto contra su marido, propietario del piso y del que podía disponer con entera.

La Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 7 de octubre de 1985, declarando no haber lugar al recurso. El fallo se fundamentaba,

en lo que aquí interesa, en que de los autos no se deducía que la empresa compradora y luego demandante hubiera debido conocer la circunstancia de que la casa que adquiría constituía el domicilio conyugal del vendedor y ello tanto por las circunstancias factuales expuestas por la propia recurrente (disensiones matrimoniales y ruptura de la convivencia) como por ser un factor personal ajeno a la titulación jurídica del piso y a la relación entablada entre el propietario, casado en régimen de separación de bienes y que se obligaba a desalojar la casa y la empresa compradora.

En consecuencia, dicha compraventa no originaba «necesaria y claramente» un interés legítimo para la esposa del que derivase un litisconsorcio pasivo necesario entre ambos cónyuges en el procedimiento entablado por «Fintra, Sociedad Anónima», sino que dicho interés procedía «de una circunstancia extraña al propio contrato y puramente contingente cuya ignorancia no le es imputable al comprador».

Afirmaba además el Tribunal Supremo que siendo el recurso de revisión un procedimiento encaminado a destruir los efectos de la cosa juzgada, era improcedente en un asunto en el que tales efectos no se producen en cuanto a doña Hortensia Granell Pi, al no haber sido parte en el previo proceso por las razones suficientes mencionadas antes. En tal situación la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses se había de cumplir a través de la interposición de un proceso declarativo ordinario al amparo del artículo 1.322 del Código Civil, por vía de la anulabilidad y con el límite que impone el párrafo segundo del artículo 1.320 del Código Civil.

Así pues, en resumen, la Sala Primera del Tribunal Supremo, que aparentemente consideró aplicable la limitación que a la capacidad de disponer de los cónyuges implica el artículo 1.320 del Código Civil en supuesto de régimen de separación de bienes regido por el Derecho civil catalán, estimaba en cambio que no se deriva necesariamente del citado artículo un litis consorcio pasivo necesario entre los cónyuges y que, por tanto, la relación procesal entre «Fintra, Sociedad Anónima», y el marido exclusivamente estaba bien planteada. Doña Hortensia Granell Pi carecía entonces de legitimación para replantear en revisión la relación jurídica sustantiva ventilada en dicho proceso, al no haber sido parte en el mismo de forma justificada y le restaba para la defensa de sus intereses y derechos la vía de un juicio declarativo ordinario al amparo de lo previsto en los artículos 1.320 y 1.322 del Código Civil.

6. Recaída la Sentencia de revisión el 7 de octubre de 1985, tres meses después, el 7 de enero de 1986, doña Hortensia Granell Pi presentó nuevo escrito al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona solicitando que se le notificase la Sentencia de 29 de julio de 1982, contra la que había recurrido en revisión, al objeto de poder defender a partir de tal momento sus intereses. En dicho escrito se argumenta que residendo ya en otro domicilio don Alberto Guerra Soldevila, la citada sentencia se encontraba ya cumplida, por lo que no era procedente pretender desalojarle a ella en supuesta ejecución de la misma, lo que excedía sus términos dispositivos.

El Juzgado dictó providencia de 11 de febrero de 1986 acordando no haber lugar a la notificación solicitada por no haber sido parte en el proceso al que la referida Sentencia de 29 de julio de 1982 puso fin, basándose en las razones expresadas por el Tribunal Supremo en la Sentencia de revisión el 7 de octubre de 1985 y sin perjuicio de que doña

Hortensia Granell Pi hiciese uso de su derecho por medio de un juicio declarativo ordinario.

Tras esta resolución se producen una serie de sucesivos recursos y resoluciones del referido Juzgado (Auto de 24 de febrero de 1986 y dos providencias posteriores), que culminan en el Auto de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 2 de junio de 1986, dictado en resolución del recurso de queja interpuesto contra la última providencia denegatoria del Juzgado de Primera Instancia número 11, la de 1 de abril de 1986. Todas estas resoluciones judiciales, incluido el Auto final mencionado, tienen un contenido análogo frente a una idéntica pretensión de doña Hortensia Granell Pi. Siendo ésta la de ser notificada de la sentencia que puso fin a la demanda de Fintra contra don Alberto Guerra Soldevila y el contenido de las resoluciones judiciales denegatoria en base a que la recurrente en amparo no había sido parte en el procedimiento judicial, con expresa apoyatura en la sentencia de revisión y rechazando cualquier vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva, que quedaba abierta a través de un procedimiento declarativo ordinario.

Por otro lado y simultáneamente a los recursos y resoluciones de que se ha hecho mención, tras nuevos aplazamientos y recursos planteados por la interesada, en el mes de abril de 1986 desalojó ésta la vivienda objeto de los procedimientos judiciales habidos en este asunto, produciéndose el 9 del citado mes la entrega de las llaves al Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona.

7. Tras el Auto de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 2 de junio de 1986 doña Hortensia Granell Pi interpuso el presente recurso de amparo acompañando la demanda de diversa documentación relativa a los hechos relatados en estos antecedentes. En la demanda se denunciaba la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión, debido a no habérsele llamado a juicio en el pleito entablado por «Fintra, Sociedad Anónima», contra su marido sobre el domicilio conyugal, lo que le dejó en la más completa indefensión y le condujo a verse desalojada de su domicilio sin poder defender sus intereses.

Fallo.—El Tribunal Constitucional DESESTIMA el recurso de amparo interpuesto, considerando que la recurrente había iniciado actuaciones procesales manifiestamente improcedentes, dejando en cambio transcurrir el plazo de caducidad para entablar el recurso de amparo, por lo que éste resulta extemporáneo. Es lástima que no se entre en el fondo de la cuestión, que sería interesante.

Fundamentos jurídicos.—1. El tema de fondo que se plantea en el presente recurso es el de si la relación procesal entablada en la demanda de juicio declarativo ordinario presentada por la Entidad mercantil «Fintra, Sociedad Anónima», exclusivamente contra don Alberto Guerra Soldevila era correcta o si bien se debió llamar a juicio también a su mujer, doña Hortensia Granell Pi, para que pudiese hacer valer sus legítimos derechos e intereses. Si, de acuerdo con la legislación civil y procesal aplicable, este último hubiese sido el caso, nos encontraríamos en principio con una aparente violación del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo, que se habría visto perjudicada por una sentencia que no pudo combatir en su debido momento procesal. Antes

de llegar a tal conclusión sería menester, sin embargo, comprobar diversas cuestiones, entre las que destacan las siguientes: si doña Hortensia Granell Pi pudo efectivamente haber intervenido en dicho pleito o no, si la existencia de otros cauces procesales para la obtención de sus pretensiones —un juicio declarativo ordinario— hace improcedente este recurso de amparo, y, en fin, deberíamos examinar nuestra STC 135/1986, de 31 de octubre, aludida por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, puesto que, dada la posible analogía del presente caso con el entonces contemplado sería necesario comprobar si la solución estimatoria sería ahora igualmente aplicable.

2. Ahora bien, antes de entrar a considerar tales cuestiones es imprescindible examinar las alegaciones de la otra parte personada en este proceso, la Sociedad «Fintra, Sociedad Anónima», que opone con carácter previo la concurrencia de dos causas de inadmisión que, en el actual momento procesal, serían de desestimación. Son dichas causas la extemporaneidad de la demanda de amparo y su manifiesta carencia de contenido constitucional, previstas respectivamente en el artículo 50, 1, a), en relación con el artículo 44, 2, y en el artículo 50, 2, b), todos ellos de nuestra Ley Orgánica.

De ambas causas es preciso examinar antes la primera de ellas, tanto por razones lógicas como porque el análisis del contenido constitucional de la demanda se convertía ya inevitablemente en un examen más o menos profundo sobre el fondo de la misma. Dicho análisis estaría evidentemente de más de ser efectivamente extemporánea la demanda.

El plazo para interponer la demanda de amparo frente a una resolución judicial es de veinte días hábiles desde que recae la resolución judicial que pone fin a la preceptiva vía judicial previa. En ella es preciso agotar todos los recursos ordinarios antes de venir a un remedio subsidiario como lo es, por imperativo constitucional y legal, el recurso de amparo. No es admisible, por el contrario, como hemos reiterado en numerosas resoluciones que, por medio de la interposición de recursos manifiestamente improcedentes o por cualquier otra actividad procesal claramente dilatoria o temeraria, se prolongue indebidamente la vía judicial previa. O, a mayor abundamiento, es igualmente rechazable que, habiendo transcurrido ya el perentorio plazo de interposición del recurso de amparo, se pretenda reabrirlo por cualquiera de los medios indicados, tratando de obtener una resolución judicial que tiene exclusivamente esa fraudulenta finalidad, puesto que la jurisdicción ordinaria ya se ha pronunciado de forma definitiva en cuanto a la pretensión sostenida ante ella.

3. La presente demanda de amparo se interpuso dentro del plazo legal a partir del Auto de 2 de junio de 1986 de la Audiencia Territorial de Barcelona, que ponía fin a una serie de recursos contra la providencia de 11 de febrero del mismo año del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Barcelona, resolución que denegaba la notificación de la Sentencia del propio Juzgado de 29 de julio de 1982 y a la que, en definitiva, se imputaría la vulneración del Derecho constitucional que se alega, a una tutela judicial efectiva. Ahora bien, lo que es preciso analizar es si la pretensión deducida frente a dicho Juzgado y cuya denegación ha provocado este recurso de amparo era una pretensión ya rechazada previamente por el Tribunal Supremo y se trataba, por tanto, de una actuación procesal manifiestamente improcedente que, como

se ha indicado en el anterior fundamento jurídico, en modo alguno podría prolongar o reabrir el plazo establecido para plantear el recurso de amparo. En definitiva, ésta es la objeción que a la admisión de la demanda de amparo ha planteado la parte contraria.

4. La comprobación de lo anterior nos requiere realizar un sucinto análisis del curso del procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria del que trae causa la demanda de amparo, desde la perspectiva de las pretensiones que a lo largo del mismo ha deducido la ahora solicitante de amparo.

Inicialmente se entabla por «Fintra, Sociedad Anónima», una demanda de juicio declarativo ordinario contra don Alberto Guerra Soldevila, como consecuencia del incumplimiento por éste del plazo para la entrega del piso de su propiedad que les había vendido. Una vez recaída sentencia y en fase de ejecución es cuando doña Hortensia Granell Pi interviene por vez primera alegando que el procedimiento se ha llevado con su completo desconocimiento y solicitando certificación literal de las actuaciones, con la finalidad de combatir una sentencia ya firme que implicaba su lanzamiento de la casa que hasta ese momento había constituido el domicilio conyugal. Dicha solicitud es rechazada debido a la consideración de que no había sido parte en el procedimiento, accediendo sólo el Juez de Primera Instancia número 11 de Barcelona a proporcionarle certificación literal de las providencias denegatorias de su solicitud.

Doña Hortensia Granell Pi interpone entonces recurso de revisión en el que sostiene que la sentencia estimatoria obtenida por «Fintra, Sociedad Anónima», frente a su marido se debía a una maquinación entre demandante y demandado para desahuciarla del domicilio conyugal sin su conocimiento y oposición, y argumentando que debía haber sido necesariamente parte en el procedimiento. El Tribunal Supremo, sin embargo, declara no haber lugar al recurso por considerar que estaba bien constituida la relación procesal en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia y que la recurrente carecía, por tanto, de legitimación para plantear el recurso de revisión al no haber sido parte en el mencionado anterior procedimiento. Le quedaba a doña Hortensia Granell Pi, según rezaba la resolución del Tribunal Supremo, el procedimiento declarativo ordinario para la defensa de sus derechos sobre el piso propiedad de su marido y vendido por éste a «Fintra, Sociedad Anónima». Es meridianamente claro, por tanto, que el Tribunal Supremo contestó a la reclamación de la recurrente de que debía haber sido llamada a juicio en la demanda inicial rechazándola y declarando que de los hechos no resultaba que hubiera debido ser parte en el proceso pese a los fundamentos legales alegados por la recurrente.

Por último, después de este pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo, doña Hortensia Granell Pi vuelve al Juzgado de Primera Instancia reclamando, de forma análoga a sus solicitudes iniciales anteriores al recurso de revisión, que se le notificase la sentencia recaída en el pleito entre «Fintra, Sociedad Anónima», y su marido para poder recurrir contra ella, lo que evidentemente se le deniega, alegando exactamente lo mismo que cuatro años atrás, que no era procedente por no haber sido parte en el procedimiento. Dicha negativa se apoyaba ahora además en la sentencia recaída en el recurso de revisión, que ratificaba exactamente dicho pronunciamiento al haber afirmado que doña Hortensia Granell Pi ni había sido parte en el juicio declarativo inicial ni tenía derecho a haberlo sido.

5. De los hechos presentados en el anterior fundamento jurídico se deduce con toda claridad que concurre efectivamente la causa de inadmisión alegada por la parte contraria, y que en este momento procesal constituye causa de desestimación del recurso de amparo. En efecto, como hemos declarado en numerosas ocasiones, el agotamiento de la vía judicial antes de recurrir al recurso de amparo requiere hacer uso de todos los recursos ordinarios. Cabe también utilizar, aunque no sea preceptivo por lo general, aquéllos de carácter extraordinario u otras vías procesales que el afectado considere oportunas, siempre que no sean manifiestamente improcedentes o respondan a una finalidad fraudulenta como se indicaba en el fundamento jurídico 3.º Y este es el caso con que aquí nos encontramos, puesto que no es dudoso que si la recurrente en amparo consideraba que el haberle mantenido al margen del pleito entre «Fintra, Sociedad Anónima», y su marido constituía, como alegó ante el Tribunal Supremo, una violación de su derecho a una tutela judicial efectiva, debió recurrir ante nosotros una vez que el supremo Tribunal de la jurisdicción ordinaria desestimó de manera expresa dicha pretensión.

Sin embargo, tras la Sentencia del Tribunal Supremo en que bien explícitamente se rechaza la pretensión de la recurrente de ser tenida como parte, estimando por lo demás que su Derecho constitucional quedaba garantizado por la posibilidad de plantear un proceso declarativo ordinario, se insiste ante un órgano inferior en algo que quedaba ya excluido por una Sentencia firme del mencionado Tribunal Supremo. Es evidente que, incluso sin entrar a considerar si el Juzgado de Primera Instancia podía siquiera resolver en un sentido distinto a lo ya sentenciado en revisión por el Tribunal Supremo, la pretensión era manifiestamente improcedente y no contaba con ninguna posibilidad razonable de ser estimada por un órgano judicial que ya, desde un principio, con anterioridad a dicha sentencia de revisión, había manifestado su criterio contrario.

Por consiguiente, no es preciso entrar a considerar la posición mantenida por el Tribunal Supremo al afirmar que la integridad del derecho de la recurrente a una tutela judicial efectiva resulta respetado por la existencia de un procedimiento declarativo ordinario todavía no intentado, hubiera sido necesario, por el contrario, retrotraer las actuaciones al comienzo de la demanda inicial, o si nos encontramos ante un supuesto similar al de la STC 135/1986, de 31 de octubre, en la que este Tribunal consideró que, desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución, los artículos 96 y 1.320 del Código Civil hacen necesario llamar a juicio a ambos cónyuges para que la relación procesal quede bien entablada y no se produzca indefensión. Tan sólo en el momento procesal oportuno, tras la Sentencia del Tribunal Supremo, hubiera sido posible para este Tribunal Constitucional entrar a considerar el fondo del asunto, esto es, las alegaciones de la recurrente sobre su necesaria participación en la demanda que «Fintra, Sociedad Anónima», planteó en su momento para obtener la efectiva transmisión del piso que había adquirido. Al no hacerlo así la recurrente y haber iniciado en cambio actuaciones procesales manifiestamente improcedentes, dejó transcurrir el plazo de caducidad previsto en nuestra Ley Orgánica para entablar el recurso de amparo, por lo que éste resulta ahora sobradamente extemporáneo y ha de ser, en consecuencia, desestimado.

II. Resoluciones de la Dirección General

Por MANUEL CASERO MEJÍAS,
IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA
y JUAN PABLO RUANO BORRELLA

HIPOTECA CAMBIARIA: DIFERENCIAS CON LA HIPOTECA ORDINARIA CUYO CREDITO SE INCORPORA A LETRAS (RESOLUCIÓN DE 14 DE OCTUBRE DE 1986. «BOE», 25 OCTUBRE).

I) *Hechos*—En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Málaga don Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de aquella capital a inscribir una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca.

I

En la escritura pública autorizada el día 5 de diciembre de 1984 los esposos don José Sierra Pujazón y doña Antonia Martos Moreno reconocieron adeudar a la Entidad mercantil «Hijo de Diego Guerrero de las Peñas, Sociedad Anónima», la cantidad de 6.800.000 pesetas que se comprometen a abonar según la estipulación segunda de la mencionada escritura *a razón de 120.000 pesetas mensuales, para cuyo pago se han librado las letras de cambio que se reseñan a continuación*, con expresión de su clase, serie, número, vencimiento y cantidades, que han sido aceptadas por los deudores, siendo el vencimiento de la primera de ellas el próximo día 1 de enero de 1985 y de las restantes en igual día de los siguientes sucesivos meses. Por excepción y para complementar dicho pago en exactitud, la última de las cambiales se librará por la cantidad de 160.000 pesetas. En la estipulación tercera se hizo constar que *la falta de pago a su vencimiento de tan sólo una de las cambiales libradas para el pago de la deuda, dará derecho a la Entidad mercantil «Hijo de Diego Guerrero de las Peñas, Sociedad Anónima», a dar por vencido el plazo señalado para el pago y, en consecuencia, a exigir el total de la deuda y obtener su cobro pudiendo ejecutar la garantía hipotecaria que los deudores constituyen en esta escritura o ejercitar cualquier otra acción que correspondiese a dicha Sociedad para el cobro total de la referida deuda*. En garantía de la cantidad adeudada, así como de un 20 por 100 para costas

y gastos en su caso, doña Antonia Martos Moreno *constituye hipoteca voluntaria sobre la finca urbana descrita en la escritura, a favor de la Entidad mercantil* «Hijos de Diego Guerrero de las Peñas, Sociedad Anónima», que, representada en este acto por don Ricardo Calatayud Uriós, la acepta.

II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de Málaga fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción de *hipoteca de garantía de distintas letras de cambio*, a que se refiere el precedente documento, por los siguientes defectos: 1. Pactarse el vencimiento anticipado de la hipoteca por falta de pago de cualquiera de las letras a su vencimiento sin establecerse la prevención de que para el ejercicio de la acción hipotecaria sea requisito inexcusable la aportación a la demanda de todas las cambiales de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 1978.—2. No manifestarse por el Notario autorizante que en cada una de las letras se han expresado los datos de constitución de la hipoteca, a efectos de la correspondiente identificación.—Y siendo insubsanable el primero de los expresados defectos, procede denegar la inscripción solicitada.—Málaga, 29 de enero de 1985.—El Registrador.—Firma ilegible.»

III

El Notario autorizante de la escritura interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación, para lo cual alega: Que los defectos señalados por el Registrador están apoyados en una *premisa previa*, como es la de que se trata de una «*hipoteca en garantía de distintas letras de cambio*», y por ello estima que no se han cumplido dos de los requisitos que se exigen en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de octubre de 1978. Es en esta premisa donde se encuentra el error de la calificación registral, ya que *no se trata de una hipoteca cambiaria, sino de una hipoteca ordinaria* que garantiza una deuda para cuyo pago se han librado varias letras. Se trata en síntesis de asegurar la *obligación causal* y de ningún modo las diferentes letras de cambio que se han librado para el pago de la obligación. La hipoteca ordinaria es la habitual en nuestro Derecho, ya que la cambiaria ofrece especiales peculiaridades y por eso son los particulares quienes deben hacer la elección. En la escritura calificada *resulta claro que se está constituyendo una hipoteca ordinaria, ya que en la estipulación cuarta no se indica, como hubiera sido necesario en una hipoteca cambiaria, que se constituye en garantía de las letras de cambio* o de cualquier otra forma similar, y lo mismo sucede en la *estipulación quinta*, en la que se está hablando de la relación causal o contrato y de su influencia en la ejecución hipotecaria, lo que no tendría sentido en una hipoteca cambiaria en la que las vicisitudes de la relación causal no pueden afectar a terceros tenedores. Por otra parte, en la misma estipulación cuarta *la hipoteca se constituye a favor de la Entidad mercantil*

«Hijo de Diego Guerrero de las Peñas, Sociedad Anónima», es decir, a favor del acreedor de la obligación principal que es una persona concreta y determinada, al contrario de lo que sucede en la hipoteca cambiaria en que una de sus peculiaridades está en la indeterminación del acreedor hipotecario, que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos, o dicho de otro modo, no es posible fijar *a priori* quién será el acreedor-tenedor en el futuro. Por eso la hipoteca cambiaria no puede constituirse en garantía de una persona o acreedor concreto, sino en garantía del tenedor de las cambiales y de los sucesivos endosatarios o tenedores legítimos. Por último, en la hipoteca cambiaria es también esencial la posibilidad de ejecución aislada por los tenedores cambiarios que supone una ejecución parcial de la misma por razón de las cambiales que hayan ido a la ejecución, subsistiendo la hipoteca respecto de las demás. *En la hipoteca que nos ocupa no se pacta esta posibilidad de ejecución aislada*, sino que se sigue la fórmula de la hipoteca ordinaria y se vuelve a aludir exclusivamente a la obligación principal como causa de ejecución hipotecaria. En síntesis, la hipoteca denegada es una hipoteca ordinaria y no una hipoteca cambiaria.

IV

El Registrador de la Propiedad número 2-II de Málaga en defensa de la nota alegó: No se trata de una hipoteca ordinaria, pues si se quisiera asegurar la obligación causal *habrían de haberse determinado las circunstancias de la relación obligatoria, y los presupuestos de la prestación*, por lo que se hubiera infringido el artículo 1.273 del Código Civil. Así pues, *al no expresarse la relación jurídica subyacente*, ya que la escritura calificada sólo alude como origen de la deuda «a relaciones comerciales mantenidas entre ambas partes»; si además el impago de cualquiera de las cambiales da lugar al vencimiento del contrato, y a efectos del ejercicio de la acción hipotecaria *se señala como fecha de vencimiento de la hipoteca la de las letras*, no aparece inconsecuente calificarla como hipoteca cambiaria, y ello aunque en el título constitutivo no se haga constar así al no ser necesario el empleo de fórmulas o palabras sacramentales. *El hecho de que la hipoteca se constituye en favor de una persona concreta y determinada no indica que no pueda ser una hipoteca cambiaria*, ya que el acreedor único puede seguir como tenedor de la letra durante todo el desarrollo de la relación jurídica cambiaria, o por virtud de uno o varios endosos, ser persona distinta, lo que puede tener lugar con arreglo al artículo 150 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente en todos los derechos pactados a favor del acreedor hipotecario se subrogan por ministerio de la Ley los endosatarios o tenedores sucesivos de las letras. El hecho de que no haya habido pacto para la ejecución parcial en el caso de que estén garantizadas varias letras no es una prueba de que se haya constituido una hipoteca ordinaria, ya que la posibilidad de realizar la referida ejecución parcial la ha propugnado casi unánimemente la doctrina al amparo del artículo 155, 2, de la Ley Hipotecaria y el 227 de su Reglamento, o sea, aplicando la regulación prevista para el supuesto de hipotecas simultáneas y así lo confirma la Resolución de 31 de octubre de 1978.

El excelentísimo señor Presidente de la Audiencia Territorial de Gra-

nada CONFIRMO la nota del Registrador en virtud de razonamientos análogos a los expresados por este último funcionario.

11) *Doctrina de la Dirección General.—Fundamentos de Derecho.* Vistos los artículos 1.129, 1.273, 1.281 a 1.286 del Código Civil; las Sentencias de 8 de marzo de 1956, 13 de junio de 1959, 3 de febrero de 1973 y 3 de noviembre de 1981 y las Resoluciones de este Centro de 31 de octubre de 1978, 2 de septiembre de 1983 y 4 de julio de 1984.

1. Toda la cuestión que plantea este expediente deriva de la distinta postura que acerca de la escritura calificada mantienen Notario y Registrador, ya que el primero entiende que el documento recoge la constitución de una hipoteca ordinaria, mientras que el segundo al estimarla como hipoteca cambiaria señala dos defectos, que lo serían solamente si se tratase de este último tipo de garantía real.

2. La lectura del instrumento calificado revela que la voluntad de las partes ha sido constituir una hipoteca ordinaria. En efecto:

a) Se garantiza la relación jurídica subyacente, que consiste en un reconocimiento de deuda de una cantidad determinada, consecuencia de las relaciones comerciales *inter partes*. *Figura esta del reconocimiento de deuda que ha sido admitida como válida y lícita* en varias Sentencias del Tribunal Supremo (cf. vistos), calificada como negocio de expresión abstracta en base al artículo 1.277 del Código Civil. En ningún momento, por el contrario, expresan las partes que hayan pretendido constituir una hipoteca en garantía de obligaciones cambiarias.

b) Queda claramente determinado el objeto a través de la cantidad adeudada —6.800.000 pesetas—, así como la no existencia de intereses, y la forma de pago de la obligación principal, fraccionado en sucesivos plazos de 120.000 pesetas mensuales, para cuyo pago se emiten las letras de cambio que se reseñan.

c) Impagado un plazo se produce el vencimiento del contrato y ejecución por la integridad cláusula 5.ª *No se pacta, pues, que se produzca el vencimiento anticipado de las cambiarias*. Todo ello sin entrar a discutir acerca de esta cláusula de vencimiento anticipado, salvo en lo concerniente a conocer la voluntad de las partes, que es la cuestión planteada.

d) En la cláusula décima se matiza que es la obligación personal la garantizada con la hipoteca.

e) Y finalmente desde un punto de vista negativo, el no haberse tenido en cuenta los requisitos específicos de la hipoteca cambiaria, como su constitución a favor del aceptante de la hipoteca y sucesivos tenedores de las letras, así como el no cumplimiento de las formalidades señaladas en los dos defectos de la nota, propias de la hipoteca cambiaria.

Todo ello permite concluir que la intención de las partes —artículos 1.281 a 1.286 del Código Civil— a través de la interpretación de su voluntad fue constituir una hipoteca ordinaria.

La Dirección General ha acordado revocar el auto apelado.

III) COMENTARIO.—Vuelve a incidir esta Resolución en un tema tan actual como la hipoteca cambiaria, a pesar de los años transcurridos desde que se planteó su problemática; esta vez, sin embargo, sobre un aspecto quizá menos tratado por la jurisprudencia, como es su concepto.

El supuesto contemplado hace referencia a una hipoteca en garantía de una deuda, para cuyo pago se han librado unas letras. El Registrador al calificar da por supuesto que se trata de una hipoteca cambiaria, incluso la nota denegatoria comienza diciendo: Denegada la inscripción de hipoteca de garantía de distintas letras de cambio... Bajo esta óptica los defectos alegados parecen lógicos. Incluso creo que con los simples antecedentes que se transcriben en la Resolución debió añadirse algún defecto más, como la no constitución a favor de los titulares presentes y futuros, como expresamente exige la Resolución de 2 de noviembre de 1983. Posteriormente volveré sobre este punto.

El Notario autorizante, en su informe «niega la mayor», es decir, se opone a la calificación como hipoteca cambiaria, considerándola ordinaria, con los que los defectos desaparecerían. El Registrador en su informe insiste en su punto de vista, aunque algo parece atisbar sobre el presumible fallo de la Dirección, pues alega para fundamentar su tesis la no expresión, o al menos expresión deficiente, de la relación subyacente; es decir, parece llegarse a calificar la hipoteca como cambiaria por no expresarse correctamente la relación garantizada. ¿No sería más lógico en este caso calificar la hipoteca como ordinaria, pero considerando defecto la no concreción de la obligación garantizada?

El Centro Directivo revoca la nota con la afirmación categórica en su segundo fundamento de que la voluntad de las partes ha sido constituir una hipoteca ordinaria: Sentada esta premisa, la revocación resulta una consecuencia automática.

¿Era o no una hipoteca cambiaria? A la vista del resumen de la escritura que se contiene en la Resolución coincido con su calificación como ordinaria. Ocurre, sin embargo, que el giro de unas letras puede inducir a confusión, generando una serie de problemas, alguno de los cuales apuntaré más adelante. Por lo demás, este tipo de hipotecas, en las que la deuda se incorpora a letras, empieza a ser frecuente en la práctica, supongo que para negociar las cambiales, pues no es mucha la garantía que añade para el acreedor (basta consultar cualquier estadística sobre impago de letras, y no creo que la nueva Ley cambiaria vaya a reducir estas cifras).

Digo antes que el supuesto contemplado afecta al concepto mismo de la hipoteca cambiaria. ¿Qué es una hipoteca cambiaria, y cuándo deja de serlo para convertirse en ordinaria? Quizá en esta materia falte hoy en día todavía un estudio definitivo de esta figura (recientemente ha aparecido una monografía titulada *La hipoteca en garantía de letras de cambio* —Editorial Reus—, debida al Catedrático de Derecho civil GONZÁLEZ PORRAS, con una admirable síntesis de lo publicado sobre el tema hasta nuestros días, con ciertas aportaciones originales en algunos puntos, incluso en contra de tendencias seguidas por la jurisprudencia).—Ver resección de ANTONIO MANZANO SOLANO en el número 582, septiembre-octubre, de esta REVISTA, página 1650.

Conocidas son las diversas posturas sobre la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, hoy ya convertidas en puras discusiones teóricas, dada su total aceptación por la Dirección General, incluso por el propio legislador (por ejemplo, en el artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento). De ahí que en los últimos años las discusiones giren ya más bien en torno a la aceptabilidad de determinados pactos, pero no de la hipoteca en sí. Pero con todo el concepto mismo

de esta figura sigue resultando de difícil comprensión en muchos aspectos. Ya nada menos que don JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien encabezó la oposición a este tipo de hipoteca, afirmó (en su estudio la hipoteca de seguridad, hoy recogido en sus *Nuevos estudios de Derecho Hipotecario*, tomo II, páginas 83 y siguientes, y muy especialmente en la página 104) que «a pesar de que la letra de cambio es el tipo por excelencia del papel a la orden, se resiste la técnica hipotecaria a protegerla con sus principios. Una letra garantizada con hipoteca es una contradicción. El Código Civil alemán, para evitar dudas, menciona las letras separadamente. Pero entendiéndose bien: La hipoteca que las garantiza es de seguridad necesariamente, y si se constituye una hipoteca ordinaria en garantía del crédito contenido en la letra, el régimen sería completamente distinto».

Y TIRSO CARRETERO (en su insuperable comentario a la Resolución de 31 de octubre de 1978 en esta misma Revista, número 540, septiembre-octubre 1980, páginas 1.165 y siguientes, de imprescindible lectura para cualquiera que quiera estudiar esta figura, con una extensa referencia al Derecho comparado, singularmente el alemán, como no podía ser menos tratándose de este autor) decía: «La llamada hipoteca cambiaria es una figura jurídica difícil, como corresponde a su condición de frontera entre Derecho civil y Derecho mercantil. Es también plural por las múltiples funciones económicas que la letra de cambio puede cumplir. Por todo ello es frecuente que se la distinga mal de otras figuras que acampan también en la misma línea fronteriza entre el Derecho hipotecario y el mercantil y que resultan de garantizar con hipoteca las más variadas relaciones de negocios en las que juegan, de muy diverso modo, letras de cambio y operaciones de descuento».

El carácter fundamental de la hipoteca cambiaria es que garantiza el crédito del titular de la letra, o, en palabras de SAPENA («Hipoteca cambiaria», en *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre 1956, página 254), quien está legitimado para proceder como acreedor cambiario lo está también para realizar la garantía hipotecaria. GONZÁLEZ LAGUNA (en su trabajo sobre esta figura en esta misma Revista, número 533, julio-agosto 1979, págs. 869 y sigts.) define esta hipoteca como aquella establecida en garantía del pago cambiario de una o varias letras ya emitidas o que se emiten en el acto de la constitución de la hipoteca. Quedarían, por tanto, excluidas: A) Las hipotecas que garantizan la relación subyacente y no la propiamente cambiaria; B) las que garanticen el pago extracambiario de la letra y D) las que garanticen letras a emitir, si bien cabe una hipoteca de *maximum* por esas letras, como obligaciones futuras.

Resulta, pues, claro que la característica fundamental de la hipoteca cambiaria es que garantiza el crédito cambiario. Pero ¿qué circunstancias pueden llevarnos a calificar una hipoteca como cambiaria, y no ordinaria, en caso de dudas? No es este el lugar para intentar un resumen de toda la jurisprudencia sobre esta figura, pero sí quiero resaltar brevemente algunas importantes Resoluciones, que pueden servir para perfilar algo el problema que me ocupa. Son las siguientes:

Resolución de 10 de noviembre de 1925: Es quizá la primera resolución que trata directamente este tema. La escritura calificada era sumamente compleja, y curiosamente con algún problema parecido al contemplado en la comentada. En lo que ahora me interesa, se constituyó una hipoteca «en garantía del pago de once letras»..., garantizando a favor de don. .,

quien queda en libertad de endosar a cualquier persona las expresadas letras (lo cual resulta obvio, aunque no aclara si se transmite con ello la hipoteca). Más adelante la escritura añadía: «en garantía del pago puntual a los respectivos tenedores de las letras..., doña ... constituye hipoteca especial en favor del otorgante don ...». Como se ve, la escritura no era un prodigio de claridad, y no quedaba claro si la hipoteca constituida era ordinaria o cambiaria (en sus respectivos informes el Notario la califica de ordinaria y el Registrador de cambiaria). La Dirección General confirmó la nota, dada la falta de claridad de la escritura, y además por entender que habría de aplicarse al supuesto los preceptos que regulan las hipotecas en garantía de títulos endosables. Merece resaltarse el cuarto considerando, que ha sido estimado como el más claro antecedente de la admisión de la hipoteca cambiaria en la jurisprudencia de la Dirección General.

Resolución de 16 de junio de 1936: Suele citarse entre las relativas a la hipoteca cambiaria, pero en realidad no aborda el problema. Me interesa resaltar cómo en la escritura calificada se establecía una hipoteca que, entre otras, garantizaba «la efectividad de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio se hayan expedido o se expidan»..., en las condiciones que se detallaban. El Centro Directivo entendió admisible la escritura, calificándola como de máximo.

Resolución de 26 de octubre de 1973: Es sin duda la que da carta de naturaleza a la hipoteca cambiaria, por lo demás sobradamente conocida. Pueden verse al respecto entre otros los comentarios de FERNÁNDEZ CABA-LEIRO en esta misma Revista, número 501, marzo-abril de 1974, o de CHICO ORTIZ, en *Anuario de Derecho Civil*. Simplemente resalto ahora cómo en su segundo considerando expresamente afirma que entre las peculiaridades de esta hipoteca destaca la indeterminación del acreedor hipotecario, que no resulta de los libros registrales, y que será el tenedor legítimo de la letra en el itinerario de los sucesivos endosos que se hayan realizado.

Resolución de 31 de octubre de 1978: Reitera definitivamente la admisibilidad de la hipoteca cambiaria, abordando el estudio de diversos pactos. Sobre esta Resolución me remito al comentario de TIRSO CARRETERO, antes citado (pueden igualmente verse otros comentarios a cargo de CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en *Revista de Derecho Privado*, 1979, o CHICO ORTIZ, en *Anuario de Derecho Civil*, 1981).

Resolución de 18 de octubre de 1979: En ella ya no se discute la admisibilidad de esta figura, sino diversos aspectos de la misma. Destaco ahora entre los defectos apreciados por el Registrador el primero de ellos, que consistía en «no determinarse debidamente el contenido y extensión de las obligaciones garantizadas e incorporadas a la letra de cambio.» (el Registrador admitía estar suficientemente identificadas las cambiales). La Dirección General en el tercer considerando afirma que «el hecho de que a una garantía de tipo cambiario se le superponga otra de naturaleza real, como es la hipotecaria, no implica que haya una total dependencia entre una y otra, pues cada una tiene su propia virtualidad, y por eso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, habrá de hacerse constar en la escritura la naturaleza y extensión del derecho que se va a inscribir, lo que aparece reflejado en el documento calificado al figurar la cantidad garantizada, el vencimiento y lugar de pago, así como las personas del deudor-librado y acreedor-tenedor de la letra, sin que

sea posible fijar *a priori* quiénes serán estos últimos en el futuro, al ser esta precisamente la especialidad que caracteriza a este tipo de hipotecas, en que la determinación del acreedor-tenedor tiene lugar extrarregistralmente, y sin que, por otra parte, sea necesario hacer constar en dicha escritura aquellos requisitos que, exigidos por el artículo 444 del Código de Comercio (entonces vigente) para que la letra de cambio pueda producir todos sus efectos, son indiferentes desde el punto de vista hipotecario». Resulta, pues, de esta Resolución que tratándose de hipoteca en garantía de letras de cambio, le es esencial la debida identificación de éstas.

Resolución de 2 de septiembre de 1983: Constituye sin duda el precedente jurisprudencial básico para el tema que me ocupa. Se trataba de una hipoteca en garantía de veinticuatro letras aceptadas por los hipotecantes, y de las que era tenedora la Compañía X. El Registrador consideró defecto no establecerse en favor de quien se constituye la hipoteca añadiendo a continuación otros defectos para el supuesto de que se tratase de una hipoteca cambiaria. El Notario recurrente alegó no ser necesario determinar a favor de quien se constituye, pues las acciones hipotecarias podrá ejercitarlas quien sea tenedor legítimo de las letras de cambio. El Registrador, por su parte, en su informe reiteró la necesidad de que la hipoteca se constituyese a favor del tenedor actual de las letras y de los tenedores sucesivos, utilizando la fórmula del artículo 154 de la Ley Hipotecaria. La Resolución confirma la nota y afirma textualmente en el tercer considerando que «hay que estimar insuficientemente designada en la escritura la persona del acreedor, pues para la posibilidad de transmitir mediante la cláusula de endoso de los títulos garantizados con hipoteca, siempre puede subsistir la duda de si la intención de las partes era constituir exclusivamente la hipoteca a favor de este primer tenedor o también, como parece lo más probable, a favor de los futuros tenedores de la obligación, y en todo caso al cumplir con este requisito quedaría desvanecida la duda de si la hipoteca se constituyó sobre el crédito que garantizan las cambiales o se trata de una hipoteca cambiaria», añadiendo en el siguiente considerando que a pesar de que el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, al regular la constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador no lo regula de forma completa, entre sus requisitos sí exige, cuando los títulos sean al portador, la constancia expresa de la hipoteca a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones, y esta circunstancia es asimismo aplicable al otro supuesto, dado que en este aspecto hay un idéntico fundamento.

Como antes dije, esta Resolución de 1983 resulta básica para el tema que ahora comento, pues establece, como no podía ser menos, la necesidad de que la hipoteca cambiaria se constituya expresamente a favor del tenedor actual y los tenedores sucesivos de las letras. En caso de duda sobre el tipo de hipoteca constituida, habrá, pues, que atender primordialmente a la cláusula de constitución de la misma para determinar su exacta naturaleza, y calificarla como cambiaria u ordinaria. Por eso digo al comienzo de este comentario que resulta extraño que el Registrador, al calificar el supuesto como hipoteca cambiaria, no considere defecto el no expresarse quedar constituida a favor del tenedor actual o tenedores sucesivos de las cambiales, añadiendo incluso en su informe, como vimos, no ser ello necesario.

Resolución de 4 de julio de 1984: Aparece citada en los vistos, sin que

la misma se refiera a la hipoteca cambiaria, sino a la determinación de la obligación garantizada con hipoteca. Contempla un supuesto de hipoteca en «garantía del pago de diversas operaciones comerciales, así como en garantía de las renovaciones que se verifiquen de las mismas en cualquier fecha o de otras nuevas que se concierten en adelante, y de sus intereses, comisiones y gastos...». El Registrador suspendió la inscripción por no respetarse el principio de especialidad, por indeterminación de las líneas fundamentales del crédito, especialmente en cuanto a la falta de señalamiento de un plazo de vencimiento del crédito garantizado. La Dirección General, asimilando la hipoteca a la establecida en garantía de una cuenta corriente de crédito, entiende debe fijarse una determinación temporal de los créditos ya existentes al constituirse la hipoteca, y a la fecha final de liquidación de las operaciones garantizadas. Esta Resolución es citada en los vistos para rebatir los argumentos del Registrador, que, como digo, anteriormente alega en su informe la falta de concreción de la obligación garantizada. Desarrollan este punto los apartados a) y b) del fundamento de Derecho segundo, que, por su claridad, no merecen mayor comentario.

Hasta aquí la jurisprudencia de la Dirección General, de la que puede deducirse que en todo caso será la intención de las partes la que habrá de interpretarse para calificar la hipoteca como cambiaria u ordinaria. Y el dato fundamental para esta interpretación debe ser la cláusula de constitución de la hipoteca (Resolución de 2 de septiembre de 1983), donde deberá determinarse a favor de quién se constituye, y como consecuencia si lo que se garantiza son las letras de cambio (constituyéndose, por tanto, a favor de los tenedores presentes o futuros de las mismas) o la relación subyacente. Lo que sí resulta evidente es que una vez interpretada la voluntad de las partes la calificación ha de ser consecuente con esa interpretación y aplicar todos los preceptos legales y criterios jurisprudenciales al tipo de hipoteca que en principio se ha constituido.

Quiero terminar este comentario con una rápida alusión a diversos problemas y especialidades que presenta la hipoteca ordinaria, en la que el crédito garantizado se incorpora a letras de cambio. Además, como antes advierto, esta figura se ha generalizado en la práctica, a mi juicio con más de un peligro para el deudor, incluso con cláusulas un tanto sorprendentes, como la que establece que el giro de letras no implica duplicidad de pago, lo que, por lo demás, como ahora diré, no está tan claro. Veamos algunas de esta peculiaridades:

TITULAR DEL CRÉDITO GARANTIZADO: La hipoteca se constituye en garantía de una obligación personal, generalmente producto de un reconocimiento de deuda, como en el supuesto examinado en esta Resolución, con un acreedor perfectamente determinado. Pero la deuda se incorpora a letras de cambio que, por lo general, son objeto de tráfico cambiario. Una vez endosada la letra, el nuevo tenedor se constituye en legítimo titular del crédito que incorpora. Pero, sin embargo, este nuevo tenedor de la letra ya no tendrá su crédito garantizado con la hipoteca, al no llevar el endoso consigo la transmisión de la hipoteca (sí lo llevaría lógicamente si la hipoteca fuese cambiaria), pues, al tratarse de una hipoteca ordinaria, la transmisión del crédito hipotecario habrá de hacerse con los requisitos del artículo 149 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento (igualmente art. 1.878 CC).

Surge así la paradoja de que, al circular las letras, la hipoteca «no asegura nada». El titular de la misma ya no es titular del crédito garantizado, y el titular de dicho crédito no se encuentra garantizado con la hipoteca, sin que, por tanto, pueda ejecutarla en caso de impago de la letra. De ahí que para el supuesto de circulación de las cambiales la hipoteca deviene innecesaria, salvo el supuesto de que a través del tráfico cambiario el primitivo tenedor devenga de nuevo legítimo tenedor de la misma.

CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA: Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, la cancelación de la hipoteca deberá realizarla el primitivo acreedor, ya no titular del crédito garantizado tras la circulación de las cambiales. Incluso podrá proceder a su cancelación una vez endosadas las letras, sin riesgo alguno para él, aun antes de su vencimiento, toda vez que, como antes digo, la hipoteca ya no le garantiza nada a él ni al endosatario. Es, por tanto, a dicho acreedor hipotecario a quien debe solicitar el deudor la cancelación una vez pagadas las letras, aun cuando el pago se haya realizado a otras personas.

EJECUCIÓN EN CASO DE IMPAGO: Es en este supuesto en el que pueden plantearse graves injusticias para el deudor. Derivan estas dificultades de la dualidad que se produce entre acreedor hipotecario y titular del crédito garantizado siempre que las letras circulen a través del tráfico cambiario.

Veamos el supuesto contemplado por la Resolución: Se trata de un reconocimiento de deuda, que, como antes digo, suele ser el origen normal de este tipo de hipotecas. Contiene la escritura una cláusula al amparo de la cual la falta de pago a su vencimiento de una sola letra dará derecho al acreedor para dar por vencido el plazo señalado y exigir *el total de la deuda, y obtener su cobro* (nótese cómo no habla para nada de presentar todas las letras para esta ejecución, pues se trata de una hipoteca ordinaria). La Dirección General, en el apartado c) del segundo fundamento de Derecho aborda esta cláusula, dándole validez, sin perjuicio de una no muy clara frase al decir ...sin entrar a discutir acerca de esta cláusula de vencimiento anticipado... ¿Qué significan estas palabras? ¿Que esta cláusula puede no ser válida? ¿O está la Dirección refiriéndose al posible vencimiento anticipado de las cambiales, supuesto ya estudiado en otras resoluciones?

Resulta, pues, claro que, impagada una letra, y estando ésta en poder del acreedor hipotecario, éste podrá reclamar la totalidad de la deuda y ejecutar la hipoteca por dicha totalidad. ¿Qué ocurre entonces con las demás letras de vencimiento posterior? Es evidente que las mismas podrán presentarse al cobro a medida que vayan venciendo. El tema, como veremos, tiene fácil solución si el tenedor sigue siendo el primitivo acreedor, pero no para el supuesto de que las cambiales hayan sido objeto de tráfico. El deudor, pues, como consecuencia del impago de una letra, soporta la ejecución de la deuda total, y se encuentra con que con posterioridad se le presentan al cobro las letras pendientes, con lo que aparentemente, si está obligado a pagar estas letras, «pagará dos veces». Ante la presentación al cobro de estas letras posteriores, ¿qué podrá alegar el deudor, aceptante de estas letras?

En principio el aceptante de la cambial puede oponerse al pago de una de estas dos formas: 1) demostrando que el que reclama al pago no tiene derecho a cobrar el crédito, y 2) o demostrando que él no tiene obli-

gación de pagar. El primer punto requiere demostrar, por tanto, que quien pretende cobrar la letra no está legitimado activamente, lógicamente por no ser tenedor actual de la misma a través del consiguiente tráfico cambiario. No es este el punto que ahora quiero examinar; en el supuesto contemplado considero que quien presenta las letras posteriores al cobro es legítimo tenedor de las mismas: No se olvide, sin embargo, que la legitimación formal derivada de la posesión del título lo que establece es una presunción de titularidad del crédito, que, por tanto, admite prueba en contrario: En este sentido, véase cómo el artículo 19 de la Ley Cambiaria habla de «*se considerará portador legítimo*».

Es el segundo punto, es decir, la demostración de la no obligación de pago, lo que ahora me interesa. La respuesta habrá que buscarla en la teoría de las excepciones cambiarias. La Ley Cambiaria regula estas excepciones fundamentalmente en sus artículos 20 y 67. Dispone el 20: «El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido *a sabiendas* en perjuicio del deudor». El artículo 67 por su parte dispone: «I.—El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. II.—También podrá oponer aquellas personales que él tenga frente a tenedores anteriores si al adquirir la letra han procedido *a sabiendas* en perjuicio del deudor. Además podrá oponer las excepciones siguientes: 1.º Las que afecten a la existencia o validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la letra. 2.º Las fundadas en la falta de legitimación del tenedor de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley. 3.º Las que supongan la extinción del crédito hipotecario cuyo cumplimiento se exige al demandado».

Al amparo de estos preceptos y algún otro concordante, dentro del conjunto de excepciones previstas por la Ley Cambiaria (sigo en este punto el exhaustivo trabajo de CÁNDIDO PAZ ARES, «Las excepciones cambiarias», incluido dentro del volumen *Derecho Cambiario: Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, bajo la dirección de AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Editorial Civitas, págs. 251 y sigts.) pueden distinguirse las *excepciones cambiarias absolutas*, oponibles *erga omnes*, que afectan a la validez de la obligación cambiaria derivada de la apariencia, *excepciones cambiarias relativas*, que afectan a la obligación cambiaria derivada del contrato de entrega (el citado autor las llama excepciones de validez), y *excepciones extracambiarias*, que sólo pueden ser esgrimidas frente al acreedor que sea parte en la relación personal en que se fundan. A su vez pueden clasificarse en excepciones no excluibles, que no puede excluir ni el tercero de buena fe (coincidentes con el primer grupo de la anterior clasificación) y excluibles (que incluyen los otros dos grupos).

Volviendo a nuestro supuesto, distingo:

1) *Letra que no ha circulado*: Por tanto, es el primitivo tenedor (acreedor hipotecario) el que presenta las letras posteriores al cobro. Aquí no deben plantearse problemas; serán de aplicación los artículos 20 y 67, I, de la Ley Cambiaria. Es decir, existe una ilimitada oponibilidad *inter partes* de las llamadas excepciones extracambiarias, que se producen en el plano de las relaciones subyacentes, pudiendo, por tanto, esgrimirse contra el tenedor con el cual el deudor mantiene una relación personal,

hoy en día, además, cualquiera que sea el cauce a través del cual se produzca la reclamación: Juicio ejecutivo o declarativo. Incluso podría traerse aquí a colación el número 3.º del artículo 67, II, relativo a la extinción del crédito, sobre el que luego volveré. Resulta, pues, claro que si el acreedor hipotecario ha ejecutado la deuda por la totalidad una vez impagada una letra, y luego presenta al cobro las posteriores, el deudor aceptante podrá alegar esta circunstancia y así no volver a «pagar» por segunda vez.

2) *Letra que ha circulado a través del tráfico cambiario*: Aquí ya no es el primitivo tenedor, acreedor hipotecario, quien presenta las letras posteriores al cobro, sino un tercero que ha venido a constituirse en legítimo tenedor a través del correspondiente endoso. Frente a este nuevo tenedor ya no serán, pues, de aplicación los artículos 20 y 67, I, pues aquí ya no existen relaciones personales entre el deudor y el tenedor de la letra que la presenta al cobro. Este tercero adquiere la cambial confiando en la validez de la obligación que incorpora: Esta obligación deriva no de la relación subyacente, sino de la apariencia creada por la puesta en circulación de la letra. De ahí que frente a ese tercero en principio no puedan oponerse aquellas excepciones que afectan a esa obligación cambiaria derivada de la apariencia.

Si este tercero lo es de mala fe («a sabiendas en perjuicio del deudor», dicen los artículos 20 y 67, I, como vimos), le serán oponibles las mismas excepciones personales que existen frente al primitivo tenedor. ¿Pero y si es de buena fe? Obviamente no es este el lugar para un estudio detallado de las excepciones oponibles al tercero de buena fe (art. 67, II, de la Ley Cambiaria, fundamentalmente), pero sí diré que a pesar de la dicción literal de dicho artículo 67, II, sobre todo de su número 3.º, entiendo que a ese tercero el deudor aceptante no le podrá oponer como excepción el haber sido ejecutado ya por la totalidad. Y esto es así, porque, como dice PAZ ARES en el citado trabajo, dicho precepto se limita a catalogar algunos tipos de excepciones, sin calificarlas ni como personales (oponibles *inter partes*) ni como reales (y, por tanto, oponibles a tercero de buena fe). En lo que hace al número 3.º (extinción del crédito cambiario), algunas excepciones serán reales, y, por tanto, oponibles al tercero de buena fe, como la prescripción, pues pueden inferirse del texto de la letra. Otras, sin embargo, serán personales, como el pago, y en este sentido sólo podrán esgrimirse contra un determinado acreedor; en el caso del pago, por ejemplo, contra el que haya cobrado. Por tanto, entiendo que esta excepción no podrá oponerse al tercero de buena fe. PAZ ARES abunda en argumentos para esta interpretación, fundamentalmente la protección debida al tenedor adquirente de buena fe, que confía en la apariencia derivada de la letra. En palabras de AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Obra colectiva citada, pág. 508), quien firma una letra crea una *apariencia* que le es imputable, por lo que debe responder frente a tercero de buena fe.

Por tanto, si las letras están en poder de un tercero de buena fe, el aceptante de las mismas deberá pagarlas, a pesar de haber sufrido ya la ejecución por la totalidad de la deuda. Por eso advierto antes los peligros que implica este tipo de hipotecas: Desde luego mi consejo es que el deudor se lo piense dos veces antes de firmarla.

Entregado ya este comentario a la imprenta se publica la Resolución de 17 de septiembre de 1987 (BOE del 2 de octubre), que aunque no

aborda un tema parecido al de la ahora comentada, sí tiene cierta relación con ella, especialmente con el último de los problemas apuntados. Contempla esta nueva Resolución un supuesto de resolución de compraventa por impago del precio aplazado, representado por letras de cambio, garantizado con condición resolutoria. En lo que ahora me interesa, el Registrador estimó defecto el no haberse puesto a disposición del comprador las letras pendientes de pago. La Dirección General confirma el defecto en su último Fundamento de Derecho, que dice así: «Por otra parte, al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 23 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978—, en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente *tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria*, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas giradas como instrumento de pago del precio estipulado». La cuestión ya había sido abordada por la Resolución de 29 de diciembre de 1982. Es más, el Fundamento de Derecho transcrito es copia casi exacta del último considerando de la Resolución de 1982.

Sin perjuicio de un estudio más detallado cuando esta Resolución de 27 de septiembre de 1987 sea objeto de comentario, quiero ahora llamar la atención cómo en el supuesto de condición resolutoria en garantía del precio aplazado no podrá darse el problema de doble ejecución al exigirse, con arreglo a esta Resolución (y la de 1982), que se pongan a disposición del comprador las letras de vencimiento posterior. Si las letras han circulado no parece, por tanto, que pueda resolverse la venta por esta vía del artículo 59 del Reglamento Hipotecario. Cabría, no obstante, plantearse si habiendo endosado las cambiales puede resolverse la venta consignando su importe; no creo haya problema para esta solución, pues de lo contrario la resolución sería imposible, incluso en un caso extremo de que sólo haya circulado la última letra, por ejemplo.

No obstante, lo único que ahora quiero resaltar es que la doctrina sentada por esta Resolución, confirmando, como digo, lo dicho por la de 1982, en nada modifica lo expuesto sobre la posible doble ejecución que puede sufrir el deudor en el supuesto de la Resolución comentada (la hipotecaria por el importe total, y la cambiaria como consecuencia de la presentación al cobro y consiguiente impago de letras posteriores). Nótese cómo el propio Fundamento de Derecho transcrito asimila el supuesto de condición resolutoria al de la hipoteca *cambiaria*, no a la ordinaria. Surge aquí una última pregunta, cuyo estudio escapa a estas líneas: ¿Para evitar esta doble ejecución podrá el deudor en el juicio correspondiente de ejecución hipotecaria alegar este posible problema, exigiendo, por tanto, la presentación de todas las letras?

EL PACTO COMISORIO DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL NO PUEDE EXTENDERSE AL IMPAGO DE LETRAS REPRESENTATIVAS DEL IGTE (RESOLUCIÓN DE 24 DE MARZO DE 1987. «BOE», 7 ABRIL).

I. *Hechos.*—A. *Supuesto.*—En escritura de compraventa se establece en su cláusula tercera que la sociedad vendedora repercute a los compradores la cuota del Impuesto de Tráfico de Empresas correspondiente a la parte del precio recibido y a la parte del precio a cuyo cargo el comprador se subroga en la obligación de restitución del préstamo hipotecario. La repercusión de la cuota de dicho impuesto por la parte de precio cuyo pago se aplaza, se conviene, conforme a la legislación fiscal, mediante pagos aplazados documentados, al igual que la parte aplazada del precio, en letras de cambio aceptadas por el comprador; y, asimismo, «las partes convienen que el impago de cualquiera de las letras referidas en esta cláusula facultará a la sociedad vendedora para imputar el importe procedente de las reseñadas en la cláusula anterior a la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas».

La cláusula cuarta de la escritura dispone literalmente que: «la falta de pago de cualquiera de las letras de cambio reseñadas en la letra a) de la cláusula segunda y las señaladas en la cláusula anterior a la presente facultará a la parte vendedora para optar entre dar por vencidas las cantidades pendientes de pago o por resolver automáticamente la venta. La notificación de la resolución, conforme al artículo 1.504 del Código Civil, resolverá de derecho esta compraventa, reteniendo la parte vendedora, como pena, el 20 por 100 de las cantidades percibidas de la compraventa, sin perjuicio del derecho que además le asista, a ser indemnizada de daños y perjuicios. La condición resolutoria establecida podrá ser cancelada total o parcialmente mediante acta notarial que acredite obrar en poder de la parte compradora y quedar inutilizadas letras de cambio identificadas según los datos reseñados en esta escritura, a lo cual presta su consentimiento formal la parte vendedora».

B. *Nota de calificación.*—Presentada copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 12 de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en el tomo 1.159, libro 807 de Fuencarral, sección segunda, folio 16, finca 54.599, inscripción tercera de compra, con carácter ganancial, siendo de advertir que en el asiento, con la conformidad del presentante, de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, dado su contenido obligacional, no se han consignado las estipulaciones quinta, séptima, novena a decimocuarta. Se deniega, por el propio motivo, la inscripción de la estipulación tercera, ya que la imputación del importe impagado de una de las cambiales a que la misma se refiere no transforma tal importe en parte del precio de venta, por lo que no procede estipular respecto a tales cambiales del procedimiento de resolución automática a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil. Denegada igualmente, la inscripción de la estipulación cuarta por lo que se refiere a la resolución referida, en cuanto exceda a parte del precio de la transmisión. Previamente se ha cumplido con lo prevenido en el artículo 485, regla C), del Reglamento Hipotecario.—Madrid, 2 de mayo de 1984.—El Registrador.—Firma ilegible, con rúbrica.»

C. *Alegaciones del recurrente.*—Fundamentalmente, el Notario recurrente presenta las siguientes alegaciones:

1. Si entre vendedor y comprador existen obligaciones por pago de precio y por pago de repercusión del ITE y se entregan unas letras para el pago de una obligación y otras para el pago de la otra obligación y, a su vez, entre librador y aceptante de los efectos cambiarios se conviene intercomunicar las relaciones causales de uno y otro grupo de letras referido, se llega a la consecuencia de un cambio en la provisión de fondos o relación causal de las letras reseñadas en la estipulación tercera, y a la finalidad de imputar los medios o instrumentos de pago «impagados» a la relación obligatoria más sólida y cubierta por garantías que proporcionen mayor seguridad, condiciones que concurren en el crédito por repercusión del ITE.

2. Que es indudable que los pactos y convenios referentes al precio en los contratos en los que haya mediado precio o entrega en metálico tienen naturaleza obligacional, habiendo considerado conveniente el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, que tal relación meramente obligacional se haga constar en la inscripción del título.

3. Y como fundamento de sus alegaciones señala los artículos 1.255, 1.281, 2.º; 1.283 y 1.284 del Código Civil; los artículos 18 y 65 de la Ley Hipotecaria, que armonizan los anteriores; los artículos 32 y 38 de la Ley Hipotecaria, según los cuales la inscripción es un instrumento de defensa del propio titular registral, o sea, tanto del transmitente como del adquirente; los artículos del Código Civil 1.172 y siguientes, en relación con el artículo 1.255 y con los artículos 1.100 y siguientes; el artículo 1.170, 2.º, del Código Civil; los artículos 1.455, 1.500 y 1.501 en relación con el artículo 1.255, todos ellos del Código Civil, conforme a los que procede atribuir el carácter de precios a las obligaciones a cargo del comprador y a favor del vendedor que son exigibles a causa del precio; y el artículo 11 de la Ley del ITE, del que se deduce que las relaciones de la repercusión del citado impuesto entre vendedor y comprador son efecto natural del contrato, tienen el carácter de obligación accesoria de la del pago del precio y merecen el ejercicio de las acciones o facultades resolutorias.

D. *Informe en defensa de la nota.*—El Registrador informante alegó:

1. Que se omite la numeración de las letras de cambio que representan las sumas a satisfacer.

2. Que el auto presidencial dictado en el recurso gubernativo número 63 de 1983, consideró que sólo el precio de venta puede ser objeto del excepcionalísimo procedimiento de autotutela del artículo 1.504 del Código Civil.

3. Que el propio precio de venta para que pueda ser acogido por el citado artículo 1.504 debe estar perfectamente delimitado, tanto en su cuantía como en su vencimiento.

4. Que el último párrafo de la estipulación tercera, al determinar que la parte vendedora por sí sola tiene facultad de imputar sumas entregadas por la compradora a cuenta del precio de venta a los impagados dimanantes del ITE puede originar una serie de problemas que requieren la intervención judicial; vencimientos y cuantía del precio aplazado pueden quedar indeterminados y faltar las bases que requiere el ejercicio de autotutela del artículo 1.504 del Código Civil.

5. Que para la calificación se ha partido de una interpretación integradora del contrato, limitando la deficiencia de la estructura jurídica

contractual a la inscribibilidad de la garantía estipulada para el importe del ITE.

E. *Auto del Presidente de la Audiencia*.—El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid dictó auto en el que confirmó la nota de calificación recurrida, fundándose en que el artículo 1.504 del Código Civil no admite una interpretación extensiva, ya que se refiere, con exclusividad, a la resolución de pleno derecho por falta de pago del precio, lo que impide que puedan entenderse comprendidas en él otras prestaciones accesorias como la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas, ya que de no apreciarse diferencia el precio quedaría indeterminado por efecto de las imputaciones contenidas en la cláusula tercera de la escritura, y el citado artículo 1.504, en cuanto a la resolución que establece, presupone un precio cierto e indubitado, tanto en su cuantía como en su vencimiento, que es requisito esencial para la aplicación del pacto comisorio e inscripción de la garantía que establece.

F. *Apelación del recurrente*.—El Notario apeló el auto presidencial, añadiendo las siguientes alegaciones:

1. Que el artículo 1.504 del Código Civil garantiza el efecto resolutorio de la cosa vendida y no del precio aplazado.

2. Que el concepto de precio cierto comprende no sólo el pactado, sino las prestaciones que deben ir unidas al convenio (SSTS de 5 de junio de 1953 y 28 de febrero de 1950 y art. 11 Ley del ITE).

3. Que el precio convenido y la repercusión del ITE forman el precio debido como contraprestación a cargo del comprador, sujeta al principio de integridad e indivisibilidad de la obligación (arts. 1.157 y 1.169 CC).

4. Que el precio debe tenerse por cierto y resultar líquido al vencimiento del plazo de su pago, y es indudable que así sucede en el caso que nos ocupa.

5. Que si el auto apelado declara la validez del pacto de cambio de imputación se puede considerar que la cláusula tercera es inscribible, conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria y la cláusula cuarta plenamente ajustada a Derecho.

II. *Resolución de la Dirección.—Fundamentos de Derecho*.—Vistos los artículos 1.124, 1.172 a 1.174, 1.255, 1.281, 1.284, 1.285, 1.289, 1.504, 1.859 y 1.884 del Código Civil, 10 y 11 de la Ley Hipotecaria; 51 y 59 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1904, 21 de mayo de 1948, 17 de febrero de 1950 y 7 de junio de 1963 y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1978, 10 de junio, 21 de julio y 3 y 4 de diciembre de 1986.

1. Como aclaración previa debe tenerse en cuenta que a pesar de la imprecisión de la cláusula 4.ª de la escritura calificada, la *facultad resolutoria* prevista en dicha estipulación no puede derivar propiamente del impago de las letras emitidas, sino del *incumplimiento de las obligaciones causales* para cuyo pago fueron aquéllas puestas en circulación; no son las obligaciones cambiarias sino las obligaciones subyacentes a las que sirve la cobertura de aquella facultad resolutoria, aun cuando las vicisitudes de las primeras pueden revelar (y no necesariamente) la suerte de las segundas; de modo que para mantener la eficacia de la condición resolutoria convenida, habrá de entenderse dicha cláusula como si se

estableciese directamente para el caso de impago de las obligaciones nacidas de la compraventa celebrada. Así se deduce de la normativa que en sede de interpretación de contratos contiene nuestro Código Civil (artículos 1.281, 1.284, 1.285 y 1.287).

Además, como las letras contempladas en las cláusulas 2.ª y 3.ª no se hallan identificadas por su número y serie, sino únicamente por las especificaciones del librador, librado, vencimiento y cuantía, ha de concluirse conforme a la reiterada doctrina de esta Dirección General, que dichos documentos cambiarios son por sí insuficientes ya a los efectos de justificar el cumplimiento de las obligaciones causales y provocar la consiguiente cancelación de la condición resolutoria, ya a los de acreditar su incumplimiento y servir de base al ejercicio de la facultad resolutoria, de modo que a los fines que ahora interesa, ha de prescindirse del mecanismo cambiario arbitrado, centrándonos exclusivamente en las obligaciones derivadas del contrato celebrado.

2. En este sentido la cláusula 4.ª citada, en conexión con el último inciso de la tercera, crea la duda sobre *si la condición resolutoria expresa prevista se extiende sólo a la obligación de pago de la parte del precio aplazada, o alcanza también a la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas* pactada, pero aun entendiendo lo primero, la concesión al vendedor de la facultad de imputar los pagos hechos por cuenta del precio aplazado a la repercusión por Impuesto de Tráfico de Empresas, provocaría por vía indirecta el segundo de los efectos apuntados, esto es, la cobertura de esa repercusión por la condición resolutoria estipulada, cuyo rechazo fundamenta la nota calificatoria recurrida y debe ser aquí decidido. Para ello debe tenerse presente que en la escritura calificada se construyen como independientes dos obligaciones de la parte compradora, netamente separadas y diferenciadas, la que afecta a la parte del precio aplazado y la que se refiere a la parte aplazada por repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas; *el importe de dicha repercusión desde la perspectiva jurídica, queda, pues, excluido de toda consideración como precio*, con las implicaciones que de ello derivan (cfr. artículos 1.291, 1.460, 2.º, y 1.486 CC, etc.), tal repercusión, en la voluntad negocial, no aparece integrada en la contraprestación básica del comprador. El Impuesto de Tráfico de Empresas es una consecuencia accesoria del negocio celebrado sobre el que las partes adoptan las previsiones oportunas, pero sin que, en el caso debatido, pasen éstas a integrar la estructura típica de aquél, ni a participar en la reciprocidad de las prestaciones que motivan su celebración.

3. En principio, *el convenio de imputación es lícito* al amparo del artículo 1.255 del Código Civil y, para el tiempo de hacer el pago, del artículo 1.172 del Código Civil. Ahora bien, el alcance específico que en el caso concreto adquiere, obliga a contrastarlo con las limitaciones legales establecidas en otros lugares del ordenamiento jurídico por si pueden resultar aplicables. Efectivamente, perfecto el contrato, las partes quedan vinculadas a su cumplimiento en los términos acordados (artículos 1.091 y 1.258 CC), quedando excluida la posibilidad unilateral de desligarse el mismo (art. 1.256 CC). La previsión inicial de supuestos de ineficacia sobrevenida automática, queda restringida a aquellos en los que no intervenga la voluntad de uno de los otorgantes. Tal regla, ciertamente, tiene excepciones importantes, pero no por ello pierden su consideración de tales y, por tanto, de interpretación estricta (art. 4, 2.º, CC).

Entre ellas, nos importa ahora la del artículo 1.504 del Código Civil, que posibilita la resolución automática por impago del precio aplazado, apuntada anteriormente la no consideración como precio de la repercusión por Impuesto de Tráfico de Empresas, en el caso debatido, no cabe, pues, escapar a la regla general indicada al amparo de una excepción inaplicable tanto en su tenor literal como en su espíritu práctico, y es que tal *resolución automática sólo queda justificada por la frustración del fin básico perseguido, por la quiebra del equilibrio fundamental* tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en las que el propósito determinante de la negociación queda consumado aunque no sus consecuencias accesorias.

4. Por otra parte, existe en nuestro ordenamiento la prohibición de pacto comisorio, por el que se atribuye al acreedor la facultad de adquirir un bien del deudor como consecuencia del incumplimiento por éste de sus obligaciones (arts. 1.859 y 1.884 CC), y si bien dicha prohibición tiene una excepción concreta en el artículo 1.504 del Código Civil *no procede extender la garantía arbitrada por dicha norma a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa* (Sentencia de 7 de junio de 1963), y por ello debe rechazarse el pacto de imputación recogido en la escritura calificada, en cuanto produce aquel efecto prohibido.

La Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota recurrida.

III. COMENTARIO.—La Dirección General resuelve las siguientes cuestiones:

1. *Qué constituye la condición resolutoria, cuando el precio se representación en letras de cambio.*

Cuestión resuelta, «como aclaración previa», afirmando que la facultad resolutoria deriva del incumplimiento de las obligaciones causales, para cuyo pago fueron las letras puestas en circulación.

El hecho que constituye la condición es el impago del precio. La emisión de las letras de cambio constituye una «facilitación de la efectividad del crédito del vendedor o transmitente, pues cuenta, además de la acción civil de cobro de dicho precio, con la acción cambiaria» (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 790).

Indudablemente la representación del precio aplazado en letras de cambio produce, junto a efectos civiles (art. 1.170, 2 y 3, CC) y procesales (art. 44, 3, de la Ley 19/1985, de 16 de julio) efectos registrales en la constitución de la condición resolutoria, en su ejercicio y en su cancelación.

No hay, por tanto, novación por cambio de objeto cuando se representa el precio aplazado por letras de cambio. Puede, sin embargo, suceder que el precio de la compraventa esté constituido por letras de cambio, lo que deberá resultar claramente del contrato. En este caso, las vicisitudes de la letras (perjuicio, prescripción) afectarán directamente al pago del precio, aun cuando no me parece correcto hablar ya de precio, pues la naturaleza jurídica del negocio se desplaza hacia el contrato de permuta, por lo que deberá utilizarse el término contraprestación.

La Dirección General de los Registros y del Notariado realiza, en primer lugar, una interpretación del objeto de la condición resolutoria; de ahí la alusión a los artículos 1.281, 1.284, 1.285 y 1.287, en sede de interpretación de los contratos.

2. *Concepto de precio a efectos del artículo 1.504 del Código Civil.*

El núcleo central de la resolución recae sobre si puede constituir la condición resolutoria no sólo el impago de la parte del precio aplazado, sino también la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas, y ello en virtud de un pacto de imputación que hace que «un efecto creado y entregado para pago de la repercusión del Impuesto de Tráfico de Empresas se transforme en instrumento de pago del precio aplazado, caso de impago del efecto y de que el vendedor impute lo cobrado por otro efecto al pago de dicha repercusión» (informe del Notario recurrente).

El Registrador deniega en su nota en base a que tal imputación «no transforma tal importe en parte del precio de venta, por lo que no procede estipular respecto a tales cambiales el procedimiento de resolución automática a que se refiere el artículo 1.504 del Código Civil».

Este criterio es confirmado por diversas sentencias del Tribunal Supremo:

1. Sentencia de 17 de febrero de 1950, en la que se declara que el artículo 1.504 del Código Civil «perdía su eficacia, ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo».

2. Sentencia de 7 de junio de 1963, en la que se dice, en cuanto al artículo 1.504 del Código Civil, que «su virtualidad y eficacia se contraen exclusivamente a la hipótesis en que deje de pagarse el precio estipulado, sin alcanzar al incumplimiento de cualquiera otra de las cláusulas contractuales (Sentencias de 29 de abril de 1904, 21 de mayo de 1948 y 17 de febrero de 1950), y como en el supuesto que aquí se contempla, la sentencia impugnada declara probado «que el importe de la venta se fijó en 1.425.000 pesetas, en las que estaba incluido el arbitrio de plusvalía, que ascendía a 4.204,39 pesetas que había de abonar el comprador por cuenta de la vendedora», de ello se infiere que la última suma no formaba parte del precio, sino que implicaba una obligación de hacer en nombre ajeno».

3. Sentencia de 31 de octubre de 1968, que declara que el artículo 1.504 del Código Civil «es un precepto especial de nuestro Código aplicable con exclusividad a los casos por él previstos; venta de bienes inmuebles y falta de pago del precio en el tiempo convenido», añadiendo que no concurre el segundo requisito, ya que «se distingue perfectamente entre lo que es precio de la compraventa y las cantidades de las que se hace cargo el comprador».

Incluso se mantiene en Sentencia de 5 de junio de 1944 que no había lugar a resolver el contrato por impago de los intereses, aun cuando concurrían, en los supuestos examinados, otras circunstancias que determinaban la inaplicación del artículo 1.504 del Código Civil. El criterio puede ser quizá excesivo, pues pueden establecerse unos intereses por aplazamiento del pago del precio o un precio determinado en función de su aplazamiento, difícil distinción para cuya resolución se tendrá que acudir a cada caso concreto.

El concepto de precio no es un concepto pacífico. El principio de libertad del artículo 1.255 del Código Civil, junto con el artículo 1.091,

capacidad creadora de obligaciones por el contrato, lo enturbiará en muchas ocasiones. En su determinación, sin embargo, debe acudirse, *prima facie*, al artículo 1.445: «precio cierto, en dinero o signo que lo represente». Concepto que puede integrarse con la tipificación que le da la resolución objeto de examen como «contraprestación básica del comprador».

En ningún caso debe deducirse la imposibilidad de constituir condición resolutoria basada en el incumplimiento de prestaciones accesorias, en tales supuestos los artículos 1.113, 1.114 y 1.123 desplegarán toda su eficacia normativa, pero carecerán de la eficacia destructiva que, como sistema de autotela, establece el artículo 1.504, para el impago del precio en la compraventa de inmuebles, al existir una moderación judicial de sus efectos, resultante del artículo 1.124.

RODRÍGUEZ ADRADOS (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, página 61) expone con gran claridad sus diferencias: «... en cuanto al incumplimiento, la resolución del artículo 1.124 exige dos requisitos, uno objetivo y otro subjetivo, que no son precisos para la resolución del artículo 1.504: que se trate de un incumplimiento grave y culpable; grave, porque, como ha declarado el Tribunal Supremo, dicho precepto «ha de ser interpretado no de manera automática, hasta el punto de que cualquier infracción, por mínima que sea, conduce a la resolución del contrato, sino en sentido racional, lógico y moral» (Sentencia de 5 de mayo de 1933), como exige con el simple retraso que no implique que el fin de la obligación quede frustrado (Sentencia de 12 de mayo de 1955); y culpable, exigiendo, según la fórmula más usada por el Tribunal Supremo, «una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido». Y respecto de los efectos, bien conocida es la diferenciación entre la mal llamada acción de resolución del artículo 1.124 del Código Civil, personal del tipo de las rescisorias, y la verdadera resolución de carácter real, del artículo 1.504». Destacando, además, «el reducido ámbito de la intervención judicial en materia de pacto comisorio, frente al amplísimo que tiene respecto a la acción de resolución derivada del 1.124».

ANTONIO MOLINA GARCÍA (*La resolución de la compraventa de inmuebles*, pág. 29) señala que «mientras que en el artículo 1.124, como se decía en la Sentencia de 5 de julio de 1941, de lo que se trata es de una acción resolutoria, a virtud de la cual el titular que la ejercita espera que el Tribunal declare la procedencia de su derecho, que no va a tener entidad hasta tanto no se dicte la resolución judicial; cuando se trata, sin embargo, del 1.504, la condición resolutoria va inmanente en el contrato, actúa por sí, produciendo sus efectos, y al Tribunal se recurre, no ejercitando una acción de resolución, sino implorando que, ante la rebeldía del incumplidor, los Tribunales, ratificando su decisión de resolver, hagan caer sobre el incumplidor la ejecutoriedad de su resolución».

Por tanto, pactada en escritura de compraventa condición resolutoria por impago del Impuesto de Tráfico de Empresas o Impuesto sobre el Valor Añadido será inscribible (arts. 9, 2.º, y 23 LH y 51, 6.º, y 175, 6.º, RH), pero sin aplicación del régimen especial de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento. Y, en consecuencia, para obtener la reinscripción deberá presentarse la correspondiente sentencia, dictada en ejercicio de acción resolutoria, obtenida en procedimiento declarativo (artículo 37, 1.º, LH). Véase la importante Resolución de la Dirección Gene-

ral de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1982 (*Boletín del Colegio Nacional*, 1983, pág. 38).

3. *El problema del convenio de imputación.*

La constitución de la condición resolutoria basada en el impago de las letras libradas por el concepto de Impuesto de Tráfico de Empresas se obtiene, en el caso que examinamos, a través de un pacto de imputación que calificamos de efecto posterior, pues el impago de una letra representativa de parte del precio aplazado determinará que se considere impagada una letra representativa del Impuesto de Tráfico de Empresas y, a su vez, lo pagado en ésta se aplique a la primera. De ahí que la imputación no sea simultánea al pago, sino posterior al mismo.

El convenio de imputación es lícito al amparo de los artículos 1.255 y 1.172 del Código Civil, «para el tiempo de hacer el pago», como señala la resolución, y con acceso al Registro en virtud del artículo 10 de la Ley Hipotecaria: «En la inscripción de los contratos en que se haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma de que se hubiese hecho o convenido el pago».

La configuración en la forma expuesta del convenio de imputación actúa a modo de conductor del defecto examinado: la constitución del impago del Impuesto de Tráfico de Empresas como condición resolutoria. De ahí la afirmación de su licitud por la Dirección General de los Registros, como presupuesto inicial, que hay que contrastar con «el alcance específico que en el caso concreto adquiere» en relación con «las limitaciones legales establecidas en otros lugares del ordenamiento jurídico».

La Dirección, sin embargo, no se plantea la posibilidad que ya he mantenido: constituir una condición resolutoria propia en el hecho del impago del Impuesto de Tráfico de Empresas, incluso coexistente con la cláusula resolutoria por impago del precio. La Ley y el Reglamento están recogiendo la distinción entre pacto comisorio (arts. 11 LH y 59 RH) y condición resolutoria (arts. 23 LH y 56 RH). Como preceptos generales, los artículos 9 y 107, 10 de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º, y 175, 6.º, del Reglamento). Roca (*Derecho Hipotecario*, tomo II, págs. 743 y sigts.) señala que el artículo 56 del Reglamento Hipotecario, que se ocupa del cumplimiento de auténticas condiciones, se refiere exclusivamente al hecho que se trata de acreditar; mientras que el artículo 59, relativo a! pacto comisorio, exige que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta. No se trata de probar un simple hecho, sino una manifestación de voluntad; no basta con probar el impago, sino que es menester acreditar la resolución misma.

MAS ALCARAZ («El pacto comisorio», *Estudios de Derecho Privado*, t. II, página 80) señala que «la actuación de la cláusula resolutoria se integra de dos elementos: uno, el incumplimiento de una prestación, especialmente prevenido, y otro, el ejercicio por el acreedor de la prestación incumplida, del poder privado de resolución que la cláusula le atribuye». Añadiendo que, «como poder privado que es, se actúa mediante simple declaración de voluntad dirigida a la parte incumpliente» (la declaración sustituye a la sentencia).

La consecuencia hipotecaria de lo expuesto, en el caso de cumplimiento de la condición resolutoria por impago de Impuesto de Tráfico de Empresas, no es otra que la inaplicación del artículo 59 del Reglamento

Hipotecario y la necesidad de presentar «el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta» (escritura pública de resolución de contrato o sentencia en procedimiento declarativo), conforme al artículo 175, 6.º, en relación con el 56 del Reglamento Hipotecario.

4. Inaplicación de la cancelación por falta de identificación de las letras con arreglo a su serie y número.

La Dirección reitera en la resolución examinada la doctrina sentada en las Resoluciones de 21 de julio de 1986 y 3 y 4 de diciembre del mismo año. En las dos últimas, aun cuando los supuestos de hecho son similares, se da una redacción distinta a los «considerandos», con relación a la primera.

El argumento central de la Dirección en todas estas resoluciones estriba en que omitida en la descripción de la letra su serie y número, «habida cuenta de la naturaleza privada del documento cambiario, no cabe deducir del acta presentada una prueba suficiente, a efectos registrales, de la realidad del pago», sin que «el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora» pueda suplir esta deficiencia, pues la autonomía privada no puede modalizar ni predeterminar la conducta futura del Registrador, añadiendo que «cualquier estipulación de los otorgantes sobre esta materia no debe ser inscrita, y si aún así lo fuere, no por ello adquirirá virtualidad para alterar las normas sobre funcionamiento del Registro». Destacamos, además, el argumento de que «el acreedor garantizado puede ser el vendedor o un cesionario de su crédito (cfr. Sentencia de 23 de octubre de 1984, si bien en realidad es de 1934, al haberse producido una errata).

Los argumentos y la Resolución de la Dirección no nos convencen por las siguientes razones:

1. La causa de la cancelación radica en el consentimiento prestado anticipadamente por el acreedor, que será efectivo en el tiempo cuando se presente el acta notarial que acredite estar recogidas y en poder del deudor las letras emitidas, representativas de parte del precio aplazado. La admisión de la cancelación por caducidad (extinción) convenida del derecho en Resolución de 28 de noviembre de 1978 y de la cancelación por extinción legal del derecho, sin el consentimiento del titular registral, en Resolución de 30 de mayo de 1980, apoyan este argumento.

Si se rechazase la teoría del consentimiento anticipado, puede mantenerse que ese pacto para la cancelación está configurando una causa de extinción convencional del derecho: el acta notarial acreditativa de la posesión y correspondencia de las letras de cambio.

2. La causa de extinción del derecho puede ser convencional; pactada en el título de su constitución. El artículo 82, 2.º, de la Ley Hipotecaria dice: «... cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva».

Si se admite que llegada determinada fecha se extinguirá la condición resolutoria (realmente lo que se extingue son sus efectos, pudiendo hablarse de condición resolutoria de eficacia temporal), por qué no se va a admitir como causa de extinción «la posesión por el comprador de letras de cambio coincidentes en cantidad y vencimiento y demás cir-

cunstancias personales con las libradas, lo que deberá acreditarse por acta notarial», como recogen muchas escrituras.

La Dirección parece exigir, en todo caso, la absoluta acreditación del pago, necesaria, indudablemente, en los casos de extinción legal del derecho, pero no en aquellos otros en que existe un consentimiento cancelatorio anticipado ligado a un hecho: la llegada de una fecha o el acta notarial. Si, como mantiene la Dirección, procede la cancelación acreditando tener en su poder todas las letras reseñadas, aun cuando no se haya prestado anticipadamente el consentimiento cancelatorio por el acreedor (Resolución de 30 de mayo de 1980), es que, en otros supuestos, ese consentimiento, si se presta, posibilita la cancelación. Y si se mantiene, como parece deducirse de las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986, que el consentimiento anticipado no puede prestarse debido a que las normas sobre organización y funcionamiento del Registro son de *ius cogens* (lo que es indudablemente cierto, pero no guarda relación con el caso, pues estamos ante una causa convencional de extinción de derecho) no debería admitirse la cancelación por caducidad convenida (en la resolución citada), que no es sino un supuesto de cancelación por extinción convencional del derecho y consentimiento anticipado.

La Dirección en las Resoluciones de 3 y 4 de diciembre de 1986 mantiene que «el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora no puede suplir esta deficiencia, pues si bien es cierto que los otorgantes pueden configurar otros supuestos de extinción del derecho inscrito distintos del pago del débito garantizado, no pueden prever un mecanismo cancelatorio que obvie la exigencia básica de justificación fehaciente de la realidad de la causa, extinción que se pretende reflejar registralmente».

JOSÉ MANUEL GARCÍA (*Código de la Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Madrid, 1986) cita los artículos 295 del Reglamento Hipotecario y el artículo 103, antepenúltimo, de la Ley («cuando la cancelación se practique en el caso del párrafo segundo del artículo 82, se expresará la razón determinante de la extinción del derecho inscrito o anotado»), como base de la innecesariedad de expresión de la causa en las escrituras de cancelación, en base al principio del «consentimiento formal», que inspira al artículo 82 de la Ley. Y la Resolución de 22 de agosto de 1978 exige únicamente la constancia de la voluntad del acreedor de extinguir la garantía hipotecaria.

El párrafo transcrito de la resolución parece confundir causa de la cancelación y causa de la extinción del derecho. La causa de la cancelación será el consentimiento del titular o la sentencia firme. Y la causa de la extinción del derecho, las pactadas por las partes o las establecidas por el ordenamiento. Los supuestos de extinción convencional del derecho requieren siempre, para su reflejo registral, el consentimiento del titular, anticipado o posterior, o sentencia firme que lo declare, mientras que no en todos los casos de extinción legal del derecho sucede lo mismo. La Resolución citada de 30 de mayo de 1980 es prueba de ello.

3. En el supuesto de que el acreedor garantizado sea un tercero cesionario del crédito estará vinculado por los pactos establecidos para la cancelación de la condición resolutoria.

Su posición es irrelevante, registralmente, en tanto no acceda al Registro de la Propiedad. El simple endoso de la letra no transmitirá la

posición de parte beneficiada por la condición que va indisolublemente ligada a la obligación causal.

La Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de enero de 1933 en su tercer considerando mantiene que «la cesión del derecho a percibir el precio aplazado con todos sus efectos constituye, en verdad, un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro al amparo del artículo 7 del citado Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, con tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito». El supuesto de hecho examinado en esta resolución motiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1934, a que hace referencia el último considerando de la resolución que hemos comentado.

IGNACIO DEL RÍO GARCÍA DE SOLA

EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO, EL MANDAMIENTO CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 175, 2.º, DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO TIENE ALCANCE CANCELATORIO NO SOLO RESPECTO A LOS DERECHOS REALES LIMITADOS O LIMITATIVOS, SINO TAMBIEN EN CUANTO AL DOMINIO, SIEMPRE QUE UNOS Y OTRO HUBIERAN TENIDO ACCESO AL REGISTRO CON POSTERIORIDAD A LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO RELATIVA A DICHO PROCEDIMIENTO (RESOLUCIÓN DE 16 DE JULIO DE 1987. «BOE» DE 20 DE AGOSTO).

I. *Hechos*.—1.º En virtud de juicio ejecutivo promovido por don José María Lafuente López contra don Félix Dañobeitia Ibarzábal, en el Registro de la Propiedad número 6 de Palma de Mallorca se practicó anotación preventiva de embargo a favor del ejecutante sobre una finca urbana propiedad del demandado, que posteriormente fue prorrogada. En la certificación de títulos y cargas expedida por el Registrador, de acuerdo con el artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de fecha 4 de julio de 1981, no aparecía ningún asiento posterior a la anotación de prórroga antes citada. Posteriormente, la finca fue adjudicada en subasta judicial a don José Gutiérrez Aparicio, otorgándose la correspondiente escritura de venta judicial el día 23 de julio de 1985 ante el Notario de Palma de Mallorca don Rafael Clar Garau.

Durante la tramitación de la ejecución, pero con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas antes referida, se constituyó hipoteca sobre la referida finca a favor de «Giral, Industrias Eléctricas, Sociedad Anónima», por escritura de 18 de noviembre de 1981, otorgada ante el Notario anteriormente citado, que fue inscrita el 23 de junio de 1982, hipoteca que el acreedor se vio obligado a ejecutar en procedimiento judicial sumario, en el que, en virtud del auto de 15 de octubre de 1984, dictado por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de los

de Zaragoza, se adjudica la finca al propio acreedor hipotecario, inscribiéndose la misma el 20 de noviembre de 1984.

El día 27 de septiembre de 1985, don José Gutiérrez Aparicio obtuvo del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Palma de Mallorca, al amparo del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, mandamiento de cancelación de las anotaciones e inscripciones de los créditos y derechos no preferentes al crédito ejecutante.

2.º Presentado dicho mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad número 6 de Palma de Mallorca, junto con la escritura de compraventa judicial, fue calificado con la siguiente nota: «La cancelación que se ordena en el precedente mandamiento de las inscripciones o anotaciones posteriores al embargo del actor (anotación letras M y T de prórroga) no procede respecto a la última de dominio vigente, a favor de 'Giral, Industrias Eléctricas, S. A.', por contravenir tal cancelación el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por cuanto el procedimiento de que derivó el mandamiento cancelatorio no se ha dirigido contra el actual titular registral, y el alcance cancelatorio del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario no se extiende a tales inscripciones de dominio.—Palma, 3 de diciembre de 1985.—El Registrador.—Firmado: Francisco Téllez Miguelez».

Y la escritura de compraventa judicial fue calificada con la siguiente nota: «De conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, se deniega la inscripción del precedente documento por constar la finca inscrita a favor de persona distinta de aquella contra la cual se dirigió el procedimiento.—Palma, 3 de diciembre de 1985.—El Registrador.—Firmado: Francisco Téllez Miguelez».

3.º Don José Gutiérrez Aparicio interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que, en el supuesto de que únicamente pueda admitirse el recurso contra una sola nota de calificación, debe entenderse que se recurre contra la nota de denegación del mandamiento de cancelación. Que teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo primero del artículo 143 del Reglamento Hipotecario, hay que especificar que el tercer poseedor aceptó la hipoteca cuando ya se había expedido la certificación de cargas y extendido la correspondiente nota marginal; que se adjudicó la finca en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se unió una certificación del Registro en la que se hacía constar la nota marginal anteriormente citada, y, por último, al desamparar la finca no pagando al acreedor anterior, debe soportar todas las consecuencias de la ejecución del procedimiento para dicho acreedor, o sea, la cancelación de su inscripción de hipoteca y la de dominio practicada a su favor. Que la doctrina registral considera que en el caso de que el tercer poseedor de bienes anotados preventivamente tenga inscrita su adquisición, pero ha tenido lugar después de extendida la nota marginal, de haberse expedido la certificación de cargas exigida por el artículo 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de acuerdo con el artículo 353 del Reglamento Hipotecario, dicho tercer poseedor no tiene derecho a ser citado o notificado del procedimiento, y para otorgar la escritura de venta al mejor postor en la subasta celebrada, hay que observar lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo 143 del Reglamento Hipotecario, existiendo un gran paralelismo entre esta norma y la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Que conforme a lo establecido en la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y teniendo en cuenta que en el caso del pre-

sente recurso la última de las anotaciones preventivas que aparecía en la certificación de cargas era precisamente la que correspondía al juicio ejecutivo, en el mandamiento cancelatorio la referencia a las anotaciones e inscripciones a cancelar se hace de forma genérica. Que si la adquisición del tercer poseedor hubiese sido anterior a la anotación preventiva de embargo, aunque inscrita después, en virtud de los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, no sería inscribible la venta judicial, ya que la anotación preventiva de embargo atribuye al crédito correspondiente preferencia o prelación sobre los bienes anotados sólo en cuanto a los créditos contraídos con posterioridad a la anotación; de ello se infiere que siendo tanto la inscripción de la hipoteca a favor de «Giral, Industrias Eléctricas, S. A.», como la adjudicación en favor de dicha Entidad, posterior a la anotación preventiva, *a sensu contrario* dicha anotación goza de preferencia, y en aplicación de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, que no expresa excepción alguna, debe cancelarse cualquier tipo de anotación o de inscripción de créditos y derechos no preferentes, no siéndolo las expresadas de hipoteca y de dominio. Que conforme a lo establecido en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, la doctrina registral considera que la anotación preventiva de embargo surte los efectos propios de la hipoteca en trance de ejecución respecto a los posteriores adquirentes de la finca o derecho real anotado, y si éste se enajena o grava, no puede redundar en perjuicio del anotante, lo que significa que la ejecución no debe detenerse, sino que debe consumarse, la cual entrañaría para el nuevo adquirente la pérdida de lo adquirido o la extinción de su titularidad sobre la carga o el gravamen. Que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 17 y 22 de noviembre de 1929, considera a la anotación de embargo como un derecho registral de garantía.

4.º El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que en el caso del presente recurso lo que hay que resolver es el cumplimiento de los artículos 20, 1, 3.º, y 38 de la Ley Hipotecaria, y 143 y 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, citados por el recurrente, que son de inferior rango legislativo a los anteriores y, en definitiva, la extensión que debe darse a los mismos, ya que el citado artículo 175 no hace referencia para nada a las inscripciones de dominio. Que el procedimiento de apremio del juicio ejecutivo, con sus concordantes del Reglamento Hipotecario, establecen un sistema de liquidación de cargas que no puede extenderse a la cancelación de las inscripciones de dominio, ya que, en virtud de la reforma hipotecaria de 1909, se ha considerado derogado el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicándose el sistema de subsistencia de cargas que establece el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como consecuencia de la aplicación del artículo 133, párrafo segundo, de la misma Ley; en cualquier caso, estamos ante un sistema de liquidación de cargas, y los mandamientos cancelatorios que son consecuencia de una ejecución no pueden extenderse a inscripciones de dominio. Que para este sistema de liquidación de cargas son aplicables las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de marzo y 28 de septiembre de 1968, que se refieren a la cancelación de inscripciones o anotaciones (*sic*) que no son de dominio y con mayor razón su doctrina ha de aplicarse cuando se trate de inscripciones de dominio. Que de las Resoluciones de la misma Dirección General de 9 de noviembre de 1955 (*sic*) y 20 de diciem-

bre de 1966 se desprende que como la adjudicación de la finca y su inscripción a favor de «Giral, Industrias Eléctricas, S. A.», tuvo lugar antes que se celebrara la tercera y última subasta del juicio ejecutivo, se plantea un problema de preferencia de inscripciones de dominio que no puede resolverse en el mandamiento cancelatorio dimanante de un procedimiento de apremio en juicio ejecutivo, sino que tiene que ventilarse en el pertinente juicio declarativo. Que el alcance cancelatorio a que se refiere el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario no puede extenderse a inscripciones de dominio, por cuanto no se contempla en el tenor literal de dicho precepto tal cancelación, sino tan sólo la de inscripciones o anotaciones de créditos o derechos, y aunque estableciera tal cancelación, no habría lugar a la misma por el principio de jerarquía legislativa, ya que el precepto reglamentario contravendría el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y los citados anteriormente, que sancionan el principio de legitimación registral.

5.º La ilustrísima Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Palma de Mallorca informó: Que la providencia en cuya virtud se expidió el mandamiento de cancelación de cargas y gravámenes posteriores aplicó el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario y siguió sus consecuencias. Que en los autos ha constado que los titulares registrales de la finca ejecutada eran don Félix Dañobeitia Ibarzábal y su esposa, en mitad *pro indiviso* y para la sociedad de gananciales, en virtud de la certificación registral en la que así constaba. Que en virtud de la devolución del mandamiento de cancelación sin cumplimentar es cuando se ha tenido conocimiento que el titular registral actual no es el ejecutado. Que la anotación preventiva de embargo acordada en autos es anterior a la inscripción de cargas y la sucesiva inscripción de dominio del actual titular registral. Que no se notificó al tercer poseedor el procedimiento por desconocer su existencia hasta el momento antes dicho.

6.º El Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revocó la nota del Registrador, fundándose en los artículos 143 y 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, no contraviendo este último el principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con la opinión de la doctrina citada por el recurrente, y, por último, en la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 1985, que es aplicable al caso de autos y confirma lo anteriormente expuesto.

7.º El señor Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que en virtud de lo establecido en la Ley y en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 1982, es necesaria la citación del tercer poseedor. Que la aplicación analógica de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre de 1985 no puede hacerse por no contemplar la misma los supuestos de hecho que son objeto del presente recurso.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 1, 3, 4 y 1.923 del Código Civil; 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1, 3, 20, 38, 44, 71, 131 y 134 de la Ley Hipotecaria, y 145; 175, 2.º; 198; 233, y 235, 10.º, del Reglamento Hipotecario.

1.º Afirma el Registrador que si en un juicio ejecutivo en el que medió

la correspondiente anotación de embargo y, con posterioridad a la nota acreditativa de la expedición de la certificación de cargas (cf. art. 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobreviniese y se inscribiese un cambio subjetivo en la titularidad dominical a ejecutar, no cabrá inscribir después la adjudicación resultante si no se cancela previamente ese asiento intermedio y sin que para ello sea suficiente el mandamiento cancelatorio a que se refiere el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, tanto por no haberse seguido el procedimiento ejecutivo contra ese titular registral posterior a la nota como por el mismo tenor del precepto indicado, según el cual tal mandamiento no se extiende a las inscripciones de dominio.

2.º En contra de dicha interpretación se halla la lógica del sistema, la valoración conjunta de un ordenamiento unitario total, que proporciona instrumentos adecuados para resolver todos los casos planteados (cf. artículos 1, 3 y 4 del Código Civil) y, sobre todo, la injusticia evidente que de tal solución derivaría, al conceder al ejecutado la posibilidad de inutilizar o entorpecer las ejecuciones pese al cumplimiento en ellas de los trámites exigidos para la adecuada protección y defensa de todos los derechos e intereses concurrentes. Pero es que, además, el mismo tenor literal del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, al prever la posible cancelación de las inscripciones posteriores por el oportuno mandamiento, se refiere, en general, a «las inscripciones de derechos no preferentes a los del actor», expresión que en su generalidad comprende también la inscripción de dominio.

3.º La anotación de embargo no cierra el Registro a los actos dispositivos posteriores realizados por el embargado, pero en ningún caso la inscripción de éstos podría perjudicar al anotante (cf. art. 71 de la Ley Hipotecaria); el derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso en que se ordenó aquélla, de modo que si al embargo anotado sigue la ejecución del bien y su enajenación judicial el adquirente verá extinguido su derecho y, consecuentemente, su cancelación procederá conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria desde el momento en que se acredite fehacientemente al Registrador tal enajenación judicial, así como el cumplimiento de todos los trámites y requisitos legalmente previstos, y a tal efecto no puede desconocerse la virtualidad del mandamiento expedido por el Juez que conoció del procedimiento (cf. art. 3 de la Ley Hipotecaria). El tracto sucesivo y la salvaguardia judicial (cf. artículos 1 y 20 de la Ley Hipotecaria) respecto de un asiento que nace subordinado a otro anterior no puede provocar —sin perjuicio de lo que luego se verá— imperativas alteraciones en el proceso que se refleja en éste, ni obstaculizar la inscripción del título posterior a que el mismo conduzca; al contrario, esta inscripción llevará consigo la cancelación de los asientos intermedios incompatibles (cf. arts. 145; 175, 2.º; 198; 233, y 235, 10.º, del Reglamento Hipotecario).

4.º Ciertamente, este no perjuicio a que se refiere el artículo 71 del Reglamento Hipotecario cuando de anotaciones de embargo se trata, no puede ser llevado al extremo de excluir totalmente al adquirente posterior en el procedimiento de ejecución, pero nada autoriza para colocarse en el extremo contrario, exigiendo, por razón del tracto, que tal procedimiento se dirija necesariamente contra él —ya que sería imposible la ejecución al tener que iniciarse nuevamente a cada transmisión dominical—; en este sentido nuestro legislador adopta una posición intermedia, no impone la

intervención del tercer poseedor en el procedimiento de ejecución, pero cualquiera que sea el momento de su adquisición —siempre anterior a la efectividad del derecho de acreedor— le da la posibilidad de intervenir en él, aunque destacando que en tal caso su posición será la de subrogado en el lugar del deudor, de modo que los trámites seguidos frente a éste deberán entenderse cumplidos respecto de aquél (cf. arts. 38, párrafo penúltimo, y 134 de la Ley Hipotecaria). Esta posibilidad de intervención —cuya viabilidad se garantiza ya a través de la citación, ya a través de la nota a la que se refiere el artículo 143 del Reglamento Hipotecario—, la subrogación inherente cuando es efectiva y la preferencia de la anotación son suficientes para tener por satisfecho el requisito del tracto sucesivo haya o no mediado dicha intervención. La adecuada coordinación de los intereses concurrentes que así se logra —el del acreedor diligente y preferente (confróntese arts. 1.923, 4.º, del Código Civil, y 44 de la Ley Hipotecaria), el del embargado que no pierde la facultad dispositiva y el del posible tercer poseedor— y su armonización con el juego de los principios hipotecarios de nuestro sistema, son argumentos suficientes para sustentar el alcance cancelatorio del mandamiento calificado respecto de esos asientos de dominio posterior a la anotación.

5.º Por otra parte, el artículo 233 del Reglamento Hipotecario, cuya aplicación analógica —cuando no directa, dada la remisión del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario— viene posibilitada por la identidad esencial entre el supuesto previsto y el que ahora se plantea (cf. art. 4 del Código Civil), prevé la cancelación de inscripciones y anotaciones posteriores a la nota de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria —sin discriminar ni excluir los asientos de dominio—, por simple expresión genérica en el auto de adjudicación a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El mismo efecto atribuye también el artículo 235, 10.º, del Reglamento Hipotecario a la escritura otorgada por el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca o su mandatario en la que se haga constar el cumplimiento de todos los trámites previstos; de modo que en el caso debatido habrá de reconocerse alcance cancelatorio al mandamiento dictado por el Juez que conoció de la ejecución respecto de todo asiento —de dominio o de cargas— posterior a la nota del artículo 143 del Reglamento Hipotecario en relación con el 1.489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la sola expresión genérica contenida en el mismo.

Por todo ello, la Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado desestimando el recurso interpuesto.

III. COMENTARIO.—a) Sistematización del supuesto de hecho:

1.º Existe practicada en el Registro una anotación preventiva de embargo que posteriormente es prorrogada.

2.º De conformidad con el artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es expedida certificación de cargas relativa al procedimiento que motivó la anotación. Se extiende la oportuna nota marginal. Fecha: 4 de julio de 1981. No aparecen asientos posteriores a la anotación prorrogada.

3.º Se constituye hipoteca a favor de tercero. Fecha de la escritura de hipoteca: 18 de noviembre de 1981; fecha de su inscripción: 23 de junio de 1982.

4.º Se ejecuta la hipoteca —procedimiento judicial sumario— y en vir-

tud de auto de 15 de octubre de 1984 se adjudica la finca al acreedor. El 20 de noviembre del mismo año se inscribe a favor de dicho acreedor, arrastrando, lógicamente, la carga referida.

5.º El 23 de junio de 1985 se otorga escritura de venta judicial en virtud del procedimiento que motivó la ya citada y preferente anotación de embargo. Y por mandamiento de 27 de septiembre de 1985 se ordena por el Juez la cancelación de las anotaciones e inscripciones de créditos y derechos no preferentes al del ejecutante. El Registrador entiende que no es posible cancelar la inscripción de dominio consecuencia de la ejecución de la hipoteca, porque el procedimiento del que dimana el mandamiento cancelatorio no se ha dirigido contra el actual titular registral —artículo 20 de la Ley Hipotecaria— y el alcance cancelatorio del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario no se extiende a las inscripciones de dominio. Tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección General se muestran contrarios a esta postura.

b) Preceptos alegados por el Registrador. Entre otros:

- Artículo 20 de la Ley Hipotecaria: «En el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada».
- Artículo 38: «... no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles... 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». Y «en caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos... en el instante en que conste... que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento...». Y «cuando se persigan bienes hipotecados que hayan pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 134 y concordantes de esta Ley». Y «las mismas reglas se observarán cuando, después de efectuada en el Registro alguna anotación preventiva de las establecidas en los números 2.º y 3.º del artículo 42, pasasen los bienes anotados a poder de un tercer poseedor».
- Y los más directamente aplicables artículos 143 y 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que después examinaré, matizando dicha parte respecto a este último que no comprende en su ámbito las inscripciones de dominio, por lo que lo planteado es «un problema de preferencia de inscripciones de dominio que no puede resolverse en el mandamiento cancelatorio dimanante de un procedimiento de apremio en juicio ejecutivo, sino que tiene que ventilarse en el pertinente juicio declarativo..., y aunque estableciera tal cancelación —el citado artículo 175, 2.º—, no habría lugar a la misma por el principio de jerarquía legislativa, ya que el precepto reglamentario contravendría el principio del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria...».

c) Cuestión que se plantea: ¿Puede cancelarse una inscripción de dominio, practicada incluso con posterioridad a la fecha de la expedición de la certificación de cargas, en virtud del mandamiento cancelatorio a que se refiere el artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario? O, por el contrario, ¿es necesario en todo caso haber dirigido la acción procesal contra dicho titular, por tratarse de una inscripción de dominio?

d) Puntos a tener en cuenta:

1.º Y fundamental: ¿dentro de la frase «derechos no preferentes del actor» —contenida en el repetido artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario—, puede entenderse incluido el dominio? A mi juicio, sí, por las siguientes razones:

- La palabra «derechos» es amplísima, comprendiendo no sólo los derechos reales limitados o limitativos, sino también el dominio, entendido, por supuesto, como titularidad.
- El dominio no es simplemente un derecho, sino el derecho real por excelencia, que la mayoría de los autores —y los mismos textos legales— identifican con el derecho de propiedad (aunque tal vez pudiera lograrse una mayor precisión conceptual diciendo que propiedad es aquel derecho real que atribuye el dominio pleno de la cosa, mientras que éste sería el contenido de aquél; es decir, propiedad significa titularidad, mientras que dominio, el contenido de esa titularidad. Pero, en cualquier caso, cuando las leyes hablan de inscripciones de dominio parece claro que se están refiriendo a inscripciones del derecho real de propiedad y no sólo de su contenido).
- Por analogía no es desdeñable acudir al artículo 32, 5.º, del Reglamento Hipotecario, que aunque relativo al procedimiento de expropiación forzosa, habla específicamente del dominio («el dominio y las cargas, gravámenes, derechos reales y limitaciones de toda clase inscritos con posterioridad a la fecha de la nota marginal a que se refiere este artículo, se cancelarán al practicarse la inscripción a favor del expropiante o beneficiario y en virtud del mismo título, aunque los interesados no hayan sido parte en el expediente, para cuya cancelación bastará su expresión genérica»).

2.º Situación del tercero que ha inscrito su derecho con posterioridad a la expedición de la certificación de cargas.

Conforme al artículo 143 del Reglamento Hipotecario, «el tercer poseedor, en el caso señalado en el último párrafo del artículo 38 de la Ley, tendrá derecho a intervenir en el procedimiento con arreglo al artículo 134 de la misma ('si antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada pasare ésta a manos de un tercer poseedor, éste, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, y el Juez lo acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose con él las diligencias ulteriores, como subrogado en el lugar del deudor'), pero sólo deberá ser citado, a los efectos del artículo 126 de dicha Ley, cuando hubiere inscrito su derecho con anterioridad a la expedición de la certificación de cargas prevenida en el artículo 1489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Es decir:

- Si inscribió antes de la expedición de la certificación de cargas: tiene derecho a ser citado en el procedimiento, bien para oponerse al mismo, bien para allanarse pagando o incluso desamparando la finca.
- Si inscribió después de la expedición de la certificación de cargas: no tiene ningún derecho a ser notificado. A lo que añade el artículo 233 del Reglamento Hipotecario —aunque respecto al procedimiento judicial sumario— que «en el auto de adjudicación de bienes, a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la Ley, se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores propuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota prevenida en el párrafo cuarto de la regla 4.ª del artículo citado, para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica». Y el artículo 226, 2.º, del mismo: «La notificación ordenada en el párrafo segundo de la regla 5.ª del artículo 131 no será necesaria respecto a las personas que hayan inscrito, anotado o presentado en el Diario los títulos justificativos de su derecho con posterioridad a la extensión de la nota marginal que dispone el párrafo penúltimo de la regla 4.ª, y que, por tanto, no pudieron ser mencionadas en la certificación del Registro».

3.º Situación del tercero que adquiere con posterioridad a la anotación de embargo, tenga o no derecho a intervenir en el procedimiento en los términos vistos.

Su derecho quedará supeditado a lo que resulte del procedimiento a que aquélla se refiere.

4.º Consiguientemente, ésta es la armonía del Ordenamiento a que alude la Dirección General:

- El artículo 38 de la Ley Hipotecaria protege a quien tenga inscrito su derecho con anterioridad a la primera anotación que provoca el procedimiento.
- El que inscribe el dominio después de que dicha iniciación conste en el Registro, aunque antes de la expedición de la certificación de cargas, tiene derecho a ser citado en el procedimiento.
- Forma de cancelar los derechos, tanto de dominio como los demás reales: la especificada en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario (tanto aplicable al dominio como a los demás derechos reales; la Ley no pretende distinguir, sino que constituye un todo armónico y relacionado).
- Y el principio del tracto sucesivo no contradice lo dicho, sino que, al contrario, significa una manifestación de ello.

5.º De este modo, la Dirección General aporta los siguientes argumentos:

- La valoración conjunta del Ordenamiento.
- La injusticia que resultaría de conceder al ejecutado la posibilidad de inutilizar o entorpecer las ejecuciones, pese al cumplimiento en ellas de los trámites exigidos.

- El derecho adquirido con posterioridad a la anotación se halla supeditado al resultado del proceso en que se ordenó aquélla, de modo que si al embargo anotado sigue la ejecución del bien y su enajenación judicial, el adquirente verá extinguido su derecho y, consecuentemente, su cancelación procederá conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria, desde el momento en que se acredite fehacientemente al Registrador tal enajenación judicial y el cumplimiento de los trámites previstos.
- El tracto sucesivo y la salvaguardia judicial, respecto de un asiento que nace subordinado a otro anterior, no puede provocar alteraciones en el proceso que en éste se refleja, ni obstaculizar la inscripción del título posterior a que el mismo conduzca.
- El artículo 233 del Reglamento Hipotecario, cuya aplicación analógica —cuando no directa, dada la remisión del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario— viene posibilitada por la identidad esencial entre el supuesto en él previsto y el que ahora se plantea, no discrimina ni excluye los asientos de dominio. Y el mismo efecto atribuye el artículo 235, 10.º, a la escritura otorgada por el rematante o adjudicatario y el dueño de la finca, en la que se haga constancia del cumplimiento de los trámites previstos.

e) Conclusión: La frase del artículo 175, 2.º, del Reglamento Hipotecario «... se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor .», ha de entenderse referida no sólo a los derechos reales limitados o limitativos, sino también al dominio.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD PERSONAL. PROTECCION POST MORTEM. DAÑO MORAL. USOS SOCIALES. Ley 1/1982, de 5 de mayo, artículos 8, números 1 y 2, a), y 9, número 3 (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1986).

La indemnización del daño moral ha de ajustarse a otras pautas que las de estricta equivalencia económica.

No es lugar abierto al público la enfermería de una plaza de toros.

La esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento, debiendo atenderse a los usos sociales.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, Editorial P., contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 14 de esta capital, la que anula. Los fundamentos de esta interesante sentencia son:

1. El presente recurso de casación se dirige contra la Sentencia de la Audiencia de esta capital (16 de julio de 1985) que, manteniendo la del Juzgado (4 de febrero de 1985), estima parcialmente la demanda de I. P. M. en el concepto de viuda del matador de toros F. R. P., fallecido el 26 de septiembre de 1984 a consecuencia de las heridas de asta de toro que recibió en la plaza de Pozoblanco, y condena a la entidad demandada, que es «Editorial Prographic, S. A.», «por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización en las que se recogen escenas e imá-

genes de la vida privada y profesional del que fue su esposo, a que abone la cantidad de 20 millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios», añadiendo que «se ratifica la medida cautelar adoptada el pasado 29 de noviembre (de 1984), en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro». La demandante había solicitado (aparte la suspensión cautelar de la venta de los vídeos que, bajo el título *Paquirri, un canto de amor y muerte*, estaba comercializando a la sazón, lo que se acordó en Providencia de 29 de noviembre de 1984 y llevó a efecto el 30 del mismo mes) una sentencia en la que se condene a la entidad demandada a abonarle, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 40 millones de pesetas.

2. No existe cuestión alguna en torno a que la pretensión indemnizatoria de la demanda reposa sobre el contenido del vídeo ocupado e incorporado a las diligencias, por lo cual carece enteramente de sentido el motivo primero de los cinco de que consta el recurso de casación y que se articula por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba. Lo que el motivo, según aparece en su desarrollo, pretende es más bien que se valore o estime jurídicamente de otro modo que en la instancia el contenido de la cinta, lo cual no es cuestión atañente a la actividad probatoria.

3. Debe ser examinado a continuación el motivo tercero, que, al amparo del ordinal tercero del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la irregularidad de la sentencia tachándola de incongruente e invocando al propósito el artículo 359 de la dicha Ley. Alega que «de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena, según narra en el octavo considerando, y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes, decretando cuáles son las imágenes que violan, a su juicio, la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, de aquellas otras que no violan tal derecho». Esta alegación, así formulada, pudo servir en su oportunidad para salir al paso de la medida cautelar que adoptó la Providencia del Juzgado de 29 de noviembre de 1984 y que se llevó a efecto, como se adelantó, el 30 de dicho mes, y ahora podría conducir a la casación parcial para conseguir eliminar del fallo condenatorio el pronunciamiento en que se ratifica la medida cautelar de secuestro de las cintas de vídeo, pero ni puede conducir a una casación total, como se pretende, si las escenas que se dicen atentatorias a la intimidad mantuvieran esa calificación en este trance de la casación, ni, más en profundidad, constituirían (con lo que el motivo decae) irregularidad procesal del fallo, sino improcedencia de una parte del mismo. Se hace preciso por ello alcanzar el fondo del recurso y juzgar, en definitiva, si el contenido de la cinta, siquiera en alguna de sus partes, merece la protección jurisdiccional objeto de la demanda.

3. Los motivos segundo, cuarto y quinto del recurso discurren los tres por el cauce de amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo segundo entiende que el contenido del vídeo está en el supuesto del apartado a) del número 2 del artículo 8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, por dos razones: la enfermería de Pozoblanco se convierte, en sus primeros momentos, en lugar abierto al público, y, además, las imágenes fueron captadas por la entidad demandada no en la enfermería de Pozoblanco, sino del programa «Informe Semanal» de-

Televisión Española, con audiencia estimada de 17 millones de espectadores, por lo que no es posible entender que la imagen no se ha captado en lugares abiertos al público o en acto público. El motivo cuarto invoca el número 1 del mismo artículo 8, en cuanto, genéricamente, descarta aquellas actuaciones tachadas de intromisiones cuando predomine en ellas un interés histórico, científico o cultural relevante, y, a juicio de la entidad recurrente, la fiesta de toros es un elemento fundamental explicativo de nuestra cultura, y dentro de la fiesta, la «cogida» es la plasmación del riesgo con todo el dramatismo social que ello encubre, siendo, pues, de interés cultural la cogida y la misma muerte. Finalmente, el motivo quinto se endereza contra la indemnización de 20 millones, y se funda en el número 3 del artículo 9, con vista del cual la moteja de indemnización desorbitada, por cuanto la difusión, reducida a la venta de un máximo de 55 copias, y el beneficio de la entidad demandada no ha sido acreditado en modo alguno. Deben examinarse estos tres motivos atendiendo primordialmente al cuarto, en íntima e inseparable relación con el segundo, ya que, ante todo, ha de dilucidarse si el contenido del vídeo representa una intromisión en los invocados derechos o bienes de la personalidad en aspectos que deban ser preservados, ya que por su contenido, la suerte del motivo quinto pende de la de aquéllos, por no proceder indemnización alguna si, como en aquéllos se alega, no ha existido la intromisión ilegítima. Debe, sin embargo, declararse que, según el texto invocado, el perjuicio se presume por la Ley, y si la indemnización se valorará tomando en consideración «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», según así lo expresa el mismo texto, se entenderá al daño moral, que, como dijo la Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad, que es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado, para lo que se tendrán en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

4. Los textos que el recurso invoca en los motivos que se están examinando distinguen la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, prohibidas, desde luego, y las obtenidas fuera de ellos, prohibidas también, en términos generales (7, 5), pues pudiera excepcionar la protección el predominio del interés histórico, científico o cultural siendo relevante, quedando también fuera de la prohibición y de la protección las imágenes obtenidas fuera de los lugares o momentos de la vida privada de personas que ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público (8, 1, a). Esas personas, profesionales de notoriedad o proyección pública, tienen protegida su intimidad, pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público. Y es desde esta perspectiva que debe juzgarse si las imágenes que el vídeo contiene merecen o no la protección jurisdiccional.

5. El vídeo en que se supone vulnerado el derecho de la persona a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se aplica con marcada preferencia a las actuaciones profesionales o artísticas del torero fallecido y a ellas dedica la práctica totalidad de su contenido; actuaciones artísticas que se acompañan con los juicios y opiniones y los recuerdos

de autoridades y críticos taurinos y amigos y dependientes del diestro. De esta línea, ceñida a la actividad artística, a la que se atiene el vídeo, sin posible duda, únicamente conciernen a lo personal algunas imágenes de sus bodas y de su sepelio. Por ello, sin duda, el fallo condenatorio se basa en que la Ley prohíbe la captación de «las imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza, lugar que, por sus características y finalidad, confiere necesariamente carácter privado a cuanto allí sucede». La captación y la reproducción de imágenes está permitida «siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en un determinado momento tengan acceso a ella»; distinguiendo también entre la divulgación de esas imágenes, que fueron difundidas, según es notorio, por Televisión Española, y que fueron reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, lo que se reputa «información inmediata de un suceso con resonancia pública, y la comercialización posterior, con ánimo de lucro, de esa misma información, incluyendo las imágenes de los últimos momentos de la vida del torero herido».

6. Para rectificar el juicio tan ponderado que la Audiencia deja razonado, es obligado denotar que la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, la cual protección se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7 de la Ley. Estos casos la atraerán, desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del fondo del principio general del *alterum non laedere*. No constituyen, sin embargo, un *numerus clausus*. De otra parte, la denotada relativización con la que ha de otorgarse la protección se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona, y en cada caso según las circunstancias que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes. Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada la esfera valorativa del Juez, a quien competará antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquélla, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la Ley remite en su artículo 2, 1. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la Ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas, conforme al ya invocado punto 1 del artículo 2. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales, y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente

escogidas y asumidas por cada persona. La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros, en la que se ocupaba desde hacía muchos años, más de diez, habiendo alcanzado en ella notable celebridad. Siendo de la esencia del espectáculo de que era principal protagonista (espada, matador, maestro), puesto al frente de otros artistas de menor categoría y de subalternos, no caben dudas acerca de que asumía el riesgo consiguiente a las actuaciones que ese espectáculo de masas comporta por su propia naturaleza. Eliminado o disminuido el riesgo de vida y puesto fuera de las reglas y usos que le son propios, la fiesta llamada nacional precisamente por su difusión, se desesencializaría y dejaría de ser, para transmutarse en otro espectáculo. Participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegado el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando *a fortiori* el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del video en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas, a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, aunque a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.

7. Procede, según lo razonado, estimar el recurso por sus motivos segundo y cuarto y sin que haya lugar a examinar el quinto, y casar y anular la Sentencia de 16 de julio de 1985, pronunciando la estimación del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada y desestimando la demanda.

COMENTARIO.—La protección de los derechos de la personalidad es una cuestión de relevante actualidad que ha alcanzado gran trascendencia in-

cluso en el ámbito internacional y político, con su encuadre dentro de los llamados «derechos humanos», como si todos los derechos no lo fuesen en realidad. Limitándonos al campo estrictamente civil, se trata de un tema que está unido íntimamente al daño moral (*pecunia doloris*), en el que fueron pioneros los países anglosajones, concretamente su jurisprudencia. Se citan, en efecto, casos tales como la indemnización de 500 libras por derribar el sombrero a una persona, otras por negar el saludo en una reunión social o verse obligado el viajero a instalarse en una clase inferior del tren a la del billete que se le había expedido, etc.

En nuestro Derecho, la indemnización de los daños morales ha ido abriéndose paso trabajosamente, en principio referida a los supuestos de culpa extracontractual por accidentes, pudiendo citarse en tal sentido la Sentencia de 9 de diciembre de 1949, comentada por el profesor DESANTES (*ADC*, III, 1, enero-marzo 1950, págs. 225-230), motejándola de justa y equitativa.

Una de las manifestaciones del respeto a la intimidad personal y los derechos de la personalidad lo constituye la protección *post mortem* de la persona o de sus restos, citándose el célebre caso de los herederos de BISMARCK negándose a la reproducción gráfica. En este punto, como en tantos otros, se adelantó el inolvidable magisterio de don FEDERICO DE CASTRO, quien, tanto en sus explicaciones de cátedra como en un pequeño, pero enjundioso volumen titulado *Temas de Derecho civil*, se ocupó de la cuestión señalando la dificultad de la materia y la posible distinción entre ciertas zonas o esferas para vencerla. Dice así: «La dificultad residirá siempre en fijar bien hasta dónde llegar y cuál es el objeto exacto de ese 'debido respeto a la intimidad'. Como criterio orientador, cabe distinguir zonas .. en que ese respeto ha de jugar de menos a más: 1. *Zona pública*, aquella que corresponde a la de la actuación y responsabilidad de los hombres públicos, en cuanto a su obrar. 2. *Zona privada*, referida a los actos de los hombres no públicos o de los hombres públicos en lo que no afecta a su actuación como tal (vida familiar, relaciones de amistad personal). 3. *Esfera secreta o confidencial*, será la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena (desgracia personal o familiar, diario íntimo, correspondencia confidencial)». Esta distinción es aplicable al caso presente, en el que la actividad del torero puede considerarse por su profesión y los eventos que en la misma le suceden en el lugar en que ocurrieron como «zona pública», zanjando el distinto criterio de las partes respecto a las escenas —breves, por otra parte— de la enfermería, como formando parte de la misma.

Ahora bien, adviértase que la raíz del pleito no es tanto la reproducción inmediata y por un medio gráfico del desgraciado suceso y su inmediata consecuencia —asistencia médica en la enfermería de la plaza—, sino más propiamente de su difusión mediante precio a través de las cintas de vídeo comercializadas unilateralmente por la firma demandada, sin el consentimiento de los herederos del diestro.

En la decisión de nuestro más Alto Tribunal parece que juegan las siguientes consideraciones, aunque no todas ellas se manifiesten claramente en la sentencia:

1.º La cuantía de la indemnización solicitada por la demandante, apelada y recurrida, que parece a todas luces excesiva (40 millones de pesetas

en el año 1984), lo que conlleva a estimar la posible existencia en ésta de un ánimo de lucro en cierto modo incompatible con la naturaleza de los hechos, máxime al no haber resultado acreditados los beneficios comerciales producidos por las supuestas ventas de tales cintas de vídeo.

2.º Que tal actividad —filmar en vídeo las actuaciones de toreros— es uno de los fines específicos de la Empresa demandada, apelante y recurrente, la cual había recogido ya las de cinco diestros y tenía otras en vías de terminación.

3.º Que las escenas de la enfermería no fueron filmadas por la demandada en su totalidad, sino por RTVE o TVESA y difundidas por aquélla con autorización de éstas.

En cuanto al primer punto señalado, ya el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid debió estimarlo así, pues redujo a la mitad la cuantía de la indemnización, condenando a la Sociedad demandada a que indemnice a la actora por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional del que fue su esposo a que abone la cantidad de 20 millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios, ratificando la medida cautelar adoptada en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro, rechazando la excepción alegada de litisconsorcio pasivo necesario, sentencia confirmada en todas sus partes por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El recurso de casación se articula a través de los siguientes motivos: PRIMERO.—Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al errar la Sala sentenciadora y el Juez de Instancia en la apreciación de la prueba. Ambas sentencias llegan a la conclusión de que las imágenes obtenidas en la enfermería de la plaza de Pozoblanco son susceptibles de protección por ser privadas, dado que el lugar en que se obtuvieron era privado. Y tal premisa de contenido fáctico entendemos que es errónea, a tenor de lo que se advierte en la prueba practicada. SEGUNDO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso. La sentencia que recurrimos vulnera también el artículo 8, 2, a), de la expresada Ley Orgánica 1/1982, y en su consecuencia el artículo 20, 1, b), de la Constitución Española, ya que las imágenes objeto de la controversia tienen el carácter de públicas, han sido obtenidas en lugares públicos y de una persona que ha de reputarse pública. Tanto la Ley Orgánica cuya vulneración denunciarnos, como su antecedente legislativo, tenían una sola finalidad en cuanto a la intimidad y la propia imagen, y esta finalidad no era otra que defender la vida privada de las intromisiones ilegítimas. Por ello, y de forma evidente, ambas disposiciones exceptuaron de su ámbito de aplicación la información de la vida de personajes públicos. Se debe, pues, admitir la aplicabilidad del artículo 8, 2, a), de la precitada Ley 1/1982, despojando de ilegitimidad esas imágenes o su reproducción. En otro caso, se produciría, y así lo enunciamos formalmente a los efectos procesales oportunos, una violación del artículo 20 de la Constitución Española. TERCERO.—Al amparo del artículo 1.692, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción en las normas reguladoras de la sentencia. Por violación del artícu-

lo 359 de la expresada Ley Procesal Civil, ya que el fallo de la sentencia recurrida es contradictorio con el contenido argumental de la misma. La sentencia que recurrimos, dictada en un pleito de protección jurisdiccional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, en sus fundamentaciones jurídicas y fácticas, de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena. Y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes, decretando cuáles son las imágenes que violan, a su juicio, la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, de aquellas otras que no violan tal derecho. CUARTO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso. Se denuncia, en concreto, la infracción por aplicación del artículo 8, 1, *in fine*, de la Ley 1/1982, que amplía, a su vez, la Ley Orgánica de Protección de los Derechos Fundamentales de 26 de diciembre de 1978, por cuanto las imágenes que se controvierten en este proceso son imágenes de interés histórico y cultural. El mencionado precepto vulnerado por las sentencias recurridas establece que «no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas... cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Al ser así la aplicación de la norma invocada desaparece la restricción a la libre expresión científica, considerándose legítima la supuesta «intromisión». QUINTO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Se infringe, a juicio de esta representación, el artículo 9, 3, de la Ley 1/1982. Y ello al señalar la suma de 20 millones de pesetas, cantidad, a nuestro juicio, desorbitada por cuanto la difusión y el beneficio de la demanda no ha sido acreditado en modo alguno, sin que quepa la vía de presunciones, y ha de conocerse que se trata de un suceso que con cierta reiteración se emite por otros medios de comunicación, no sólo TV, sino prensa fotográfica, etcétera. En suma, tras una audiencia de TV a 16 millones de espectadores, parece que la lesión que se hubiere producido, en su caso, no ha de tener esa valoración, sino otra muy inferior. Y a idéntica conclusión se ha de llegar si se examina el beneficio obtenido, apareciendo unas ventas de cerca de 50 cintas a un precio de 8.000 pesetas, lo que haría ascender la comercialización a 400.000 pesetas, de las que habría de deducirse, en su caso, los costes de impresión. Procede, pues, que la Sala, en caso de mantener la sentencia, pondere la suma indemnizatoria, de acuerdo a lo previsto en el artículo cuya infracción denunciemos, cifrándola en no más de 300.000 pesetas. Y tal revisión de la indemnización puede producirse en este trámite, por cuanto la Sala a que me dirijo se encuentra en idéntica posición de decisión que el Juzgado de Instancia.

El Tribunal Supremo acoge los motivos segundo y cuarto, sin que haya lugar a examinar el quinto, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 16 de julio de 1985 y desestimando la demanda, alzando y quedando sin efecto la medida cautelar adoptada por el Juzgado en Providencia de 29 de noviembre de 1984.

En resumen, el Tribunal Supremo decide en buena lógica que no estamos ante un caso de intromisión ilegítima, conforme al artículo 8, apartado 2, letra a), de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE PASO.—EXTINCION POR INCUMPLIMIENTO DE LO CONVENIDO AL CONSTITUIRLA.—INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia número 12 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Deducidos los cinco motivos que sirven de fundamento al recurso por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su anterior redacción, de aplicación al caso), las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, al no haber sido impugnadas por el cauce adecuado al efecto del número 7.º del citado artículo de la Ley Procesal, quedan inalteradas en este trámite casacional, y de ellas ha de resaltarse el pleno valor probatorio que concede a la certificación del Ayuntamiento de Algete obrante al folio 271 de los autos originales, resultando de dicha certificación, fechada el día 9 de enero de 1981, que la Urbanización denominada «Ciudad Santo Domingo» se encuentra situada a 14 kilómetros por carretera del casco urbano de Algete, no habiendo sido transmitidos formalmente (hasta la fecha) los viales de dicha Urbanización al Ayuntamiento, concretando la certificación «que la vigilancia, conservación y cuidado, así como los gastos producidos por la iluminación y los de cualquier otra especie relacionados con dichos viales, ni se llevan a cabo ni corren por cuenta de este Ayuntamiento de Algete».

2. Primordial elemento probatorio a los fines de la adecuada resolución de los temas que el recurso plantea, lo constituye también el contenido de la escritura pública de 30 de julio de 1971, autorizada por el Notario de Madrid don Enrique S. Arnau y Grau, bajo el número 4.133 de su protocolo, documento de reconocida autenticidad y en el que ambas partes litigantes fundamentan sus respectivas pretensiones, resultando de su contenido que la entidad actora, «Fomento Inmobiliario y Urbanización, S. A.», como dueña de la finca de 41 hectáreas, 95 áreas, 99 centiáreas y 72 decímetros cuadrados, lindante por todos sus vientos con parcelas del 1 al 878, ambas inclusive, que constituyen la Urbanización residencial «Ciudad Santo Domingo», establece sobre la misma, integrada, como asimismo se hace constar en la escritura «por los viales y zonas verdes de la Urbanización denominada Ciudad Santo Domingo, de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid con fecha 31 de enero de 1968», una servidumbre de paso a favor de fincas de la demandada, «Urbanizadora Jarama, S. A.», en concreto, sobre la red viaria constituida por la avenida de Santo Domingo, incluido el puente sobre el río Guadalix, y avenida de Guadalix y del Monte, obligándose «el titular o titulares al predio dominante mancomunada y solidariamente a contribuir a los gastos de utilización, conservación, reparación y mejora de la parte de red viaria y sus servicios, sobre la que se constituye servidumbre de paso en la proporción que suponga la extensión de los predios dominantes en relación a la superficie total de la Urbanización Ciudad Santo Domingo».

3. La mercantil actora «Fomento Inmobiliario», amparándose en lo convenido en la escritura pública a que se ha hecho mérito en el fundamento de Derecho que antecede, ejercitó, frente a «Urbanizadora Jarama, Sociedad Anónima», acción resolutoria del contrato de constitución de la servidumbre, reclamando la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones que le competían y cifrando el montante cuantitativo de tal indemnización en la cantidad de 26.601.824,27 pesetas, cantidad que se correspondía con la consignada en el hecho undécimo de la demanda, en que se establece liquidación de lo que le adeudaba, según su tesis, en razón a los gastos de conservación y demás que se habían originado por razón del uso de los viales durante cinco meses del año 1971 y las anualidades siguientes hasta el 31 de diciembre de 1979.

4. La sentencia recurrida, confirmando en parte la recaída en primer grado jurisdiccional, acoge también en parte las pretensiones de la demanda, decretando la resolución del contrato de constitución de la servidumbre de paso, declarando su extinción, y con la correspondiente constancia en el Registro de la Propiedad al propio tiempo condena a «Urbanizadora del Jarama, S. A.», a que abone a la actora la cantidad líquida que especifica, incrementada con la parte correspondiente al año 1974 hasta el 12 de julio, la primera de cuyas cantidades devengará el interés pactado a contar desde la fecha del requerimiento de pago, determinándose la segunda en ejecución de sentencia y devengando el mismo interés a contar desde el momento en que se haga la liquidación, pronunciamiento de condena que se fundamenta en lo que la resolución impugnada estima le corresponde abonar a la demandada, conforme a lo pactado, por los gastos originados por el uso y conservación de los viales durante el tiempo en que lo verificó, así como los intereses, igualmente pactados, en razón a la demora en el saldo de lo debido.

5. Frente a los pronunciamientos de la resolución impugnada, antes referidos, se alza el recurso interpuesto por la entidad demandada, «Urbanizadora del Jarama, S. A.», articulado a través de cinco motivos, deducidos todos ellos con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción aplicable al caso, siendo denominador común que les sirve de fundamento el que constituye la alegación de que el contrato de constitución de la servidumbre de paso estaba viciado de nulidad radical o absoluta, que determinaba su inexistencia en razón a haberse establecido la servidumbre sobre viales de dominio y uso público pertenecientes al Ayuntamiento de Algete, cedidos con anterioridad a dicho Ayuntamiento por la mercantil actora, conforme al pertinente Plan de Ordenación Urbana. Mas como lo que aparece al respecto de las actuaciones originales, según pone de relieve la sentencia recurrida y consta de la certificación expedida por el Ayuntamiento, obrante al folio 290 de dichas actuaciones, es que el Presidente de la Sociedad actora, «Fomento Inmobiliario y Urbanización, S. A.», «se compromete» a ceder gratuitamente al Ayuntamiento la superficie de viales prevista en el Plan de Ordenación de «Ciudad Santo Domingo», y esta cesión aún no había operado formal ni materialmente el día 9 de enero de 1981, según acredita la certificación del propio Ayuntamiento unida al folio 271, certificación a que se ha hecho suficiente referencia, no subviniendo a los gastos de todo orden que el uso de los viales originaba, es obvio que la convención que es fundamento de la demanda no puede tacharse sin más de

inexistente o radicalmente nula y carente en absoluto de efectos para los intervinientes en la misma, al ser realidad incontestable que la entidad actora mantenía la posesión material de los viales de la Urbanización, haciendo frente a los gastos de toda índole que su uso ocasionaba, seguía figurando como titular de la finca por la que discurrían en el Registro de la Propiedad e incluso en uso de las facultades que en la escritura pública se le concedían, el día 12 de julio de 1974, ante el impago por la demandada de los gastos a que estaba obligada, cerró totalmente el acceso a dichos viales, todo ello sin oposición por parte del Ayuntamiento, lo que determina que, cuando menos, la obligación asumida por la demandada de contribuir a los gastos a que había de hacer frente la actora, en relación a los viales, haya de estimarse válida, sin que sea obstáculo para llegar a esta conclusión el ulterior destino al uso público cuando opera la cesión a favor del Ayuntamiento a que la actora se comprometió.

6. Lo argumentado determina el decaimiento de los cuatro primeros motivos del recurso, en los que haciéndose caso omiso de la realidad fáctica puesta de relieve por la sentencia recurrida, según resulta del material probatorio que ofrece lo instruido, se pretende por la entidad recurrente su absoluta exoneración de la obligación que contrajo de contribuir a los gastos que originara el uso y mantenimiento de los viales, así como postula se la devuelvan por la actora las cantidades que había entregado en razón al aprovechamiento por su parte del paso por los mismos, con olvido de que, de una parte, no hubo error que viciara el consentimiento prestado en la escritura pública que haga procedente la aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.265 del Código Civil (motivo primero), puesto que en el «Antecedente» II de la referida escritura se hace constar que los viales y zonas verdes de la Urbanización denominada «Ciudad Santo Domingo» están de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid de fecha 31 de enero de 1968, y, de otra, porque, como ya ha sido denotado, la entidad actora mantenía la posesión de los viales sin que se hubiera producido tradición material o instrumental de los mismos a favor del Ayuntamiento de Algete, lo que también hace improcedente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.271 del Código Civil (motivo segundo), y del artículo 6, número 3, del propio Cuerpo legal sustantivo (motivo cuarto), siendo de aplicación, por el contrario, el artículo 609 del Ordenamiento dicho (motivo tercero), aunque no en el sentido propugnado por la recurrente, sino referido al dominio que atribuye el Ayuntamiento sin tener en cuenta no había operado a favor del mismo la tradición de los viales.

F. C. L.

EMBARGO.—ANOTACION PREVENTIVA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Reitera la doctrina tradicional conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Son hechos fundamentales en el presente recurso: Primero: En procedimiento ejecutivo instado por el «Banco del Norte, S. A.», contra don

José María, se embargó un inmueble de este último, expidiéndose el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad para que tomara la correspondiente anotación preventiva, anotación que no llegó a practicarse porque devuelto el mandamiento para su liquidación tributaria, no se presentó de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación. Segundo: Dictada sentencia de remate, y una vez firme, se acordó su ejecución, expidiéndose por el Registro de la Propiedad, en cumplimiento del mandamiento judicial, la certificación de hipotecas, censos y gravámenes a que estaba afecto el bien embargado, extendiéndose en la misma fecha, 10 de febrero de 1978, al margen de la inscripción de la finca, la correspondiente nota haciendo constar la expedición de dicha certificación. Tercero: El 16 de marzo de 1979, el propietario don José María constituyó hipoteca en favor del Banco de Bilbao, Banco Guipuzcoano y Productos de Fábricas Metalúrgicas «SAPUM», en garantía de sus respectivos créditos sobre el citado inmueble. Cuarto: En el procedimiento de apremio, tras una primera subasta desierta y después de una suspensión de la segunda, se adjudicó la finca, el 7 de marzo de 1980, a don Santiago, que cedió el remate a don Carlos. Quinto: Por Auto de 2 de septiembre de 1980 se ordenó, entre otras, la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones verificadas después de la expedición de la certificación de cargas prevenida en el artículo 1.489 de la Ley Procesal, entre cuyas inscripciones posteriores figuraba la hipoteca indicada anteriormente. Sexto: Frente a dicha cancelación se interpuso demanda de mayor cuantía por los citados acreedores hipotecarios, Banco de Bilbao, Banco Guipuzcoano y «SAPUM», contra el Banco del Norte, S. A., don José María y su esposa, don Santiago y don Carlos, así como contra terceros interesados, en súplica de que se declare: a) la nulidad del auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián en la parte que ordena la cancelación de las cargas del pabellón propiedad de don José María y esposa, y la expedición del mandamiento al Registro derivada de dicha resolución y así como la nulidad de las actuaciones posteriores; b) la nulidad del asiento de cancelación registral practicado en cumplimiento de dicho mandamiento, y, en consecuencia, que la hipoteca constituida a favor de los actores continúa subsistente, y c) declarar, finalmente, que el crédito de los repetidos demandantes es preferente y tiene prioridad de cobro, sobre los bienes hipotecados, al crédito actuado por el Banco del Norte en el indicado juicio ejecutivo. Se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia rechazando la demanda y absolviendo a los demandados, sentencia que fue confirmada en apelación por la resolución aquí impugnada.

2. Para el adecuado estudio del presente recurso, interpuesto únicamente por el «Banco Guipuzcoano, S. A.», se estima conveniente anticipar las siguientes consideraciones jurídicas: a) Pese a los términos en que se expresa el artículo 1.453 de la Ley Procesal («del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución...»), y pese a lo que dispone el artículo 43 de dicha Ley Hipotecaria («... en el caso del número 2.º del mismo artículo [se refiere al 42], cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación .») y preceptos concordantes, es indudable que la existencia, y subsistencia, del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que la falta de constatación tabular, además de privar a la

traba de los efectos de la publicidad registral respecto a terceros, impida el nacimiento de un derecho de garantía similar al de hipoteca respecto a los actos dispositivos o de gravamen posteriores a su fecha. La falta, pues, de anotación ni priva de efectos al embargo ni impide la prosecución de la vía de apremio contra el inmueble embargado hasta la venta en pública subasta o la adjudicación al acreedor, y buena prueba de ello es que al no regir en nuestro ordenamiento el principio de inscripción constitutiva, es decir, al no ser la inscripción registral requisito indispensable para la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios, existen infinidad de fincas que no han tenido acceso al Registro y que, sin duda alguna, pueden ser objeto de embargo y posterior venta en pago del crédito garantizado con embargo, pese a que, por falta de previa inscripción, no puede anotarse la traba practicada. Por otra parte, el artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario da por supuesta la posibilidad del procedimiento de apremio sin la anotación del embargo. b) El contenido del Registro, que por aplicación del principio de fe pública registral y en aras de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, se presume exacto e íntegro cuando concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, está constituido no sólo por lo que resulta de los asientos de presentación, inscripción, anotación y cancelación, sino también, por lo que constatan las notas marginales consignadas en sus libros, y entre ellas por la que expresa el haberse extendido la certificación de cargas en el proceso de ejecución —nota que por disposición del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario debe figurar al margen de la anotación de embargo practicada con arreglo al artículo 1.453 de la Ley Procesal, o, en su defecto, al margen de la correspondiente inscripción, lo que denota la sustantividad de la misma—, y que si bien, como se admite casi unánimemente, no tienen la virtualidad de producir el cierre del Registro respecto a actos de disposición o gravamen, ni, por tanto, excluye las facultades dispositivas del titular registral, exterioriza, sin embargo, la existencia de un procedimiento de apremio que impide que quienes con posterioridad a ella adquieran algún derecho sobre la finca, pueden ampararse en el indicado principio de fe pública al faltarles uno de los requisitos fundamentales exigidos por el indicado artículo 34, cual es el de la buena fe, buena fe que no se puede invocar frente al contenido registral. Debiendo tenerse en cuenta, además, que, a tenor de lo establecido en el artículo 131, 17, de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 175, 2.º, y 233 del Reglamento Hipotecario, la enajenación judicial de la finca embargada, cualquiera que sea el procedimiento de apremio seguido, lleva consigo la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, y, sin excepción alguna, la cancelación de las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas, sin que respecto de estas últimas, a diferencia de las extendidas con anterioridad, sea necesario practicar notificación alguna a sus titulares dándoles a conocer la existencia del apremio por si les interesa intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, en cuanto dicha nota exterioriza tal proceso de ejecución en curso.

3. Lo expuesto anteriormente lleva aparejada la desestimación del primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la

Ley Procesal, anterior a la reforma y en el que se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 38, 2, de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 37 del mismo Cuerpo legal, y en el que se razona que por vía de un procedimiento ejecutivo, en el que el titular de un derecho real no es parte, no puede ordenarse cancelación alguna del mismo sin que se entable previamente demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, con audiencia del titular afectado y por las causas del artículo 37 de la misma Ley Hipotecaria; argumentación inaceptable en cuanto: a) la exigencia de entablar previamente o a la vez que la acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, la acción de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, es una emanación del principio de legitimación registral proclamado en el párrafo 1.º del indicado artículo 38, es decir, de la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y de cuya presunción *iuris tantum* de exactitud no puede prevalecerse quién conoció o debió conocer, por publicarlo el Registro, la existencia del procedimiento de apremio, y b) según lo expuesto anteriormente, la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la nota marginal se produce por imperativo legal, y ello sin necesidad de que el titular del derecho en ellas constatado sea notificado o vencido en juicio y sin perjuicio, claro es, de la posibilidad de haber intervenido en la ejecución a los efectos señalados.

4. La misma suerte desestimatoria debe acompañar al segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal y en que se acusa la aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las Sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 1967, 16 de mayo de 1969 y 3 de noviembre de 1982, pues frente a la tesis mantenida en el motivo, y como se acaba de exponer, ni es indispensable la anotación de embargo en el Registro para seguir el procedimiento de apremio, ni pueden desconocerse los efectos de la publicidad registral que el contenido de la nota proclama, ni, en suma, puede alegar buena fe quien hace caso omiso de lo que al tiempo de adquirir su derecho constaba en los asientos del Registro.

5. Igualmente decae el último motivo, amparado en el ordinal 3.º de la Ley Procesal, por no contener la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre la pretensión de que se declarase que el crédito hipotecario de los actores era preferente y gozaba de prioridad de cobro sobre los bienes hipotecados respecto del crédito actuado por el Banco del Norte en los autos del juicio ejecutivo, pues si el recurso de casación sólo se da contra el fallo en el que se concreta la decisión jurisdiccional y si las sentencias que absuelven de la demanda, según reiterada doctrina de esta Sala, no pueden tacharse de incongruentes siempre que respeten la causa de pedir, es indudable que no puede apreciarse la incongruencia que se denuncia en cuanto la sentencia absuelve a los demandados de todas las pretensiones de la demanda; pero es que, además, si se desestima el recurso en cuanto al pedimento anulatorio de las actuaciones practicadas en la vía de apremio del juicio ejecutivo, es manifiesto que ninguna preferencia puede invocar la recurrente, apoyada en una inscripción de hipoteca cancelada, cancelación que subsiste al haberse rechazado los anteriores motivos dirigidos a obtener su nulidad.

F. C. L.

FOROS. CUALIDAD DE FORERO (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Para determinarla no es esencial el pago de la pensión.

Discutido si el carácter de forero —y, por tanto, adquirente de la propiedad plena de la finca al redimirse el foro— correspondía a las personas físicas que llevaban las fincas aforadas y pagaban materialmente la pensión en especie o a la Entidad local que las reunía y entregaba al forista, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, confirma la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, confirmatoria en cuanto al fondo de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de León, que había reconocido tal cualidad en la Entidad local, según los siguientes fundamentos de Derecho.

1. Los motivos por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos (o sea, los motivos 1 a 6) deben ser desestimados con sólo advertir que, apoyados en la prueba documental aportada con el escrito de la demanda, todos los documentos que se citan fueron valorados en su eficacia probatoria por la Audiencia, con lo que decaen de la condición de auténticos, según la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala aplicativa del antiguo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto, hoy derogado, pero vigente cuando el recurso se interpuso, y que debe ser aplicado en la presente sentencia por así disponerlo la transitoria primera, no excepcionada por las siguientes, de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, previene que «las actuaciones promovidas antes de la entrada en vigor de esta ley de reforma, continuarán sustanciándose por las normas vigentes al tiempo de su iniciación», por lo cual el grupo o familia de motivos que se considera no puede escapar a la inteligencia que el cauce de amparo escogido mereció de la jurisprudencia, la cual, en sentencias tan numerosas que es ocioso citarlas, entendió que «documento auténtico» es aquel que ha sido preterido y olvidado, y no lo son, por tanto, aquellos documentos básicos de la demanda, que el juzgador de la instancia tuvo a la vista, ponderó y valoró, adecuadamente o no, sin que pueda servir de pretexto para traer a la consideración de esta Sala todo el material probatorio, convirtiéndola en una tercera instancia. El juzgador de la instancia, por el examen de los documentos aportados principalmente, sienta la conclusión fáctica, clave del fallo desestimatorio, de que el titular del dominio útil del foro cuestionado era el Concejo de Villómar en tanto que entidad local y no los vecinos individualizados, entre ellos la parte actora, que pretendan serlo y que no figuran como tales foreros en ninguno de los documentos. Frente a esa lectura e inteligencia el presente recurso, en los seis motivos en examen, comenta los diferentes documentos para sentar la contraria conclusión de que los foreros eran los vecinos concretos que en cada momento eran llevadores de las fincas gravadas con el foro o poseedores de las mismas y en tal concepto obligados al pago de la pensión foral. Se trata, en suma, de una interpretación del contenido de esos documentos opuesta a la que merecieron a la Audiencia, no siendo la de ésta absurda ni ilógica, y antes bien merece ser asumida por esta Sala, luego de haber efectuado un pormenorizado examen de cada uno de los documentos que se citan y comentan a lo largo de los 32 folios que se aplican a ese objeto. A) Debe, en efecto, conceptuarse, a los fines del

presente recurso, que la finca sobre la que estaba constituido el foro es un bien perteneciente al Común de Vecinos de la Entidad Local Menor de Villómar, del municipio de Mansilla de las Mulas, provincia de León, a partir precisamente de dichos antecedentes documentales y, en particular, de las actas de la Junta Vecinal, principalmente la de 1 de marzo de 1929, con la que se abre el Libro de Actas autorizado por la Administración de Rentas Públicas de la provincia de León. Al acordarse por los quiñoneros la redención de foro a su costa, configuran antecedente un régimen de aprovechamiento consuetudinario definido por rasgos tan caracterizadores como son los de no contraer, frente al forista, una obligación *iure proprio*, ya que los entonces firmantes (entre los cuales, por cierto, no aparece el causante del hoy actor, que no alcanzó la condición de quiñonero hasta el año 1946, como luego se verá) comprometen únicamente y responden con sólo (1.º) «la parte y proporción que les corresponde de dichos quiñones, como asimismo con los frutos sembrados en las tierras que los constituyen, siempre afectas a las obligaciones que pudieran derivarse tanto del pacto como del empréstito, obligándose igualmente al pago de la parte alícuota que a cada uno pudiera corresponder bajo pena de ser declarado vacante el quiñón respectivo si no lo verifica, en cuyo caso la Junta Vecinal dispondrá la nueva provisión de las vacantes que por tal concepto ocurran, las cuales deberán adjudicarse al vecino más antiguo que carezca de él con su casa abierta al tiempo que marca la Ley». En el pacto 2.º se comprometen los firmantes «a no disponer ni enajenar ninguna finca que a ellos pertenezca hasta no haberse realizado el completo pago del importe de la redención y demás gastos que ello ocasione»; pero responsabilidad ilimitada, por el capital del foro o del préstamo para redimirlo, no aparece en la documentación incorporada hasta la fecha, más próxima, del documento de reconocimiento de préstamo y deuda de 4 de diciembre de 1945 (que tampoco aparece suscrito por el causante del actor). Se establece en 1929, además, que será declarado vacante el quiñón del vecino que cambie de residencia. A la calificación de comunales no son obstáculo impeditivo determinante esas peculiaridades consuetudinarias, que hallan acogida en el número 2 del artículo 192 de la Ley de Régimen Local, texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, y el correlativo artículo 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, preceptiva que continúa al artículo 94 del vigente, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Tampoco es insuperable el abono de cierta «renta» por los «quiñoneros» a la Junta, ni la sujeción a la Contribución Territorial, ni, finalmente, la Resolución emanada por el Servicio de Concentración Parcelaria el 23 de noviembre de 1971, por la que se declararon bienes patrimoniales de propios las fincas de reemplazo, ya que el alterar la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales precisaba expediente en el que se demostrara la conveniencia del cambio de afectación, fuera de los otros eventos en que no era necesario, conforme al artículo 8 del Reglamento de Bienes de 1955. Lo que, en definitiva, se pretende es extraer del patrimonio municipal las fincas de reemplazo de la de 240 hectáreas que estuvo sujeta al foro redimido. Ciertamente que la redención se efectuó con capital que, al parecer, fue suministrado por los «quiñoneros» y no por el ente local titular del dominio útil antes de la redención del foro y ahora del dominio pleno; pero esa anomalía, cualesquiera sean sus consecuencias,

no es bastante para producir en el plano jurídico la transmisión del dominio desde la entidad a los «quiñoneros» o sus habientes-derecho. B) La contribución del causante del actor a la redención del foro queda alegada en el escrito de la demanda con referencia a la documentación aportada con la misma. Para el pago del capital que hubo de efectuarse al forista y que fue el de 18.750 pesetas, se obtuvo un préstamo del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de León por importe de 20.500 pesetas, de las cuales se adeudaban en 4 de diciembre de 1945 las últimas 10.000. En esta fecha todavía no era adjudicatario el causante del actor, quien no accedió a la condición de «quiñonero» hasta adjudicársele el 5 de marzo de 1946 uno de los tres quiñones vacantes sobre el total de 34. Por tanto, la contribución dineraria a la redención hay que referirla al pago, junto con los demás interesados, de ese resto del préstamo, que fue cancelado, junto con sus intereses, a finales del año 1947. Según la tesis del actor (principalmente en los folios 227 y 233 y vuelta del 238 de la demanda) quedó entonces resuelto el punto debatido y que constituye el fondo del juicio, o sea, la titularidad de los quiñones, fincas de hasta siete hectáreas cada una de las 240 aproximadamente que eran objeto del foro; propietario de cada uno de los quiñones era aquel que después de habérsele adjudicado por la Junta Vecinal, había pagado su parte en el resto del préstamo e intereses al mismo correspondientes y había cumplido su obligación hasta quedar totalmente pagado dicho préstamo, aunque fuera en la exigua cantidad que desprenden las cifras que se dejan consignadas y que no sólo son datos fácticos aceptados, sino expresamente invocados en el lugar señalado del escrito de la demanda, según el cual, por el cauce indicado y con los antecedentes consignados, «queda claro, en suma, que propietario de un quiñón fue el señor padre de mi principal, don Elfidio Alvares Romero, por haber sido adjudicatario y haber cumplido hasta el final con su obligación, es decir, su contraprestación de pagar préstamo e intereses hasta quedar completamente cancelado» (227). El motivo 3.º, hacia el final, y el motivo 5.º del recurso, por error de hecho, insisten en tal alegación.

2. Los restantes motivos, si bien se mira, penden de la estimación de los ya desechados, pues todos ellos arrancan de considerar que los foreros eran las personas físicas que disfrutaban de los terrenos y no la entidad local interpuesta. Los motivos por infracción de ley que discurren por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 reposan, y así lo reconoce expresamente el motivo séptimo, primero de los motivos de ese contenido, «sobre la amplia base derivada de lo expuesto al articular el motivo primero del presente recurso de casación en el sentido de haber puesto de manifiesto que el juzgador, a juicio de este recurrente, padeció un error fáctico consistente en apreciar que de determinados documentos se deducía que la condición de forero recaía en el Concejo de Villómar, cuando en realidad no era así, pues la apreciación correcta hubiera sido la de entender que los foreros fueron los llevadores de las fincas gravadas, poseedores de las mismas y pagadores de la pensión foral». Efectivamente, como dice la exposición de este motivo séptimo, los errores jurídicos que se denuncian, y en particular, el que constituye el tema de dicho motivo séptimo, son otros tantos errores jurídicos estrechamente vinculados al fáctico de la identidad de los foreros, el Concejo o entidad local de Villómar, según el juzgador de la instancia, y las personas físicas que en cada momento disfrutaban las fincas, según la tesis del recurso, que se quiere hacer prevalecer sobre la más objetiva del juzgador.

3. El particularizado examen de cada uno de estos motivos convence de lo que se deja dicho en el fundamento precedente. Ciertamente, el artículo 7.º del Reglamento dictado para la ejecución del Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, aprobado por Real Decreto de 23 de agosto de 1926, define la condición de «forero», «foratario» o «llevador», como equivalente «a las de pagador o dueño del dominio útil». Pero aparte el rango reglamentario de la disposición invocada, que carece por ello del de ley, indispensable para servir de base a un recurso por infracción de ley, y aparte también que dicho precepto se reduce a precisiones terminológicas, lo que decisivamente conduce en derecho a la desestimación del motivo, es que, como ya se adelantó, para articular un recurso por infracción de ley no es lícito seguir «el método consistente en investigar, a través de lo actuado, quiénes fueron realmente los poseedores y llevadores de las fincas aforadas y quiénes estaban obligados al pago de la pensión foral, y la pagaban», ni cabe valerse al efecto «de la documentación aportada a los autos» para, en definitiva, desembocar en que «hay unos vecinos concretos llevadores de las fincas, poseedores de las mismas y que las disfrutaban, llamados quiñoneros, que eran los pagadores de la pensión foral, porque eran los obligados a dicho pago y los que efectivamente soportaban la carga que suponía aportar las 64 fanegas de centeno anuales para entregárselas al forista». Tal aseveración es contraria a la sentada por la Audiencia de que el pago al forista o aforante, como perceptor del impuesto, no se efectúa directamente por los quiñoneros, sino que siempre se interponía entre aquél y éstos el ente local, aunque ello ocurriera sin «que de sus arcas saliera cantidad alguna, ni en efectivo ni en especie, para pagar la pensión foral al forista», ya que «se limitaba a recoger de los llevadores de las fincas las 64 fanegas de centeno anuales que constituía la pensión foral para, una vez recogida la totalidad, trasladarla al forista». Con estas aseveraciones, por otra parte, se está aceptando la tesis de la Audiencia de que el ente local mediaba entre el forista o aforante y los quiñoneros, papel al que asigna la Audiencia la titularidad de «forero», «foratario» o «llevador» siquiera la especie con que se efectuaba el pago se obtuviese de los quiñoneros, privados, sin embargo, de relación directa alguna con el perceptor.

4. El motivo octavo denuncia supuesta infracción de los artículos 5 y 8 del Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, según los cuales la redención de los foros se hará por los llevadores, a quienes compete exclusivamente el derecho a redimir dicha carga y las demás determinadas en los artículos anteriores, y se relaciona estrechamente con el motivo segundo por error de hecho consistente en haber desconocido la sentencia que quienes realmente redimieron el foro de Villómar fueron los vecinos concretos que eran llevadores o poseedores de las fincas gravadas, quienes prepararon e instaron la redención, se obligaron a pagar y pagaron. En «perfecta sincronización con el motivo segundo» (dice el motivo) se examina este aspecto, dentro del motivo octavo en estudio, «desde el plano jurídico puro». Sin embargo, no existe la «sincronización» que se dice entre el tema del motivo segundo y el que es propio de este octavo. En aquel motivo se combatía «otra afirmación fáctica, decisiva para el fallo, «cual era la identidad del llevador del foro que efectuó la redención, y sobre ello la sentencia tiene afirmado que concurrieron como foreros «el presidente y vocales de la Junta Vecinal de Villómar, lo que nos vuelve a indicar» (añade) «que la condición de forero la tenía la Junta Vecinal

de Villómar y no vecinos concretos de dicho pueblo», esto es, afirma inequívocamente que la redención la hizo la Junta Vecinal y no las personas físicas o «quiñoneros» en aquel tiempo. El motivo octavo, ahora en estudio, pende, pues, de aquel motivo segundo, que fue repelido al no aceptarse el error de hecho en la apreciación de la prueba, el cual conducía a la afirmación contraria de haberse efectuado la redención por los «quiñoneros». La repulsa de aquel motivo segundo arrastra inexcusablemente la de éste, que razona sobre la base, inexistente, de haber efectuado directamente los «quiñoneros», desde fuera del ente, la redención que el juzgador de la instancia atribuye a la Junta Vecinal de éste.

5. El motivo noveno alega infracción de los artículos 183, 187 y 188 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955. Los artículos invocados, sin embargo, proceden del texto articulado aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 y han regido ininterrumpidamente hasta su derogación por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, vigente en el texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, desarrollado en cuanto a bienes de las Entidades Locales, según el ya citado Reglamento aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Tanto los preceptos invocados por el motivo, de dudosa aplicación temporal, como los antecedentes que cabría buscarles en los que anteriormente rigieron los bienes del Común de Vecinos (Ley de 2 de octubre de 1877, Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, Ley de 31 de octubre de 1935), todos entienden que los bienes de esa clase pertenecen en titularidad al ente local y en aprovechamiento únicamente a los vecinos, con exclusión de quienes no lo sean, siendo de propiedad privada (hasta el Reglamento de 1986) por cuanto su finalidad no es otra que el beneficio particular de los vecinos. Todas las particularidades que la documentación examinada ofrece caracterizan el foro de Villómar como bien común de los vecinos del lugar, a quienes corresponde su disfrute con exclusión de otros y precisamente desde su condición de vecinos y en calidad de tales vecinos y habitantes de Villómar, siendo el elemento personal o sujeto titular antes del dominio útil y ahora del dominio pleno, la asociación de los vecinos o conjunto del vecindario, expresados y jurídicamente representados por el ente local. No se advierte la intrínseca repugnancia que, según el motivo, ofrece el derecho real de foro para que la titularidad del dominio útil del mismo correspondiese al ente local, que es lo que, en sustancia, alega este reiterativo motivo noveno, que, además, supone aplicados dichos preceptos cuando en lugar alguno son citados ni invocados en ninguna de las dos sentencias recaídas en la instancia. El motivo se adelanta a reconocerlo así y argumenta sobre la base de que la Audiencia, «aunque no cite preceptos, sí tuvo que tenerlos en cuenta y aplicarlos para emitir el fallo».

6. El fundamento del fallo de la Audiencia no está constituido, según así lo afirma el motivo décimo del recurso, por la declaración emanada del Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, que, efectivamente, no era órgano competente para pronunciarse sobre la titularidad del derecho real de foro ni de otro alguno de naturaleza civil, lo que reconoce expresamente el artículo 67 de la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido aprobado por Decreto 2799/1962, de 8 de noviembre, que es ahora el número 1 del artículo 232 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero. La Audiencia acepta y da por reproducidos los fundamentos de la sentencia

del Juzgado, según así expresamente lo manifiesta en el primero de sus considerandos; y, en el primer grado, la desestimación de la demanda es consecuencia de la conclusión de que se está ante un bien comunal del vecindario, que se alcanza por el examen de la prueba, principalmente documental, aportada al juicio, sin mencionarse para nada la declaración administrativa combatida por este motivo décimo, que, por tanto, y al no haber servido de fundamento al fallo contra el cual se dirige el recurso, ha de seguir la misma suerte que los precedentes.

7. El motivo undécimo olvida que los bienes comunales (clase a la que originariamente pertenecían los terrenos litigiosos sujetos al derecho real de foro) se hallan sometidos a un régimen jurídico que los declara inalienables, imprescriptibles e inembargables, equiparándolos en ese aspecto a los de dominio público, carácter que les atribuye ahora expresamente el número 3 del artículo 2 y el artículo 5 del Reglamento de 1986. El derecho de propiedad que el demandante invoca radica en la herencia de su padre y el título de adquisición por el causante es (siempre según el motivo) «un negocio jurídico complejo de formación sucesiva en el tiempo, a través de actos concatenados y dirigidos a un mismo fin: La adjudicación final de la propiedad a quienes correspondía». Estos «actos concatenados» son el acta de 1 de marzo de 1929, momento en que los quiñoneros se ponen de acuerdo para redimir; el segundo acto es el auto de redención del foro, de 7 de abril de 1930; el tercer acto «fue el de 5 de marzo de 1946, en el que se acordó adjudicar un quiñón vacante al señor padre de mi representado (continúa el recurso), don Elfidio Alvares Romero», y el cuarto y último acto, el acuerdo de 10 de diciembre de 1947, «en que se constata que se procedió a la cobranza íntegra total de la deuda o préstamo que quedaba aún pendiente, desde el año 1929, con el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de León». Aunque este título de dominio no pertenece a los típicos regulados por las leyes, el recurso entiende que, según el artículo 1.255 del Código Civil, no existe en nuestro Ordenamiento un *numerus clausus* para la celebración de negocios jurídicos por los que los particulares regulen sus intereses prácticos y efectos, siguiéndose que, en el presente caso, los particulares interesados celebraron un negocio jurídico básico el 1 de marzo de 1929, para llevar a cabo la redención, que habría de desembocar en la adjudicación en plena propiedad. La tradición (siempre a juicio del motivo) se cumplió luego que el padre del actor fue puesto en posesión de su quiñón en concepto de propietario sujeto a condición resolutoria desde el 5 de marzo de 1946 hasta finales de 1947, y libre ya de la condición resolutoria desde finales de 1947 por haberse terminado de amortizar el préstamo. A esta argumentación ha de oponérsele que aun en la suposición de que la redención se efectuase pagando los vecinos la totalidad de las 18.750 pesetas, que fue el capital por el cual se efectuó la redención, y ello sin contribución alguna de la entidad local, municipio o entidad menor, ni siquiera en esa favorable tesis podría ahora alegarse con éxito la titularidad de los terrenos controvertidos constituidos por el quiñón adjudicado y que, desde su carácter de bien del Común de Vecinos ha sido siempre, como se deja recordado, absolutamente inalienable, además de imprescriptible e inembargable, o sujeta la disposición a normas aquí no observadas, permaneciendo, por tanto, ininterrumpidamente en el dominio de la entidad local, en el que continúa. En la línea argumental del actor, si el pago se hubiera completado el mismo año 1929, los quiñoneros que hubieran accedido a la propiedad hubieran sido aquellos que

firmaron el acta básica de 1 de marzo de 1929, con exclusión de los demás vecinos, entre ellos, si lo era, el causante del actor, o si se hubiera ultimado en 1945, cuando aún se adeudaban 10.000 pesetas del préstamo, quienes suscriben el compromiso solidario del documento de 4 de diciembre de ese año, entre quienes no figura el repetido causante y con igual exclusión. No consta quiénes, de los anteriores quiñoneros comprendidos entre 1929 y 1945, satisficieron la parte del préstamo ya devuelta en esta última fecha a la Caja, sin que se explique por qué no habrían de acceder al dominio al estar en igual caso que el causante del actor, ni por qué, en términos más generales, ha de hacerse coincidir la adquisición del dominio con la condición de quiñonero que concluye el pago y no con la de quiñonero que contribuyó en algún momento (aunque luego dejara de serlo, antes de completarse el pago) a devolver el capital del préstamo. Se olvida, finalmente, que el proceso de adquisición del «quiñón», según se tiene alegado, no era un «negocio entre particulares». La Junta Vecinal actuó en todo momento bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cual recurrieron, en 1953, la vecina Agripina Nistal Martínez (folio 14 bis del juicio) y, más recientemente, y en igual concepto de vecina, Avelina Burón Cembranos, quien obtuvo a su favor la Sentencia de la Audiencia de Valladolid de 25 de abril de 1972 (folios 256 a 261 y 343 a 347), emanada a partir de ser comunales los terrenos litigiosos, en lo que también abundó la Administración (informe del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales, a solicitud de la entidad local menor de Villómar, folios 262 y siguientes, de 23 de septiembre de 1968).

F. C. L.

ZONA MARITIMO-TERRESTRE.—CARACTERISTICAS Y REGIMEN (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, conforme a las siguientes declaraciones:

1. Promovida por don Andrés Climent Morant ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Salvador Torregrosa Morant y su esposa doña Milagros Segura Segura, que comparecieron en tiempo y forma; interponiendo reconvenición doña Vicenta María Salou Cort, asistida de su esposo don Vicente Borigues Romero, éstos en rebeldía, y contra el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Cuarta Jefatura Regional de Cortes y Puertos de Levante, que comparecido a través del Abogado del Estado, se conformó con parte de los pedimentos de la demanda, formulando respecto de los restantes excepción de falta de legitimación pasiva por no afectar al Estado; con fecha 22 de noviembre de 1983 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, en la que, revocando en parte la

dictada por el referido Juzgado el 28 de mayo de 1982, absolvía de la demanda a los demandados primeramente citados, estimaba respecto del Estado la excepción de falta de legitimación pasiva y, finalmente, desestimaba la reconvencción por falta de litisconsorcio pasivo necesario, sentencia contra la que se formuló por el actor el presente recurso de casación por infracción de ley, y que habrá que entender referido únicamente a la absolución que en la misma se produce de los demandados particulares, quedando firme, por no haber sido recurrido, tanto el extremo motivo a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado como el que alude a la desestimación de la reconvencción por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

2. El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley por violación del artículo 339 del Código Civil y de la doctrina legal establecida en las sentencias del Tribunal Supremo que en el mismo se citan, alegándose en el cuerpo del mismo que la resolución recurrida no tuvo en cuenta que la finca litigiosa tiene el carácter de bien de dominio público por estar incluida en la zona marítimo-terrestre, motivo éste que deberá prosperar en atención a las siguientes razones: Primera: Que en torno a la aludida zona marítimo-terrestre es doctrina de esta Sala la que se concreta, entre otras, en las siguientes declaraciones: A) Que entre los bienes de dominio público enumerados en el artículo 339 del Código Civil, se encuentran no sólo las playas, a que expresamente alude el precepto, y las riberas del mar, según la Ley Tercera, título XXVIII, de la Partida III, y artículo 1, número 1.º, de la Ley de 26 de abril de 1969, sino también el litoral, *litorum quoque usus publicus juris gentium est* (Ley Quinta, título I, libro II de la Instituta), y zona marítimo-terrestre, que, de acuerdo con lo que se expresa en el número 2.º del artículo 1 de la Ley de 1969, citada, y los artículos 1 de la de 7 de mayo de 1880 y 1 de la de 19 de enero de 1928, comprende el espacio de las cosas o fronteras marítimas del territorio español que bañe el mar en su flujo y reflujo, donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, donde no lo sean, sin perjuicio de los derechos de los particulares, siempre que sean ellos, y no el Estado, quienes así lo acrediten (Sentencia de 28 de noviembre de 1963), y como para ello se requiere que tales bienes cuyo uso es público (art. 12 de la Ley de 1880) hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del mismo o del servicio a que estuviesen destinadas (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964), y que su alienabilidad haya sido objeto de una autorización previa (art. 61 de la misma Ley) o, al menos, que hubiesen pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes sancionadas (Sentencia de 7 de mayo de 1975). B) Que si bien es cierto que para que los contratos gocen de eficacia jurídica es imprescindible la existencia de un objeto cierto que constituya su materia (art. 1.261, número 2), el cual habrá de estar dentro del comercio de los hombres (art. 1.271, párrafo 1.º), cualidad de que se hallan excluidas las zonas marítimo-terrestres por pertenecer al dominio público (arts. 339 del Código Civil, 1 de la Ley de 7 de mayo de 1888, 1 de la de 19 de enero de 1928 y 1, números 1 y 2, de la de 26 de abril de 1969), y que, en virtud del aforismo: *Nemo dat quod non habet*, el vendedor no puede transmitir el dominio de las fincas que no le pertenezcan (Sentencias de 27 de diciembre de 1930 y 2 y 20 de octubre de 1954), o de las que, como las acabadas de indicar, sean legalmente inalienables (art. 5, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de

1940), no menos exacto es que, respecto a las últimas, la prohibición subsiste mientras los interesados no demuestren lo contrario (Sentencia de 28 de noviembre de 1973), como sucede cuando los bienes de que se trata hubieran sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del uso o servicio público a que originariamente estuvieran destinados (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964), permitiéndose su alienabilidad mediante una autorización previa (art. 61 de dicha Ley) o cuando, por lo menos, después de pertenecer al Estado, hubieran pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes mencionadas (Sentencia de 5 de marzo de 1975). C) Que si en el Derecho de Roma, el *Corpus Iuris Civilis* estableció una clara distinción entre las cosas de uso público, es decir, las que sirven para el uso del público (*res quae sunt in usu publico*), y las cosas que están en el caudal del pueblo o en el patrimonio del Fisco (*res pecunia populi; res in patrimonio fisci*), figurando entre las primeras el agua y el aire, el mar y el litoral del mar, considerándolas *res nullius, res communes omnium* y *res publicae iuris gentium*, y proclamándolas insusceptibles de apropiación, con las características de «uso público», y sometidiéndolas a *ius is gentium*, que las colocaba lejos al régimen de la tutela pública (*Digesto*, 43, 8, 3), con admisión de apropiaciones singulares de parcelas afectadas a tal uso público solamente cuando existiese Decreto del Pretor que lo autorizase (*Digesto*, 41, 1, 50), lo que fue consagrado en las Instituciones del Emperador Justiniano (libro II, título I, 5), y ese sistema fue recibido por nuestro Derecho histórico, a medio de las Leyes 3.ª y 4.ª del título XXVIII de la Partida III, permaneciendo hasta el siglo XIX, al que se llega con una tradición según la cual el litoral o ribera del mar aparece excluido de toda propiedad privada, sin poder ser objeto de ningún aprovechamiento particular que perturbe o impida el uso general, de tal modo que el aprovechamiento del litoral exigiese previa licencia del Príncipe, con reflejo y desarrollo de estos principios en el Proyecto del Código Civil de 1851, cristalización de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, Leyes de Puertos de 7 de mayo de 1880 y 19 de enero de 1928, Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y número 1.º del artículo 339 del vigente Código Civil, no obstante el aspecto de demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con el efecto al mismo inmanente de inenajenabilidad e imprescriptibilidad, en su interpretación característica de concreto espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas de los temporales, en donde no lo sean, con proyección incluso a las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles a las mareas, tiene su génesis, de tal manera específica, en la Ley de 7 de mayo de 1880, por lo que con anterioridad a ella venía posibilitada la atribución de dominio, en favor de particulares, sobre terrenos posteriormente integrados en lo que pasó a configurar tal zona marítimo-terrestre legalmente instaurada, siempre que el acto originador de tal atribución se hubiese producido antes de dicha Ley de 7 de mayo de 1880, como ya tiene reconocido esta Sala en Sentencia de 1 de diciembre de 1966 (Sentencia de 14 de noviembre de 1977). D) Que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, mantenida en la Sentencia de 19 de diciembre de 1977, en la que se reproducen las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, la que viene a establecer: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los

hechos obstructivos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan. *b)* Que la pretensión obstructiva del particular sólo puede prosperar si se demuestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880. *c)* Que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público, «deben probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía». *d)* Que estos hechos obstructivos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, habiendo especificado la Sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular o de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano (Sentencia de 23 de junio de 1981). *E)* Que el artículo 339, número 1.º, del Código Civil atribuye la condición de bienes de dominio público a las riberas, playas y radas, formulación legislativa que permite hablar de una natural afectación de esos bienes al dominio por su interés y uso público, con las tradicionales notas definitorias de su inalienabilidad (Sentencias de 11 de diciembre de 1980 y 11 de junio de 1985), inembargabilidad (arts. 15 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado y 18 de la de Patrimonio) e imprescriptibilidad, por hallarse fuera del comercio (art. 1.936 del Código Civil), según proclama en locución categórica el artículo 132, párrafo 1.º, de la Constitución de 1978; y si bien una jurisprudencia reiterada, de la que son exponentes las Sentencias de 2 de febrero de 1974, 23 de junio y 13 de octubre de 1981, 9 de junio de 1982 y 11 de junio y 4 de julio de 1985, entre otras, admite la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando hayan sido adquiridos válidamente antes de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1980, a la que siguen en este punto la de 19 de enero de 1928 (art. 1.º) y la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 (art. 4.º principalmente); la fuerte presunción en pro del dominio nacional requiere para ser destruida una rigurosa demostración en contrario (Sentencias de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 19 de diciembre de 1977), rigor que habrá de acentuarse después de la vigencia de la Ley Fundamental, cuyo artículo 132, ya citado, en su párrafo 2.º, conceptúa «en todo caso» como bien de dominio público la zona marítimo-terrestre (Sentencia de 6 de octubre de 1986). Segunda: Que en lo que se refiere a los efectos jurídicos del deslinde es doctrina de esta Sala: *A)* Que, según tiene declarado este Tribunal en Sentencias de 20 de noviembre de 1969, 18 de junio de 1965, 21 de octubre y 1 de diciembre de 1966, 19 de junio y 6 de noviembre de 1967, 16 de marzo de 1968 y 23 de enero y 2 de mayo de 1969, entre otras, en materia de deslinde de la zona marítimo-terrestre, es principio general que el mismo no resuelve más que un problema de límites, es decir, la determinación de hasta dónde llega la zona, sin que, por tratarse de un mero acto administrativo, pueda ser determinante de declaraciones de propiedad, ni tan siquiera de posesión,

lo que produce que en manera alguna pueda generar secuencia atributiva de dominio, que únicamente procede decidir en el correspondiente juicio declarativo ante la jurisdicción civil, que es el actualmente contemplado; y de otra parte, porque la aceptación de un deslinde administrativo, por la naturaleza y efectos expresados, lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una secuencia indeclinable dominical en favor del Estado (Sentencia de 14 de noviembre de 1977). B) Que no puede convertirse la acción de deslinde administrativo en vía de ejercicio paralelo de una reivindicación al margen de la jurisdicción y competencia de los Tribunales, por carecer la Administración de la prerrogativa de aprovecharse del deslinde de los bienes de dominio público para elaborar un título jurídico de propiedad a su favor atribuyendo la demanialidad a los predios colindantes sin otro requisito que el de abarcarlo en el perímetro del deslinde; se sigue que la doctrina de esta Sala, en las mencionadas y en las Sentencias, también de esta Sala y de signo adverso a la Administración, de 20 de noviembre de 1959, 18 de junio de 1965, 21 de octubre y 1 de diciembre de 1966, 19 de junio y 5 de noviembre de 1967, 16 de marzo de 1968, 23 de enero y 2 de mayo de 1969, 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, entre otras, no es sino la de atribuir al deslinde administrativo el efecto jurídico de desplazar sobre quien pretenda el dominio privado de enclaves situados dentro de la zona deslindada, la carga de probar (Sentencia de 13 de octubre de 1981). Tercera: Que, en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta de que en la resolución recurrida se sienta como hecho probado, y que no ha sido combatido en casación por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, única vía apta para ello, «la situación de la parcela objeto de este proceso dentro de la zona marítimo-terrestre», sin que, contrariamente, se haya acreditado por el demandado, como el principio de la carga de la prueba le obligaba, si quería contradecir los efectos jurídicos del deslinde operado en 1951, en el que se incluyó la aludida finca dentro de los límites de la zona de dominio público, que la propiedad privada de la parcela se hubiera ganado con anterioridad a la vigencia de la Ley de 1880, o que se hubiera operado su desafectación por un acto de soberanía, es obvio que la parcela de autos debe ser reputada de dominio público, siéndole aplicable el régimen jurídico propio de tales bienes, y procediendo, en su consecuencia, la estimación del motivo que nos ocupa, con la consiguiente aceptación del recurso de casación planteado, sin que sea preciso el estudio de los restantes motivos.

Y en su segunda sentencia establece:

Primero: Que la parcela de terreno de 124 metros cuadrados situada en la playa de Piles y en la parte posterior de la casa que construyó y posee don Andrés Climent Morant, y que fue objeto del interdicto de recobrar la posesión interpuesto por don Salvador Torregrosa Morant contra don Andrés Climent Morant ante el Juzgado de Primera Instancia de Gandía, está íntegramente ubicada dentro de la zona marítimo-terrestre de la playa de Piles, cuyo deslinde, practicado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, fue aprobado, sin reclamación alguna, por Orden ministerial del propio Ministerio de fecha 14 de diciembre de 1951.

Segundo: Que la citada parcela, como consecuencia del practicado deslinde, quedó sujeta *ex lege* a las siguientes características:

- a) Ser de dominio y uso público.
- b) Ser inalienable e imprescriptible por estar fuera del comercio de hombres.
- c) Ser ineficaz la fe pública registral en cuanto a la misma.
- d) Que la pérdida de tales características sólo se puede producir por su desafectación y por su cambio de destino realizado por el Estado.

Tercero: Que la citada parcela de terreno fue concedida por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para su posesión y construcción sobre la misma de un jardín y una cochera, a favor de don Andrés Climent Morant, por Orden ministerial de 29 de marzo de 1977, en la que se establecen las condiciones a las que se halla sujeta la concesión, cuyo plazo de duración fue de veinte años, hallándose, por tanto, vigente en la actualidad.

Cuarto: Que como consecuencia de la citada concesión, don Andrés Climent Morant tiene derecho preferente a ocupar y poseer la referida parcela de terreno, sujeta a las condiciones impuestas por el MOPU en la Orden ministerial de 29 de marzo de 1977.

Quinto: La nulidad absoluta y de pleno derecho del contrato de compraventa contenido en la escritura de 12 de mayo de 1965, que autorizó el Notario de Oliva don José Solís y otorgaron doña Vicenta María Salom Cots y don Salvador Torregrosa Morán. Asimismo, debemos condenar y condenamos a don Salvador Torregrosa Morán a que deje libre y a disposición de don Andrés Climent Morant la descrita parcela en los mismos términos y condiciones en que se encontraba antes de la ejecución de la sentencia dictada en el juicio de interdicto de recobrar la posesión.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE DE SALIDA DE HUMOS A TRAVES DE VIVIENDA PRIVATIVA. Artículo 3, a), de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Para un adecuado planteamiento del presente recurso de casación ocurre anteponer al examen de sus motivos los siguientes antecedentes y puntualizaciones: A) El 1 de enero de 1951 se arrendó el local de negocio litigioso a J. B. E., de quien los actuales arrendatarios traen causa, siendo parte arrendadora los copropietarios del inmueble actuantes mediante uno de ellos por sí y en representación de los demás como administrador de la finca, sin que haya existido otro contrato de arrendamiento que éste. Entre

otras cláusulas especiales que no importan, se convino que el local se destinaría a bar, no pudiendo dedicarse a otro comercio o industria que pudiera molestar a los vecinos (1.ª), siendo la cláusula 2.ª del siguiente tenor: «El inquilino no podrá realizar obras de reforma en el local sin previa autorización de los propietarios, y aun en este caso quedarán a beneficio de la finca las que se hubieren hecho». B) El 26 de febrero de 1958, la parte arrendadora autorizó al arrendatario la ejecución de obras consistentes en: «Ampliación del actual mostrador, cambio de la cocina y fregadera a la parte marginal, efectuando los correspondientes desagües, tanto del mostrador como de la cocina.—Ampliación del actual armario frigorífico existente en el mostrador con acoplamiento del correspondiente motor. Reforma del actual armario frigorífico para uso de la cocina.—Derribo del tabique que se encuentra entre el mostrador y la cocina.—Ocultación de la actual tubería exterior de la parte de la cocina y el retrete colocando nuevo azulejo.—Ampliación hasta el fondo del tabique de la actual viga de madera.—Supresión de la puerta interior existente entre el reservado y el cuarto trastero para instalación de un pequeño mostrador en la cocina.—Colocación de un aspirador y su correspondiente tubería al exterior para expulsión de gases concentrados en el interior.—Decorado de techos». De esta fecha, al menos, si ya no preexistía otra anterior, data la existencia en el bar de una cocina. C) La vivienda centro del piso 1.º se ocupaba ya en 1950, y en concepto de inquilina, por A. P. H., quien, en 10 de julio de 1964, adquirió en propiedad dicho piso, quedando en dicha fecha el inmueble en régimen de propiedad horizontal formada por dicho piso, que fue constituido en unidad independiente, y el resto del edificio, que se mantuvo en régimen de copropiedad ordinaria (folios 22 a 28). D) En el año 1973, la cocina del bar fue sustituida por la actualmente existente y que ha dado lugar al juicio, y que resulta ser (folio 90) una cocina de carbón, mural, completamente metálica, con unas dimensiones totales de 1,20 metros de largo, 0,80 de ancho a fondo y 0,80 metros de altura. Dicha cocina, como aquella a la que sustituyó, tenía salida de humos a través del piso centro ocupado por A. P. H. E) Esta, siendo el 18 de marzo de 1980, vendió el piso, libre de cargas y servidumbres, a los cónyuges J. E. O. y M. P. O.. F) El 27 de febrero de 1980, los cónyuges advenidos propietarios del piso practicaron obras mediante las cuales la salida de humos de la cocina del bar a través del piso fue cortada. Se originó así un juicio de interdicto de recobrar la posesión, que fue resuelto en favor de los arrendatarios poseedores de la salida de humos, según sentencias dictadas el 9 de octubre de 1980, por el Juzgado de Primera Instancia, y el 19 de octubre de 1981, por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Dichas sentencias apreciaron que la parte actora, o sea, los arrendatarios del local y titulares del bar, aquí actualmente demandados, «se hallaba en la posesión o tenencia real», de que habían sido privados por vías de hecho mediante la ejecución de obras de albañilería en el piso centro, acabando con la «pacífica posesión de la chimenea de salida de humos de la cocina económica del bar instalado en el indicado local de negocio», siendo repuesta la parte actora en dicha posesión. G) A dicho juicio posesorio siguió otro en que los propietarios del inmueble instaron frente a los arrendatarios del local la resolución del contrato de arrendamiento, alegando como causas de resolución las 6.ª, 7.ª y 8.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, habiendo recaído sentencias desestimatorias dictadas en 30 de junio de 1981, por el Juzgado, y en 14 de enero de 1983, por la Audiencia Territorial de Pamplona; en

referencia a la causa 7.ª, la sentencia de la Audiencia divide las obras alegadas, como incontestadas y modificadas de la configuración del local arrendado, en dos grupos o categorías, constituido el primero por las obras realizadas a partir de 1973, que se refieren a la instalación de cocina económica nueva, fregadero y mampara divisoria, y la segunda, sin necesidad de exhaustiva enumeración, por las restantes ejecutadas en 1958 y a favor de la autorización de 26 de febrero de 1958, «respecto de las cuales (razona) huelga hablar de autorización expresa o tácita deducible, conforme a presunciones del artículo 1.253 del Código Civil, de los aumentos de renta incluidos en los recibos aportados, ya que resulta clara la prescripción de la acción, conforme al artículo 1.964 del Código Civil». A propósito de las realizadas en o a partir de 1973, ya concretadas, entiende dicha sentencia «no constituyen modificación de la estructura del local ni debilitan la resistencia o naturaleza de la construcción, tal como acertadamente razona el Juez *a quo* en la consideración tercera de su sentencia, que procede confirmar, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial que constata, se trató simplemente, en cuanto a cocina, fregadero y tubos de salida de humos, de sustituciones encaminadas a mantener en perfecto estado de funcionamiento el negocio establecido en el local arrendado». La Audiencia, pues, en esta sentencia antecedente recaída en el juicio arrendaticio, claramente parte de que existía con anterioridad a 1973, año en que fue reparada sin alterarla, y con toda probabilidad desde 1958, en que fue establecida, al amparo de la autorización de 26 de febrero de 1958, la cocina económica y su correspondiente salida de humos a través de la vivienda litigiosa. H) La demanda inicial del juicio declarativo de que el presente recurso dimanara, volviendo sobre la salida de humos de la cocina económica del bar, se endereza por los propietarios del inmueble contra la parte arrendataria del local de negocio y pretende eliminarla mediante fallo que declare «que no existe constituida servidumbre alguna sobre la vivienda centro del piso 1.º», «para la conducción o paso de humos provenientes de la cocina del local»; «que los demandados, para el 27 de febrero de 1980, no tenían derecho al uso de espacio o elemento material alguno dentro de los límites internos de la vivienda», y «que los demandados, como usuarios del bar Iraeta, no tienen derecho al uso de la chimenea que arranca de la vivienda». La sentencia dictada por la Audiencia el 25 de enero de 1984, y contra la cual se endereza el presente recurso de casación, desestima dichas pretensiones a partir de las siguientes aseveraciones fácticas: Que ya con anterioridad a la adquisición de la vivienda centro del piso 1.º de la casa número 17 de la calle de Miracruz de la ciudad de San Sebastián por la señora doña A. P. H., con cuya adquisición se separó tal vivienda de la comunidad proindiviso del resto del inmueble, para convertirse en propiedad exclusiva en régimen de propiedad horizontal con ese resto de la casa, por lo menos, por los que eran propietarios del total bien, se construyó en el local del bar una cocina con salida de humos a través y por la chimenea de la vivienda dentro del piso 1.º, bien se consintió ese establecimiento por quien explotaba en calidad de arrendatario el local destinado a bar, hace ya muchos años, y siempre con anterioridad al año 1958, en que por carta de fecha 26 de febrero, según resulta de documental obrante en autos, la propiedad total entonces de la casa o inmueble autorizó a lo que en dicha documental se dice o consta, entre otras cosas, al cambio de la cocina y fregadera del bar a un lugar o parte marginal del mostrador, cuya ampliación también se autorizaba, cocina que luego se

reemplazó por los arrendatarios por otra nueva y relativamente en tiempo reciente, en 1973 ó 1974, cuando la cocina con la correspondiente salida de humos, a través de la chimenea del piso o vivienda centro de la planta o piso 1.º de la casa, que era conocida y consentida por la señora P., que fue durante unos quince años arrendataria de esa vivienda y luego, a virtud de escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1974, pasó a ser propietaria de la vivienda, a través de cuya vivienda, además, se limpiaba la parte de chimenea o paso de humos de la cocina del bar a la chimenea propia de su casa o vivienda, vivienda que enajenó o vendió al matrimonio formado por los actores señores E. O. y señora P. O. por escritura de 18 de marzo de 1980».

2. Los arrendatarios del local de negocio, demandados en el juicio y ahora recurridos, son obviamente titulares de los derechos personales que para la parte arrendataria resultan de la relación arrendaticia existente en el plano estrictamente obligacional, enteramente desprovisto de sustancial real, que es la propia de las servidumbres prediales, como la que se trata de ventilar en el juicio. Las pretensiones deducidas en la demanda origen del mismo se agitan por todos los dueños del inmueble, quienes, por modo unánime y tanto en cuanto componentes de la comunidad ordinaria o común anterior a la venta del piso litigioso y continuada ahora sobre la totalidad del inmueble con la excepción de ese piso luego de serle vendido en 1980 a A. P. H. (con ocasión de cuya segregación y venta se constituyó el inmueble en régimen de propiedad horizontal entre aquella comunidad ordinaria y la propiedad del piso enajenado), como en el seno de la propiedad horizontal, pueden configurar su propiedad de la manera que crean más conveniente a sus intereses y gravarla a su albedrío, sin que esos actos de disposición puedan ser impedidos por los arrendatarios del local. Pueden también los propietarios interpretar el contrato de compraventa de 1964 y la escritura en que se documentó y que es el título constitutivo de la propiedad horizontal, y al que corresponde regular las relaciones entre el piso entonces erigido en finca y el resto del inmueble de que forma parte, según tengan por conveniente, e incluso variar ese régimen, otorgando las correspondientes escrituras e inscribiéndolas en el Registro de la Propiedad. Al litigar, unánimes, contra los arrendatarios, lo que ciertamente persiguen es plantear nuevamente el punto de la salida de humos procedente de la cocina económica del bar a través del piso, haciéndolo ahora desde otra óptica que la arrendaticia, que es la que corresponde a la naturaleza de la relación que mantienen con los demandados y que es obligacional y no real, aspecto en que ya fue resuelto el caso por la Sentencia de 14 de enero de 1983, que tuvo por amparada y preservada tal salida de humos por la autorización de la propiedad del inmueble en el año 1958, sin que en 1973 se ampliase unilateralmente por los arrendatarios al sustituir por otra la cocina que emana los humos. En la existencia de la autorización de la propiedad abunda la Sentencia de 25 de enero de 1984 recaída en el juicio de que el presente recurso dimana. Por tanto, debe desestimarse el motivo tercero del mismo en cuanto, con invocación del artículo 1.281 del Código Civil, acusa de errónea la interpretación de la carta-autorización de 26 de febrero de 1958, según la leyeron las Sentencias de 31 de enero de 1983 y 25 de enero de 1984. La primera de dichas sentencias, recaída en el juicio arrendaticio, que es el que propiamente se corresponde con la índole de los derechos cuestionados, constituye cosa juzgada entre los mismos litigantes en punto a la

existencia de la autorización para modificar, como en 1958 se hizo, el local arrendado, dotando de salida de humos a la cocina expresamente mencionada en el documento, y no es lícito volver sobre lo mismo, y antes bien lo juzgado ya en firme sobre ello opera como elemento de prejudicialidad civil homogénea dentro del presente juicio ahora pendiente, que debe ser resuelto acatando lo que se pronunció en el antecedente. La relación arrendaticia quedó configurada según la sentencia recaída en el juicio de esa naturaleza y conforme al fallo firme alcanzado, o sea, incluyendo en el local de negocio cedido o configurando el mismo, con la salida de humos a través de la vivienda litigiosa y en la disposición en que se hallaba esa salida inmediatamente antes de ser suprimida por los cónyuges propietarios de la vivienda, lo que les acarreó la sanción interdictal. Tal pronunciamiento judicial, firme y provisto de los efectos propios de la cosa juzgada material, recayó sobre unos hechos cuya evidente conexión material con los hechos que fundamentan e identifican las pretensiones deducidas en el presente juicio no pueden menos que producir el efecto prejudicial de vincular en lo que respecta a la valoración de la licitud y conformidad con el derecho de la situación alcanzada: local de negocio provisto de salida de humos y, todo así dispuesto, cedido en arrendamiento por toda la propiedad del inmueble. Al menos, en lo que respecta a la conformidad con el derecho en concreto, debe, pues, mantenerse esa situación, aun cuando el distinto enfoque jurídico adoptado ahora por la propiedad actora esquive el efecto de la cosa juzgada y lo reduzca al efecto prejudicial.

3. Como se deja dicho, nada obsta a que los copropietarios del inmueble configuren, según tengan por conveniente, el régimen de la propiedad horizontal que implantaron en 1964, con el reconocimiento de cuya facultad queda satisfecho el párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil y el apartado a) del artículo 3.º de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. Pero ello, con efectos entre los copropietarios, no ha de menoscabar los derechos obligacionales que el contrato de arrendamiento del local confiere a los arrendatarios demandados, y concretamente al de usar el inmueble con el ámbito en que les fue cedido, esto es, con la salida de humos a través de la vivienda litigiosa, según la disposición de esa salida hasta ser suprimida arbitrariamente en 27 de febrero de 1980. El interés de la parte arrendataria delimita y define su legitimación para ser demandada, de tal suerte que, fuera de ese interés, las pretensiones no le alcanzan y de ahí que deban ser desestimadas a través del rechazo de los motivos primero, segundo y cuarto, que plantean el tema de la inexistente colisión entre el derecho de dominio sobre el inmueble y los términos del contrato de arrendamiento. El motivo primero, al conceptuar la salida de humos como «acto de tolerancia» y no como procedente de formal autorización para la modificación por la parte arrendataria, y a su costa, del local arrendado, incide en desconocimiento de lo ejecutado sobre la realidad de la autorización, licitud de la salida de humos y obligación de la propiedad de respetarla mientras dure el arrendamiento, en lo que cae de lleno el motivo segundo al citar los «actos meramente tolerados» del artículo 444 del Código Civil. En rigor, se da una falta de legitimación pasiva en la parte demandada para ventilar frente a la misma la existencia de servidumbres, relaciones entre predios, ajenas, por otra parte, al régimen de la propiedad horizontal, dentro del cual y de moverse diferen-

cias, que no las hay, entre los partícipes constituirían aspectos de modificación del título constitutivo.

4. El motivo quinto invoca el número 2.º del artículo 3 y el artículo 7 del Código Civil. Debe ser rechazado, al igual que los anteriores, ya que la sentencia de la Audiencia no se funda en la equidad, sino en el obligado respeto a los derechos de los demandados según el contrato de arrendamiento y modificaciones posteriores del mismo contrato y, concretamente, según la autorización de obras de acondicionamiento de 1958. No se pone en tela de juicio la incomodidad que para los cónyuges actores dueños del piso significa la salida de humos y la limitación que arrastra para el uso de «gas ciudad» por el peligro de dar una salida común a humos y gases, ni menos la buena fe de los cónyuges al demandar, ni, en fin, que la pretensión no sea constitutiva de abuso de su derecho de dominio sobre el piso. Lo que a lo largo de tres juicios y correlativas sentencias, de cuya serie la presente es la séptima, se ha ventilado es la existencia del derecho de los demandados a mantener la salida de humos a través de la vivienda en que de antiguo se hallan, mientras dure el arrendamiento del local o consientan su supresión.

F. C. L.

COPROPIEDAD.—DISOLUCION.—ABUSO DEL DERECHO.—Artículos 400 y 404 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado número 7 de dicha capital, confirmando esta última en su segunda sentencia y proclamando la rotundidad de los artículos 400 y 404 del Código Civil, que consagran el derecho a la división de la cosa tenida en común y su venta para repartir el precio cuando la misma resulte esencialmente indivisible y falte convenio de adjudicación a un condueño, haciendo la declaración asimismo de que la invocación de la existencia de una situación de abuso de derecho tiene carácter excepcional, reseñando los elementos subjetivo y objetivo que la integran (Sentencias de 5 de febrero y 9 de junio de 1959, 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 25 de junio y 9 de febrero de 1983, 31 de diciembre de 1985 y 5 de abril de 1986), los cuales no concurren en el presente caso.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1986).

Determina que no pueden realizarse obras que afecten a elementos comunes —en este caso apertura y cierre de ventanas que daban a patios comunes— sin consentimiento de la comunidad de propietarios del inmueble.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE VISTAS (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Calatayud, declarando en su segunda sentencia que la terraza construida por el demandado proyecta sobre el edificio y corral del demandante vistas rectas a menor distancia de la legal y, en consecuencia, viene obligado dicho demandado a retirar o demoler a su costa la terraza indicada de manera que tal proyección cese, o bien a cerrarla para suprimir las vistas rectas y oblicuas sobre el predio del actor.

F. C. L.

ACCESION. MALA FE. PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES. Artículos 361, 364, 453, 454, 359 y 396 del Código Civil y 3 y 5 de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar a ninguno de los recursos interpuestos por ambas partes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Bilbao, que había revocado en parte la del Juzgado número 4 de dicha ciudad, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Para el mejor estudio del presente recurso de casación es preciso partir de los siguientes extremos: A) La Obra Sindical del Hogar construyó en Bilbao un Grupo de Viviendas denominado «San Ignacio de Loyola», perteneciendo al mismo las casas números 1, 3, 5 y 7 de la calle Manuel Feliú, colindantes entre sí y situadas unas a continuación de las otras. B) Cada casa constaba de ocho viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente, careciendo de sótanos o semisótanos, salvo la última, que lo tenía dada la configuración del terreno. C) En 1953 muchas de ellas se encontraban ocupadas por diferentes beneficiarios, a los que se transfirieron en régimen de amortización y acceso diferido a la propiedad, lo que ocurrió igualmente con el semisótano o local de la casa número 7 a favor de don J. L., quien excavando lo amplió hasta ocupar el suelo de las otras tres, con apertura incluso de ventanas en todas ellas, obras que terminó, según él, en 1959, y según las comunidades afectadas, en 1961, con la particularidad de que la única salida para el conjunto resultante seguía siendo la del primitivo sótano a la calle Fidel Santaló. CH) Tras diversas incidencias, que no hacen al caso, los derechos y obligaciones de la Obra Sindical del Hogar pasan al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano», quien en 15 de noviembre de 1978 otorga escritura de declaración de obra nueva y constituye el régimen de propiedad horizontal para las cuatro casas, recogiendo en la del número 7 la existencia del local a ella perteneciente, pero ignorando su ampliación a las otras y distribuyendo las cuotas conforme a tales circunstancias. D) En 1979 se otorgan ante Notario los contratos de compraventa a favor de los beneficiarios..

E) En 1980, tras acto de conciliación sin avenencia, las comunidades de las casas 1, 3 y 5 demandan a don J. L. M. y al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano», suplicando se declare que la parte del local sótano que ocupa el suelo de cada una de las casas es elemento común del inmueble y propio de la comunidad respectiva, condenándose al ser L. a hacer la entrega, con condena en costas de ambos demandados, peticiones que fundamentan: en la mala fe del primero al construir en terreno ajeno; la adquisición de las viviendas con la participación correspondiente en los elementos comunes, al no constar en las escrituras la existencia de sótanos o locales comerciales; ser transmitente el Organismo Autónomo; realizarse la construcción de los sótanos cuando era propietaria la Obra Sindical del Hogar y no tener el señor L. título de dueño, por lo que invocan el artículo 348 del Código Civil; la innecesariedad de calificar la acción ejercitada; no figurar los sótanos en la declaración de obra nueva; ser el suelo elemento común, conforme al artículo 396 del propio texto legal, y los artículos 358 y 362 en cuanto a la construcción de mala fe en terreno ajeno, habiéndose opuesto las comunidades a la ocupación, a los efectos del artículo 364, en cuanto estuvieron legitimadas para ello. F) Los demandados formulan una serie de excepciones y el señor L. alega que obtuvo permiso verbal de la Obra Sindical del Hogar para las excavaciones o, al menos, actuó con su consentimiento tácito y el de los compradores, ya que lo hizo a su presencia, quieta, pacíficamente y con buena fe, llevando en la posesión más de veinte años; ambos solicitan la absolución y don J. L. reconviene, por estimar que todos los locales forman una unidad física, son susceptibles de aprovechamiento independiente, conforme a los artículos 396 del Código Civil y 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y ha usucapido, conforme a los artículos 609, 1.940 y 1.957 del Código sustantivo, al poseer por tiempo superior a diez años, con buena fe y justo título, por lo que solicita que así se declare, que las comunidades han de reformar los estatutos, están obligadas a indemnizarle y han de actuar lo procedente hasta la inscripción en el Registro. G) Las comunidades insisten en que el suelo es elemento común y lo en él construido les pertenece por accesión. H) Consta en autos que la Obra Sindical tenía servicios de vigilancia e inspección y que el demandado reconviniere (absolución de la posición núm. 22) quiso pagar por la ampliación de los locales, sin que accediese a ello el Delegado de dicho Organismo. I) La sentencia del Juzgado de Primera Instancia señala: que los sótanos pertenecen a cada comunidad respectiva; que el señor L. carecía de justo título para usucapir; que hubo una accesión industrial, por construcción en suelo ajeno con materiales propios, si bien de buena fe, dada la exteriorización, conocimiento y necesaria publicidad de los trabajos realizados; que las comunidades, aunque no eran propietarias, no instaron acciones administrativas, y que la solución más equitativa es la prevista en el artículo 361 del Código Civil. Desestima las excepciones y la demanda reconvencional, absuelve al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano» por no tener actual vinculación, declara que la parte de local sótano que ocupa el suelo de las respectivas comunidades es propiedad de éstas y que, en base a la obra ejecutada, deberán ejercitar en ejecución de sentencia la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil. J) Apelan todos los interesados y la Audiencia Territorial dicta sentencia en la que sienta la inexistencia de justo título a favor del señor L.; su falta de posesión durante los treinta años a que

se refiere el artículo 1.959 del Código Civil; la no concurrencia de accesión invertida, por no construirse de buena fe, en suelo propio y en parte ajeno, de un edificio y obra que constituya un todo indivisible; que el supuesto litigioso no encaja en aquellos en que la accesión desemboca en una adquisición *ipso iure* y automática de la propiedad, sino en una situación transitoria que atribuye un derecho potestativo o un derecho de opción con el que solo al ejercitarlo se consuma la mutación real, por lo que el Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano» perdió la facultad de ejercitarlo al transmitir las viviendas a los beneficiarios y con ello los elementos comunes, cual el suelo, lo que origina que el ejercicio corresponde a las comunidades actoras; que al artículo 361 del Código Civil conduce el 364, regulador de los supuestos de mala fe dual, concurrente en el señor L. M., que no ignora excava en terreno ajeno al triplicar el que le corresponde y abrir ventanas, sin prueba alguna de que estuviera autorizado para ello, y en la Obra Sindical del Hogar porque las obras se prolongaron en el tiempo, tenía servicio de vigilancia e inspección, se ejecutaron a su vista, ciencia, paciencia y con publicidad, mala fe cuyas consecuencias han de soportar las comunidades actoras, que la suceden en la titularidad dominical del suelo, pues su derecho es dependiente del de su transmitente, pero sin que ostenten un derecho de propiedad sobre la obra, sino el de «hacerla suya», previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil, todo lo cual permite hacer esta declaración y no aquélla, determinándose la indemnización al ejecutarse la sentencia, si así se pidiera, como derecho derivado de la accesión sobre los sótanos, con lo que se concede cosa menor, pero no distinta, a la pedida; y todo lo dicho, como la «Administración del Patrimonio Social Urbano», se atribuye el derecho correspondiente a las comunidades, impide su absolución, al igual que la necesidad de indemnizar, derivada del derecho de accesión, impide hablar de enriquecimiento injusto de dichas comunidades. En consecuencia: desestima la apelación formulada por don J. L. M. y por el Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano»; estima, en parte, el recurso de las comunidades de propietarios; revoca la sentencia de Primera Instancia; acoge parcialmente la demanda; desestima la reconvencción; declara el derecho de la actora a hacer suyas la parte de sótano que ocupa el suelo de sus edificios, previa la correspondiente indemnización, a determinar en ejecución de sentencia, si así se pidiera, y no hace especial imposición de costas en ninguna de las instancias. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por las comunidades de propietarios y por don J. L. M., aquietándose «la Administración del Patrimonio Social Urbano».

2. Desde ahora conviene dejar sentado que, cual señaló la Sentencia de este Tribunal de 31 de mayo de 1949, la acción reivindicatoria, dominical por excelencia, no es la adecuada para la finalidad de que el demandante recobre el suelo sobre el que por otra persona se haya edificado y al que se ha incorporado lo construido, dando con ello lugar a cuestiones que han de ser discutidas y resueltas con arreglo a los especiales preceptos que determinan los derechos y efectos que se derivan de la accesión, de lo que también resulta que en la Ley se distingue entre el caso de que un propietario sea privado de su propiedad o de su derecho a usar de ella sin limitación y el en que sobre el suelo suyo se hayan realizado obras, de donde aparece obvio que hay que compaginar los principios «superficies sólo *cedit*» con el de que lo «accesorio sigue a lo principal», pues que no

siempre coinciden, siendo el artículo 361 precepto general sometido a especificaciones, dependiendo los efectos de la buena o mala fe de las partes, aunque conviene aclarar que si las acciones se determinan por los hechos y los fundamentos de Derecho, en el caso que nos ocupa las comunidades actoras citan no sólo los artículos 348 y 396 del Código Civil, sino también los 358, 362 y 364 del propio texto legal.

3. Por razón de método conviene examinar, en primer lugar, el motivo tercero de los deducidos por las comunidades de propietarios, ya que en él, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se achaca a la Sala de Instancia error de Derecho en la apreciación de la prueba, con implicación de los artículos 434, 1.232 y 1.250, todos del Código Civil, expresivos de la presunción de buena fe, de que la confesión hace prueba contra su autor y que las presunciones establecidas por la Ley dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, sin que de lo actuado se infiera una postura de mala fe por parte de la Administración. Mas ya se ha dicho en el fundamento 1, H), que consta en autos, que la Obra Sindical tenía servicios de vigilancia e inspección y que el demandado reconviniente (absolución de la posición núm. 22) quiso pagar por la ampliación de los locales, sin que accediese a ello el Delegado de tal Organismo, lo que no quita un ápice a la realidad de que las obras se prolongaron en el tiempo y se ejecutaron con su conocimiento, a su vista, ciencia, paciencia y con publicidad, sin oposición, circunstancias que obligan a aplicar el artículo 364, párrafo 2.º, ya que la negativa a «legalizar la situación», a «legitimar la ampliación», no implica «oposición» a que las obras se realizasen, debiendo abarcar las consecuencias de la mala fe a las comunidades, al justificar su derecho por transmisión derivativa, permaneciendo uno y el mismo, por sucesión en el complejo de las relaciones jurídicas anteriormente existentes, conocidas igualmente por dichas comunidades que, a lo más, podrían justificar una acción personal contra el enajenante, imposibilitado de dar algo que ya no tenía y de ignorar lo que es un hecho consumado, pues entenderlo de otra forma facilitaría el fraude, evitando las consecuencias de la mala fe con una simple transmisión, criterio interpretativo que se refuerza por la equidad, como justicia del caso concreto, lo que hace decaer este motivo y los números cuarto y quinto, formulados ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno por aplicación indebida del artículo 364 del Código Civil, y el otro por inaplicación de los artículos 1.255, 1.258, 1.461 y 1.469 del propio texto legal, ya que el supuesto encaja en dicho artículo 364 y los otros preceptos sólo pueden tener efecto *inter partes* (beneficiarios de las comunidades de los números 1, 3 y 5-Obra Sindical o su sucesora Organismo Autónomo de la Administración del Patrimonio Social Urbano), desembocando, en su caso, en la acción personal, pero sin afectar a quien es tercero frente a esos concretos negocios jurídicos.

4. El primer motivo alegado por las comunidades de propietarios, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa «inaplicación del artículo 396 del Código Civil, en relación con los artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y de la doctrina legal que establece el carácter de elemento común de todos aquellos elementos a los que registralmente no se les asigne el carácter de elemento privativo», siendo así, se sigue diciendo, que los sótanos objeto de esta litis no están incluidos en la declaración de obra nueva y división horizontal de los

inmuebles números 1, 3 y 5 de la calle Manuel Feliú, lo que les asigna el carácter de elementos comunes, cualidad que tienen los sótanos. Si bien es cierto cuanto se afirma, no lo es menos que ni el Registro ni las escrituras públicas que sirven de acceso al mismo pueden desconocer ni modificar la realidad extrarregistral, con prevalencia sobre ésta, por lo que se prevén en la Ley mecanismos para hacerlas coincidir, y cierto también que mientras otra cosa no conste de modo específico, los sótanos tienen el carácter de elementos comunes; pero es que en el caso que nos ocupa ni en las escrituras ni en el Registro aparece la realidad física de los mismos, ni como elemento común ni como elemento o unidad susceptible de aprovechamiento independiente, de forma tal que lo que se atribuiría a las comunidades conforme a tales preceptos es la propiedad del suelo, pues los sótanos no tienen existencia real para el instrumento público ni para la oficina registral, es decir, son simples fantasmas; mas como esa realidad existía con anterioridad al otorgamiento (desde 1959 o desde 1961, según los escritos de alegaciones de las partes) y ha sido creada por don J. L. M. mediante incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios, es claro que el problema ha de solucionarse, cual se apuntó en el fundamento 2, por las reglas de la accesión por unión, de fuera adentro, continua, industrial o artificial, razones todas por las que el motivo, en su simplismo e irreal formulación, ha de perecer.

5. El segundo motivo del recurso de las comunidades de propietarios se formula al amparo del artículo 1.692, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por incongruencia en el fallo, al basarse en una pretendida mala fe de la Administración no alegada por los litigantes, con infracción por violación por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El perecimiento del motivo se produce al considerar que se alegó la mala fe de los beneficiarios de la adjudicación en amortización y de las comunidades, que sustituyeron a la Administración en todo el complejo de las relaciones jurídicas, basándose la demanda no sólo en la acción reivindicatoria, sino también en los artículos referentes a la accesión y apuntando la innecesariedad de calificar la acción ejercitada, de tal manera que ha de entrar en juego la doctrina reiterada y constante de que el principio de congruencia, prohibitorio de toda resolución *extra petita*, no impone más que una racional adecuación a las peticiones de las partes y a los hechos en que se basan, posibilitando la aplicación de normas no invocadas por los litigantes, conforme a la máxima consagrada de libertad en las motivaciones jurídicas (*iura novit curia*), siempre que el cambio en la fundamentación no signifique que la pretensión ha sido alterada, cosa que no ocurre cuando se otorga menos de lo pedido y lo otorgado es consecuencia natural de la reclamación entablada, en orden a su efectividad, según la apreciación del hecho por el juzgador, dado que la congruencia no exige obediencia a la literalidad de lo pedido, sino a su esencia; y aquí el examen de la concurrencia de buena o mala fe es consecuencia obligada en el estudio de la accesión pretendida por cualquiera de las partes, aunque éstas no la califiquen de manera específica si, como simple hecho, tal calificación se desprende de las actuaciones, ya que de ella depende la aplicación de un precepto y otro del Código, dentro de los que éste dedica al instituto de la accesión, máxime cuando el concepto de buena o mala fe, supuesto de hecho de la norma, no viene condicionado por circunstancias especiales, sino simplemente por las que resul-

tan del artículo 364: ejecución de la obra a la vista, ciencia y paciencia del propietario, sin oposición de éste, pues el Juez, árbitro de intereses contrapuestos, ha de vigilar su justo reparto, conforme a lo que consta en autos [véase el fundamento 1, H) y J), en cuanto esta última letra se refiere a la mala fe dual].

6. Todo cuanto se lleva dicho conduce a la desestimación del sexto motivo de casación, basado en inaplicación de los artículos 354, 358 y 362 del Código Civil y en las premisas sentadas en los precedentes, cual reconoce la propia parte.

7. El primero de los motivos alegados por el otro recurrente, don J. L. M., aduce incongruencia, al entender, en esencia, que las comunidades actoras solicitaron una declaración automática de dominio, con la reivindicación consiguiente, sin necesidad de ejercitar opciones de ningún tipo y sin tener que abonar indemnización alguna, sin plantear el tema como consecuencia de una accesión. La desestimación se desprende de todo lo razonado con anterioridad, especialmente en los fundamentos de Derecho 2 y 5, lo que ha de darse por reproducido para evitar repeticiones.

8. Su segundo motivo, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa a la sentencia recurrida de interpretar erróneamente el artículo 1.952 del Código Civil, pues se alegó usucapión al reconvenir y la Audiencia estimó que no había justo título, por lo que entendió que el plazo posesorio habría de ser el de treinta años, a que alude el artículo 1.959, y no el señalado en el artículo 1.957. Olvida el recurrente que la prescripción ordinaria exige siempre tal requisito del justo título y que, además, conforme al artículo 1.954, ha de ser probado (no se presume nunca), cosa que no ha conseguido en modo alguno, pues en su referencia a la prescripción que señala el artículo 609 como modo de adquirir el dominio vuelve al punto de partida, sin que la accesión, que también parece alegar, pueda valerle como tal, por tratarse de dos instituciones diferentes que no pueden mezclarse, máxime cuando se le niega la buena fe, todo lo cual hace decaer el oscuro alegato, en el que confunde la mera posesión con el justo título, cuando el artículo 1.940 requiere ambos elementos.

9. En el tercer motivo se alega violación por inaplicación de la doctrina legal sobre accesión invertida, consagrada, entre otras, dice, en las Sentencias de 31 de mayo de 1949, 16 de marzo de 1959, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1961, 26 de febrero de 1971, 23 de octubre de 1973 y 15 de junio de 1981; en esta última y en la de 30 de noviembre del propio año se establece que se requiere se trate de una construcción que invada parcialmente el terreno colindante ajeno, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto, pues con la oposición se hubieran evitado las posteriores consecuencias, y resultado de un todo indivisible, porque la posibilidad de división evitaría todo problema. La desestimación se muestra indeclinable, pues no existió buena fe, tal como señaló la Audiencia, y el local resultante no es en modo alguno indivisible, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales, bien por apertura de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior, desde el portal o hueco de escalera, es decir, que la utilización no presente como absolutamente necesario el acceso por el local del señor L. La inexistencia de accesión invertida no puede servir de título para adquirir por usucapión carta.

10. En el último motivo se achaca interpretación errónea de los artículos 361 y 364 del Código Civil, en relación con el 434 del propio texto legal. No puede estimarse que el señor L. ignorase que el terreno era ajeno, ni que creyese tener sobre él un derecho a realizar la excavación porque, cual señala la Audiencia, sabía que era beneficiario exclusivamente del sótano de una determinada edificación, cuyos propios límites permiten con facilidad conocer los de aquél; triplica, excavando en tierra y rocas, su extensión superficial, abre ventanas en edificios colindantes y todo ello sin prueba alguna, ni siquiera indicaría, de hechos o circunstancias que fundadamente le hubieran permitido creer al iniciar la excavación que ésta era autorizada por el titular del suelo; si a esto se añade que no resulta «un todo indivisible», claro es que la pretendida accesión no existe, ni puede fundarse en ella el justo título para usucapir.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE SOBRE ELEMENTO COMUN (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián estableciendo los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Las sentencias de Primera Instancia y Apelación desestiman la pretensión de la parte actora, que pedía la instalación de una salida de humos desde su local de la planta baja, por un conducto de material incombustible que rebasa la altura máxima de la cubierta del edificio, independientemente de sus conductos de ventilación comunes, tal como le era exigido por el Ayuntamiento, en Resolución de 31 de diciembre de 1981, para conceder licencia de apertura de bar-restaurant, como actividad calificada como molesta, en dicha planta baja. La exigencia municipal, así como el hecho de que el edificio tiene diversas salidas individualizadas para los humos de cada piso, constituyen la fundamentación de la pretensión. Su desestimación se basa en la aplicación de los artículos 10, 1; 11, y 16, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 394 y 396 del Código Civil, que, según la sentencia recurrida, impiden imponer una servidumbre que se basa en la modificación de destino de bar a bar-restaurant y que grava los elementos comunes, sin el consentimiento unánime de los comuneros.

2. La base de hecho de la sentencia impugnada no desconoce la necesidad de una salida de humos para los fines que se propone el actor, ni niega que las demás viviendas tengan particulares salida de humos, por lo que no puede acogerse el tercer motivo del recurso basado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho que, por otra parte, carece de apoyo documental adecuado, sino que se limita a poner de manifiesto la diferencia entre la explotación de un bar y la de un bar con restaurant que, evidentemente, requiere una instalación que afecta a la estructura del edificio y a los elementos comunes, y de

esta base de hecho deriva su razonamiento en orden a la constitución de la servidumbre requerida por la actora.

3. La constitución de tal servidumbre de salida de humos exigiría obras que habrían de discurrir por toda la altura del edificio y aun rebasarla, por lo cual no son obras que se ciñan al espacio privativo de la actora, sino que afectan a los elementos comunes, para cuya realización, según reiterada jurisprudencia, se requiere el consentimiento unánime de los condueños, como acto de disposición (Sentencias de esta Sala de 31 de enero de 1985, 4 de marzo de 1985, 26 de marzo de 1985, 29 de abril de 1985, 3 de marzo de 1986 y especialmente la de 12 de febrero de 1986), de donde debe concluirse que la sentencia impugnada interpreta correctamente los artículos 10, 1; 11, y 16, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 394 y 396 del Código Civil, pues la obra que se pretende para una actividad molesta altera, evidentemente, el título constitutivo de la comunidad, que quedaría gravada con una servidumbre no necesaria para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, sino para el uso específico de un local, que no tenía una finalidad que exigiese obras de tal magnitud y que no puede realizarse sin el consentimiento unánime de los comuneros, por lo que deben rechazarse los motivos primero y segundo, amparados en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea y aplicación indebida de las normas citadas.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
PEDRO CHACÓN

*AUN DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD PERMANECE VIVA LA
ACCION DEL ACREEDOR CONTRA LOS BIENES CONSORCIALES*
(SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1986).

Hechos.—El Banco Exterior demanda la nulidad de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales de un deudor suyo, en la que se adjudicaban la mayoría de los bienes a la esposa. El Supremo no acoge la demanda, entendiendo que el derecho del Banco acreedor queda suficientemente garantizado.

Doctrina de la sentencia.—Si bien —como ha hecho notar la doctrina— del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.404 se desprende que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y, por tanto, la de los acreedores con precedencia a la división y adjudicación de los bienes, pues antes es pagar que partir, la circunstancia de que no se atiende a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte, a diferencia de lo que acon-

tecía en el derecho anterior, responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402, en relación con el 1.084), tal responsabilidad será *ultra vires*, por lo que ha podido decirse que con independencia de la que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales, como también así lo ha previsto el artículo 144, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

J. Q. S.

DAÑOS EN ACCIDENTE DE CIRCULACION: COMPUTO DEL PLAZO
(SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial entiende que, una vez desaparecida la prejudicialidad del proceso penal, el cómputo para la reclamación indemnizatoria por accidente ocasionado con motivo de la conducción de vehículo de motor ha de contarse desde la fijación, en el correspondiente auto ejecutivo, de la cantidad máxima exigible en esta vía.

J. Q. S.

LA RESOLUCION CONTRACTUAL PRODUCE SUS EFECTOS «EX TUNC»
(SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retrospectivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123.

Si los efectos de tal resolución, como se ha dicho, son volver las cosas al estado preexistente, como si el negocio no se hubiere celebrado, es manifiesto que los intereses del precio a devolver serán los legalmente establecidos al tiempo de su percepción, y no los contractualmente pactados.

J. Q. S.

RETRACTO LEGAL DE COHEREDEROS: SOLO PUEDE EJERCITARSE POR QUIEN TENGA ESA CUALIDAD (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El requisito de que el retrayente ostente la cualidad de coheredero con respecto a la herencia indivisa de la que, por otro coheredero, fue transmitida una porción, empece a que cuando falta tal cualidad, la pretensión no puede prosperar, pues el retracto legal por su intrínseca naturaleza de ser una facultad establecida por la Ley que la concede a persona que se halla asistida de determinados derechos con respecto a los que han sido transmitidos, carece de base cuando tales derechos no existen, para lo que basta considerar que una conclusión contraria conduciría al absurdo de poderse incorporar al patrimonio del retrayente una cosa, supuesto del retracto de comuneros, o un derecho, caso del retracto de coherederos, que ninguna relación guarden con la cosa o derecho del que el mismo es titular.

J. Q. S.

EL AVAL PUEDE CUMPLIMENTARSE EN DOCUMENTO SEPARADO (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión planteada viene expresamente regulada por el artículo 36, párrafo 3.º, de la Ley Cambiaria y del Cheque, 19/1985, de 16 de julio, en el sentido de que la falta de indicación de la persona avalada determina que se entienda el aval prestado en favor del aceptante, y en defecto de éste, del librador; pero este precepto, no vigente al libramiento de la letra, ni en la fecha del aval, no contiene en realidad una solución nueva a un problema que la doctrina científica estimaba resuelto, especialmente si al firmarse el aval estaba determinado el obligado principal, que es el aceptante, que viene a significar una aplicación del principio de eficacia proclamado en el artículo 1.284 del Código Civil, en concordancia con el artículo 57 del Código de Comercio, en tanto en cuanto la buena fe requiere el mantenimiento de las obligaciones, en la medida que fomentan y determinan decisiones y expectativas.

El recurrente entiende que es nulo el aval, al mantener que debe consignarse en el aval la persona por la que se sale garante; pero este argumento no puede admitirse, pues la jurisprudencia aceptó la eficacia del aval por documento separado, y no hay razón para pensar que no pueda cumplimentarse con otros documentos y pruebas.

J. Q. S.

LAS ARRAS PENITENCIALES TIENEN CARACTER EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—En orden a la naturaleza del pacto de arras y su distinción con el contrato de compraventa, ha declarado esta Sala que el concepto de arras no es en Derecho moderno tan simple y uniforme, ya que se admite la existencia de varias clases de las mismas: unas llamadas penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1.454,

concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes a desistir a su arbitrio del contrato; otras, denominadas confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída y que normalmente corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio; junto a las cuales pueden ponerse además las conocidas como penales, con las que se confunden cuando lo entregado como «arra» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.154, como resarcimiento, en este supuesto, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

Las dudas que puedan surgir en cuanto a cuál de ellas es la recogida en cada caso concreto, han de resolverse utilizando las normas de interpretación de los contratos, en orden a lo que quisieron que fuese el alcance y eficacia de dichas arras; siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que como medio de garantía permite el artículo 1.454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad inducida de las partes en aquel sentido.

J. Q. S.

ES IMPROPIO ARTICULAR UN MOTIVO DE CASACION PARA DESVELAR UN ERROR INTRASCENDENTE (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El motivo segundo del recurso aduce incongruencia de la sentencia recurrida al conceder más de lo solicitado por la parte actora, exceso que se dice consiste en diez pesetas; impugnación que debe ser rotundamente rechazada porque ese mero error mecanográfico en la parte dispositiva de la sentencia del Juez constituye un simple *lapsus calami* sin real contenido económico, fácilmente subsanable en su momento sin más que acudir oportunamente al recurso de aclaración, y es impropio de la seriedad que ha de presidir el debate forense articular un motivo de casación para desvelar el intrascendente error dactilográfico de un guarismo, que prácticamente no entraña gravamen alguno para los obligados al pago.

J. Q. S.

NO PUEDE APLICARSE LA CLAUSULA PENAL CUANDO SE HAN ALTERADO LOS SUPUESTOS BASES (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, pues, como declaró la Sentencia de 7 de diciembre de 1959, si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron

los precios y hubo además exceso de obra, que no se demostró inútil, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado, todo lo cual hace variar esencialmente los supuestos básicos de la cláusula penal.

J. Q. S.

NATURALEZA DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando la prescripción extintiva, según la más generalizada posición civilista actual, de claro matiz objetivista, tenga una fundamentación primordialmente social: asegurar la certidumbre y firmeza del tráfico jurídico, es lo cierto que la doctrina de esta Sala viene manteniendo en orden al tema una posición que bien puede denominarse mixta o ecléctica, en cuanto fundamenta dicha figura en la idea de la prolongada inactividad como situación fáctica contraria a esa certidumbre y seguridad (Sentencias de 8 de octubre de 1982, 9 de diciembre de 1983 y 4 y 6 de mayo de 1985). Por otra parte, y como tiene igualmente declarado esta Sala con reiteración, la prescripción extintiva, al no estar fundada en razones de intrínseca justicia debe quedar sometida a una interpretación y tratamiento restrictivos (Sentencias de 16 de marzo de 1981 y 2 de febrero de 1984, entre otras). Por último, ha de indicarse que es doctrina igualmente constante de esta Sala que la computación de los plazos iniciales en la prescripción no puede comenzarse sino a partir de que concluyen las actuaciones o los presupuestos fácticos en que se apoye el ejercicio de la acción esgrimida.

J. Q. S.

ILICITUD DEL PACTO COMISORIO (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Aunque hubiese acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, el acuerdo sería nulo, porque el artículo 1.859 del Código Civil declara que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas», y la ilicitud del pacto llamado comisorio ha sido declarada reiteradamente por esta Sala (Sentencias, entre otras, de 3 de noviembre de 1902 y 3 de marzo de 1932), ya que no puede prescindirse para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código Civil, todo ello sin perjuicio de que pueden admitirse ciertos pactos, a que alude la Sentencia de 27 de marzo de 1926.

Tratándose de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación; ni, conforme a la Sentencia de 28 de febrero de 1951, puede estimarse hecho el pago hasta que no ha ingresado la totalidad del precio en el patrimonio del acreedor o se le ha proporcionado el equivalente económico, lo que no tiene lugar mediante la entrega en prenda de un objeto cuyo valor se desconoce y cuya venta no se ha instado en la forma ordenada por la Ley.

J. Q. S.

RAZON DE SER DE LA REVISION (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La revisión constituye un instituto que el legislador ha establecido para a través de un «juicio rescindente» obtener o no la rescisión de una sentencia firme que se estima tuvo su razón de ser bien en supuestos de hecho incompletos, bien en defectos u omisiones formales indebidas, a fin de sustituirla por otra más ajustada a Derecho; por ello, la razón de ser de dicha figura procesal se encuentra, más que en la injusticia de la resolución cuya rescisión se pretende, en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional a cuya competencia viene referido su conocimiento, pueda controlar si la misma se dictó como consecuencia de incidir o no el proceso en vicios que en caso de no haberse producido habrían conducido a una sentencia distinta. Por todo ello, al ser la revisión una excepción al principio de cosa juzgada, la interpretación de los preceptos que la regulan ha de realizarse, según constante doctrina de esta Sala, con un muy estricto a la vez que restringido criterio.

J. Q. S.

ELEMENTOS DEL DOLO (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El dolo no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese realizado la operación, razonamiento éste que se inscribe en la doctrina de esta Sala cuando, como aquí acontece, la finca vendida estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización y en la superficie originaria de 485 metros cuadrados existe una merma mediante la aplicación del coeficiente correspondiente al Proyecto de Reparcelación, restando una superficie a adjudicar al titular de la finca de 240 metros de edificabilidad, datos que desconocía el comprador, y que el vendedor consciente de estas circunstancias no las advirtió al comprador, siendo incuestionable que los hechos expuestos configuran la existencia del dolo.

J. Q. S.

DOCUMENTO AUTENTICO: CARACTERES A LOS FINES DE LA CASACION. ESCRITURA PUBLICA: NO HACE FE DE LA VERACIDAD INTRINSECA (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Los demandantes y aquí recurrentes, A. A. B. y M. R. L., cónyuges, alegaron en la demanda de Primera Instancia que:

1. Primero y para la sociedad conyugal, perfeccionó con J. V. R., fallecido, cónyuge y padre, respectivamente, de las demandadas, la compraventa de un piso, entregando el día 21 de febrero de 1980 la cantidad de 700.000 pesetas como señal del precio.

2. Al día siguiente 22, ambas partes formalizaron la compraventa en documento privado, en el cual se expresa el precio de 4.158.066 pesetas.

3. Aquel mismo día se hizo entrega al vendedor de un talón al portador y de 1.300.000 pesetas en metálico sin recibo alguno.

4. Además (según la demanda), en el momento de la firma del documento privado, el actor entregó los 2.958.266 pesetas, a que hace referencia el mismo, así como dos letras de cambio por importe de 600.000 pesetas cada una.

Las pretensiones de la demanda se concretaron en que se declara la existencia de un sobreprecio de 6.000.000 de pesetas y la nulidad parcial de la compraventa que otorgaron en escritura pública de 24 de septiembre de 1980 las demandadas, fallecido su causante, momento en el que percibieron el importe de las letras, que, no obstante, retuvieron. Condenándoles, consecuentemente, a la devolución del sobreprecio indebidamente percibido, más el interés legal; y en cuanto a las letras de cambio, su nulidad y carencia de fuerza ejecutiva.

Respecto de las letras, las demandadas reclamaron su importe en reconvención.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando la nulidad parcial del contrato, a los solos efectos del sobreprecio, condenando a las demandadas a devolver la cantidad de 541.734 pesetas, absolviendo del resto de las peticiones; asimismo desestimó la reconvención.

La Audiencia Territorial estimó los recursos interpuestos por ambas partes, declarando que el sobreprecio era de 1.741.734 pesetas, que las demandadas están condenadas a devolver junto con sus intereses legales. Esta cantidad se compensará con la de 1.200.000 pesetas, más intereses legales, desde la fecha de sus protestos, de las dos letras de cambio que son objeto de reconvención, estimada por la Sala en contra del actor, con desestimación de los demás pedimentos de la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el actor.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—5. El motivo debe ser desestimado por cuanto el documento privado que se cita no es auténtico en el sentido y a los fines del número 7.º (antiguo) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como se ha comprobado al reproducirse los razonamientos de la Audiencia, ésta no ignoró su existencia y los términos en que aparece redactado, pero con la libertad que la Ley le otorga para valorar la prueba, entendió que esa cantidad formaba parte de la mayor de 4.000.000 de pesetas a que también se refiere; apreciación que, con el documento a la vista, no se evidencia como errónea, y sabido es que la autenticidad, a los fines de la casación, sólo es dable predicarla de aquellos documentos que además de su legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, por sí solos y sin ningún otro elemento demostrativo y sin precisar interpretaciones o deducciones, hagan prueba plena.

7. En el tercero de los motivos la atención del recurso se aplica a la escritura pública de 24 de septiembre de 1980 otorgada en favor de los compradores demandantes y recurrentes por las dos demandadas, y concretamente a la expresión que contiene de que el precio figurado en dicho

instrumento (que es el legal de 4.158.266 pesetas), «la parte vendedora confiesa tenerlas recibidas con anterioridad a este acto por lo que da carta de pago»; entendiendo que dicha expresión es incompatible con la subsistencia de una parte del precio sin satisfacer, representada por las dos letras de cambio de 600.000 pesetas cada una. Respecto de estas letras, dice el motivo que la hermana del actor (que, en efecto, otorga la escritura en representación del mismo) «procedió a pagar a las señoras demandadas la cantidad de 1.200.000 pesetas, que era el importe total de las dos letras de cambio pendientes de pago, las señoras demandadas alegaron problemas de localización de letras y manifestaron la imposibilidad de entregarlas en ese momento a la hermana». En esta manifestación, incompatible con la subsistencia de las letras, el motivo en examen ve una infracción del párrafo 2.º del artículo 1.218 del Código Civil, a tenor del cual los documentos públicos «harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros». Pero, como es sabido, una cosa es la realidad de haberse vertido ante el fedatario público las manifestaciones de las partes constatadas en la escritura y otra distinta que dichas manifestaciones se correspondan con la realidad, puesto que la fehaciencia no alcanza más que al hecho de la vertencia y a sus términos, pero no llega hasta la veracidad intrínseca. Por tanto, no estaba la Audiencia en la necesidad legal de dar por real y verdadera esa concreta manifestación de haber la parte vendedora percibido en la fecha de la escritura la totalidad del precio, y procedió dentro de las atribuciones que tiene conferidas al combinar esa escritura pública con todas las otras probanzas para establecer el *factum*, al que es preciso atenerse.

NOTA.—La reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, suprimió el requisito de autenticidad del documento a efectos de la casación, siendo ahora «suficiente» que el error en la apreciación de la prueba se base en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Estas dos condiciones que aporta la reforma en el artículo 1.692, número 4, ya las recogía anteriormente la jurisprudencia. Por otra parte, conviene señalar que la jurisprudencia sigue siendo muy restrictiva a la hora de estimar un recurso basado en este número del artículo 1.692, y ello en su afán de evitar que la casación se convierta en una tercera instancia.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE SEGURO; DEBERES CONTRACTUALES DEL ASEGURADO: NO EXISTE ALTERACION DEL ESTADO DE RIESGO, NO HAY DECLARACION INEXACTA EN CUANTO A LA DESIGNACION DE LA COSA (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Don J. G. S. suscribió una póliza de seguro contra incendios por la que aseguraba las existencias de mariscos y helados depositados en una cámara frigorífica, así como el valor de la misma, con la compañía aseguradora C., siendo el capital o suma asegurada de 10.000.000 de pesetas. En dicha póliza se estipuló una sobreprima para amparar los daños acaeci-

dos por la detención en el funcionamiento de los generadores del frío a consecuencia de irregularidades en el suministro de energía.

Tal siniestro aconteció produciendo la putrefacción de las mercancías depositadas en el frigorífico.

La compañía rehusó las consecuencias económicas que de este siniestro se derivaban en virtud del contrato de seguro, basándose en un incumplimiento por parte del asegurado de sus deberes contractuales. Por ello, don J. G. S. entabló el juicio declarativo de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, que da lugar al presente recurso de casación.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando a la compañía a pagar la cantidad resultante de la tasación prevista en uno de los considerandos de la sentencia más los intereses legales resultantes.

La Audiencia Territorial, estimando en parte el recurso interpuesto por la compañía, condenó a ésta a pagar al actor la cantidad que se determine en período de ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases que se establecen en su sentencia con absolución de las demás pretensiones.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—2. Inalterados en su integridad los componentes de la relación fáctica en que se basa la Sala de Instancia, pues todos los motivos han sido articulados por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al caso en su texto anterior a la reforma, y no acudiendo a la vía del número 7.º, denuncia el inicial de aquéllos violación de los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, en relación con el 1.104 del primero, atribuyendo al asegurado falta de diligencia «al no guardar la debida vigilancia sobre la cámara frigorífica y las existencias en ella almacenadas, al no adoptar las más elementales medidas de previsión y cautela y ausentarse del local durante más de nueve días»; impugnación desestimable, pues si ciertamente la pauta de la buena fe en el desarrollo del contrato impuesta por tales normas y el artículo 7, párrafo 1.º, del Código Civil, pone a cargo del tomador del seguro, antes que se produzca el siniestro, el deber de no alterar el estado de riesgo realizando cualquier acto o incurriendo en una omisión que suponga su incremento, según así lo tiene previsto algún ordenamiento foráneo (entre otros, Código italiano, art. 1.914) con fórmula que habla de evitar el daño, y también se infiere de los artículos 10 y 11 de la vigente Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, es lo cierto que no cabe atribuir al recurrido inobservancia de la diligencia exigible a un prudente tomador del seguro, hipótesis que el Tribunal *a quo* descarta razonando que en la póliza no se contiene obligación de vigilancia sobre la cosa asegurada, aparte de que el salto de un fusible por anomalías en la red de alimentación es un evento ajeno a todo posible descuido en el mantenimiento de la cámara frigorífica, aserto no combatido en el recurso con la cita del indispensable documento auténtico, condición que no reúne el acta levantada por el Inspector Municipal Veterinario —a la que se alude—, cuando además la pretendida circunstancia de que el siniestro no fuera advertido por el asegurado hasta cinco fechas más tarde de su realización, a causa de su ocasional alejamiento de la ciudad, no entraña sin más olvido de la normal prudencia, máxime cuando falta toda aportación técnica para acreditar que la pérdida del marisco se habría redu-

cido de ser retirado de su almacenamiento a las pocas horas de producida la avería.

3. El deber del tomador del seguro de no agravar voluntariamente el riesgo con posterioridad a la celebración del contrato requiere para tenerlo por infringido que se trate de una agravación esencial, normalmente referida al criterio subjetivo de que el asegurador no habría contratado de haber conocido el hecho determinante del aumento del riesgo o hubiera concluido el convenio con estipulaciones distintas, como declara la legislación comparada y lo dispone el artículo 11 de la citada Ley de 8 de octubre de 1980, bien entendido que de ordinario se tratará de un supuesto necesitado de prueba pericial; pero en el caso debatido no puede sostenerse que por la sola circunstancia de haberse almacenado en la cámara frigorífica, además del marisco y los helados que la póliza menciona, 10.000 kilogramos de lubina y mero, el asegurado haya cometido un acto propio modificativo del estado de riesgo previsto, ocasionando su agravación, como argumenta el motivo segundo del recurso, que aduce la interpretación errónea del artículo 385 del Código de Comercio, pues en las actuaciones no figura elemento alguno demostrativo de que la elevación se hubiera ocasionado.

4. El deber de declaración exacta del asegurado en cuanto a la designación de la cosa ha de ser relacionado con la calificación del seguro como contrato informado por la buena fe y con la ponderación del posible riesgo, agravado con la declaración desleal del tomador del seguro, pues así se desprende de los artículos 381, números 1.º y 3.º, y 391 del Código de Comercio, que al acoger el principio de la identidad del objeto asegurado y de la consiguiente del riesgo, disponen que la grave medida de la nulidad únicamente surgirá cuando la sustitución o cambio de los objetos asegurados se haga por otros de distinto género o especie no comprendidos en el seguro, todo lo cual significa una diversidad objetiva que puede influir en la producción del riesgo o en su valoración, como también señala el artículo 10 de la precitada Ley especial; a tenor de lo cual se impone la repulsa del motivo tercero del recurso, fundado en vulneración por interpretación errónea de dicho artículo 391, en relación con el 385, del Código de Comercio, porque el hecho de que el «motor Asíncrono Unilec GEE de cuatro H.P.», designado en las condiciones particulares, fuera en realidad una máquina de la misma marca y características, pero con potencia superior en dos caballos, ni quebranta las exigencias de la *uberrima fidei contractus*, ni se trata de cosa realmente diversa, ni, en fin, obra en el proceso antecedente alguno que permita sospechar siquiera que se haya originado un incremento en el riesgo, como también requieren los apartados a) y c) del artículo 14, párrafo I, de la póliza.

5. Afirmado por la sentencia recurrida, como también lo hiciera la pronunciada en el primer grado, que «las mercancías perdidas se cifran en 3.000 kilogramos de calamares; 6.000 kilogramos de gambas, langostinos y cigalas, y cuatro cajas de helados marca Kalisco, cantidades y calidades que se señalan en la demanda y cuya preexistencia aparece ratificada por el conjunto de las pruebas de la parte actora y no desmentida por las pruebas de la parte demandada», es manifiesto que no puede ser acogido el motivo cuarto del recurso, que una vez más acudiendo el número 1.º del artículo 1.692 denuncia interpretación errónea del artículo 405 del Código de Comercio, por entender que el asegurado no justificó suficientemente la preexistencia de tales mercaderías, cuando menos en la cantidad que se

expresa; pues no se oculta que la valoración probatoria efectuada por la Sala, basada por lo demás en medios de convicción estimables, sólo podría ser censurada mediante el número 7.º del propio precepto rituario, del que se prescindió, realizando en su lugar un análisis parcial e interesante de la prueba practicada como si de una nueva instancia se tratara.

6. No mejor fortuna merece el motivo quinto del recurso, que alega interpretación errónea del artículo 397 del Código de Comercio, «que dispone que la garantía del asegurador sólo se extenderá a los objetos asegurados y en el sitio en que lo fueron, no excediendo su responsabilidad en ningún caso de la suma en que se hubiesen valorado los objetos o estimado los riesgos», precepto que el asegurador entiende vulnerado al fijar la sentencia combatida como indemnización la cifra de 10.000.000 de pesetas, cuando en criterio del recurrente, conforme a lo estipulado en la «sobrepriima» del suplemento, la póliza «sólo cubre el 80 por 100 del capital asegurado por existencias, por lo que la cobertura por tal concepto no puede exceder de 8.000.000 de pesetas», ya que, como es palmario, el hipotético error *in iudicando* se reconduce a un vicio en la interpretación del contrato de seguro que a los contendientes liga, labor hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal de alzada, cuya revisión exige por modo inexcusable la cita de la norma del Código Civil sobre la materia (arts. 1.281 y sigs.) que se considera infringida, invocación que el recurrente no hace.

PEDRO CHACÓN

INCONGRUENCIA POR VARIACION DE LA «CAUSA PETENDI». ALTERACION DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRESTAMO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS AVALISTAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La C. A. P. demandó a la compañía mercantil I. B. S. L. y a C. C. G. y G. A. C. (éstos como avalistas de aquélla) en juicio ejecutivo basado en una póliza de préstamo. En dicho juicio se estimó la oposición formalizada por I. B. S. L. por defecto extrínseco de la póliza al no corresponder la cuantía del efecto timbrado con el capital prestado dado su vencimiento superior a seis meses. Los avalistas estuvieron colocados en rebeldía, si bien confesaron ser ciertas y suyas las firmas estampadas en la póliza.

Posteriormente, el 22 de mayo de 1980, la Caja demandó únicamente a los avalistas, en juicio del que dimanaba este recurso de casación, en reclamación de la cantidad de 3.437.500 pesetas en concepto de principal e intereses del préstamo concedido por dicha entidad a I. B. S. L., por la cual firmaba don C. B. el 10 de junio de 1970.

Sin embargo, quedó probado en el juicio que tales datos de la póliza eran fruto de añadidos y raspaduras posteriores a la firma de la misma por los avalistas, ahora demandados, ya que originariamente quien figuraba como prestatario era I. B., pero como empresa individual, cuyo titular era el señor C. B. Además, la fecha, tanto de creación como de vencimiento del préstamo, habían sido «corregidas».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda.

La Audiencia Territorial estimó el recurso interpuesto por la C. A. P.,

condenando a C. C. G. y a G. A. C. solidariamente al pago de la cantidad reclamada por la demandante.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación anulando y dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirmando la de Primera Instancia.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—2. Que los antecedentes reseñados conducen derechamente a la estimación del recurso por su motivo primero, que denuncia vicio de incongruencia por cuanto, en efecto, la «causa *petendi*» de la demanda no es otra que la póliza, pero en su actual literalidad, mientras que la sentencia se basa en la misma póliza tomándola no según dicha literalidad, sino antes de introducirse en ella las sustanciales alteraciones de datos esenciales, como las fechas de creación y vencimiento e identidad del avalado, lo que equivale a apoyar el fallo condenatorio en otros convenios distintos de los invocados en la demanda, en la cual se parte de la realidad de un préstamo de 2.500.000 pesetas en favor de «la entidad prestataria», que no puede ser otra que la Sociedad Limitada ejecutada en el juicio antecedente y que según los términos existentes en el efecto originariamente no consta fuese avalada por los aquí demandados; y cuando no por su motivo segundo, que denuncia infracción del artículo 1.261 del Código Civil, por cuanto ciertamente el consentimiento prestado por los avalistas no aparece aplicado a esos datos que alteraron los consignados en el efecto que originariamente habían suscrito, variado posteriormente, sin su conocimiento, en puntos esenciales.

PEDRO CHACÓN

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA A TENOR DEL ARTICULO 1.504: CARACTER DE LA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO. OFERTA DE PAGO. FALTA DE SERIEDAD (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Con fecha 27 de octubre de 1973 convinieron verbalmente los litigantes la compraventa de un piso con aplazamiento del pago, pero sin constancia de sus términos.

El 26 de octubre de 1974, en acto de conciliación celebrado a instancia del vendedor, quedó requerido el comprador al pago del precio y comprometido a realizarlo en el plazo de cuarenta días.

Tres años después, el vendedor demandó en juicio al comprador para que se declarase la resolución del contrato de compraventa, recayendo sentencia desestimatoria por no poder considerarse como requerimiento previo, exigido por el artículo 1.504, el acto conciliatorio celebrado en 1974, por el tiempo transcurrido. Estando todavía pendiente este juicio, el comprador depositó en una Notaría el importe del precio a disposición del vendedor, que no lo aceptaba por encontrarse la cuestión pendiente de juicio, a cuya sentencia se remitía, por lo que el comprador retiró el importe consignado.

Con fecha de 5 de diciembre de 1978, el vendedor requirió notarialmente al comprador, y posteriormente, el 27 de diciembre de ese mismo año, entabló la demanda de la que dimana el juicio que da lugar al presente recurso.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda declarando resuelto el contrato.

La Audiencia Territorial desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Excelentísimo señor Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—4. Que al respecto de cuál sea esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio del inmueble comprado, esta Sala no ha efectuado el señalamiento de conductas que la representen de un modo exclusivo, pues unas veces será «la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento», mientras que en otras «lo decisivo» será «una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente»; añadiéndose que «para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad», representándolo en el caso contemplado por la sentencia de 22 de octubre citada: «un evidente retraso en el pago del precio sin justificación, en que las vendedoras hubiesen incumplido una supuesta obligación que no figura en el contrato originario ni en sus posteriores modificaciones», siempre en el bien entendido de que «la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene, en principio, demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas».

5. Que para evidenciar que el comprador, aquí recurrente, incidió inequívoca y clamorosamente, pese a lo que alega el motivo cuarto de su recurso, en el supuesto de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio de 500.000 pesetas en que se halla desde que expiró el plazo de cuarenta días siguientes al conciliatorio de 26 de octubre de 1974, no hay sino abundar en los acertados razonamientos de la Audiencia, la que no encuentra justificación para ello en una pretendida actitud opuesta por la vendedora, negándose sin razón a recibir el precio, pues no constando acreditado ningún ofrecimiento de pago anterior a la primera demanda del año 1977, de los realizados durante su tramitación, en el escrito de contestación, en el acta de 6 de septiembre de 1978 y en el acto de conciliación de 12 del mismo mes, no sólo el del día 6, revestía (dígase otra vez) razonables visos de seriedad al ir acompañado del depósito de su importe en la Notaría y fue justificadamente rechazado por la vendedora, quien entendía resuelto el contrato y tenía pendiente a la sazón declaración judicial en tal sentido; mas una vez firme la Sentencia de 18 de septiembre de 1978, en cuyos fundamentos no es posible penetrar, si realmente hubiera permanecido en el ánimo del comprador (como lo estuvo en el día 6) la pronta extinción de la obligación de pagar, pendiente de años atrás, hubiera realizado los actos conducentes, excusando el nuevo requerimiento notarial de 5 de diciembre de 1978 y el juicio de que el presente recurso dimana; razonamientos que aparejan

hayan de ser desestimados, como los tres motivos primeros, también el cuarto.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE OBRAS: INCONGRUENCIA POR ALTERACION DE LA CAUSA DE PEDIR. NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARQUITECTO. ALTERNATIVIDAD RESPECTO A LA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La entidad mercantil B. B. S. A. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre realización de obras contra E. S. A. y F. C., motivada por las graves deficiencias aparecidas con ocasión de la ampliación de un hotel de su propiedad realizada por E. S. A. como constructora y bajo el proyecto y la dirección del arquitecto F. C.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando a F. C. a realizar las obras necesarias para la reparación del edificio y a indemnizar las cantidades que el demandante dejara de percibir con motivo del cierre temporal que produjeran las obras, y absolvió a E. S. A.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo y Fernández.

Doctrina de la Sala.—1. Se formula el primero de los motivos con amparo procesal en el ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, por considerar quien lo mantiene que la resolución del Tribunal *a quo* viola en su aspecto negativo el artículo 359 de aquella Ley, «al alterar la sentencia recurrida la causa de pedir, tanto en su fundamentación jurídica cuanto en su apoyo fáctico, y resolver una cuestión distinta y por fundamentos distintos a los propuestos por las partes», ya que, según el recurrente, no obstante haberse ejercitado la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil por razón de la ruina parcial del edificio, la resolución que se impugna «acoge una acción de responsabilidad contractual derivada del artículo 1.098» del citado Cuerpo legal.

2. La indicada motivación ha de fracasar, ya que en su formulación no se ha tomado en consideración: Uno. Que cual suele acontecer en toda contienda procesal, lo ofrecido por las partes al órgano judicial en esta litis han sido hechos, consistiendo la tarea del juzgador en aplicar a los mismos la normativa pertinente. Dos. Que lo interesado en este juicio con base en la responsabilidad que respecto de la actora tenía el Arquitecto y a su vez proyectista y director de la obra, fue, además de la subsanación de los defectos y vicios experimentados en la misma como consecuencia de la incorrecta dirección del demandado y hoy recurrente, la indemnización de los daños y perjuicios de ello derivados. Tres. La sentencia impugnada ha resuelto, por tanto, de acuerdo con el *petitum* de la demanda y siguiendo una muy reiterada doctrina de esta Sala, a tenor de la cual: a) El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes. b) Ello no requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones formuladas por los litigantes y sí únicamente que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes, que es precisamente lo realizado aquí por el Tribunal *a quo*. c) Por último, el principio *iura*

novit curia autoriza al juzgador sin que ello implique incidir en incongruencia y siempre, claro es, que se guarde el debido respeto a esos componentes fácticos que se dejan indicados, a emitir su juicio crítico y valorativo sobre los mismos del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando normas no invocadas por las partes, dado que la congruencia no le impide aplicar los preceptos legales que estime son más oportunos al caso controvertido.

5. El mismo resultado desestimatorio merece la tercera motivación, en la que se alega interpretación errónea del artículo 1.591, párrafo 1.º, del Código Civil, dado que, en opinión de quien impugna, la responsabilidad decenal del Arquitecto prevista en dicho precepto no es alternativa frente a la contractual, sino que opera sólo cuando ésta se hubiere extinguido con la recepción de la obra por parte del propietario, lo cual lleva consigo que para el recurrente la responsabilidad decenal excluya cualquier otra, razonamiento que no puede aceptarse, además de por lo que se ha dejado indicado en el primero de estos fundamentos para rechazar la imputación de incongruencia alegada: a) Porque no es rigurosamente exacto que la sentencia impugnada haya declarado la alternatividad de la responsabilidad decenal frente a la contractual, como tampoco lo es, cual se pretende en el motivo, que dicha responsabilidad del Arquitecto excluya cualesquiera otra del mismo, en cuanto la naturaleza de la obligación responsabilicia de referido profesional depende evidentemente de quien pueda ser el sujeto perjudicado, razón por la cual podrán tanto surgir como concurrir, según los casos, lo mismo la contractual *stricto sensu*, que la extracontractual e incluso la *ex lege*, esta última como consecuencia del mero incumplimiento de la *lex artis*. b) Porque declarada como probada la existencia de los defectos y su imputabilidad al Arquitecto recurrente, las consecuencias de ello derivadas serán las mismas se apliquen unos u otros preceptos, por lo cual y en virtud del principio de economía procesal tantas veces proclamado por esta Sala, la motivación sería desestimable.

6. El motivo cuarto acusa como infracción la interpretación errónea del artículo 1.098, al responsabilizar objetivamente al Arquitecto de actos que, en opinión del mismo, eran imputables a terceros, cuando según la motivación lo que contempla dicho precepto no son «las reparaciones de la obra efectuada, sino exclusivamente la realización de la obra en forma diversa a la pactada», interpretación ésta de referido precepto que peca de subjetivismo, en cuanto, como tiene declarado este Tribunal reiteradamente y así se recoge en la sentencia recurrida al reproducir los argumentos y razones de la de Primera Instancia, en los casos de ejecución parcialmente defectuosa dicho cumplimiento inadecuado origina responsabilidad por parte del Arquitecto, en este caso, frente al que le encargó el proyecto y dirección de la obra, o sea, «Balneario Roquetas, S. A.». Y todo ello sin olvidar que en la sentencia recurrida no se responsabiliza objetivamente a quien impugna, sino que se le atribuye «una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos», tesis que está conforme con la ya apuntada doctrina de esta Sala, que centra la responsabilidad de los Arquitectos en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del Arquitecto, siendo suficiente demostrar el

incumplimiento, construcción ésta que contiene cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE OBRAS: LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 INCLUYE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO. COSTE SUPERIOR DE LA REFACCION RESPECTO AL PACTADO (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—La comunidad de propietarios X entabló juicio declarativo de mayor cuantía contra M. C., A. B., A. M. y G. B. Estos realizaron unas obras de reparación en el tejado o cubierta del edificio ocupado por dicha comunidad. El mal estado en que quedaron los trabajos realizados son el motivo de este juicio, en que el demandante solicitó que se condenara a los demandados a realizar las obras suficientes para dejar la cubierta en perfectas condiciones, y caso de negarse, a que se realizaran a su costa y a que indemnizaran a la actora por la totalidad de los daños y perjuicios producidos o que se produjeran con ocasión de las obras antes dichas.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando a los demandados a aquellas pretensiones del demandante referidas a la realización de las obras suficientes para dejar la cubierta en perfecto estado, bien por ellos o bien a su costa, y absolviéndoles de las demás pretensiones.

La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de la comunidad de propietarios condenando a los demandados, además de a lo anterior, a indemnizar daños y perjuicios a los demandados. Estimando, también en parte, el recurso interpuesto por estos últimos condenó a la comunidad de propietarios a pagar la parte de precio pendiente (lo cual ya había sido pedido en reconvención al Juez de Primera Instancia y rechazado por éste).

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—2. El demandado comparecido y reconviniente interpone contra tal fallo el presente recurso de casación y es en el motivo primero, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal aplicable, donde impugna la última consecuencia aludida en el fundamento anterior, es decir, el mayor coste que entraña la refacción de la obra, superior al previsto en el contrato, en realidad esencial argumento de todo el recurso. A tal fin denuncia la aplicación indebida del artículo 1.258 del Código Civil, por entender que la condena excede o se extiende a «situaciones, condiciones o trabajos no incluidos» en el contrato, a «obras no pactadas» con un coste del doble del primitivo, añadiendo el recurrente que si la obra fue mal ejecutada, lo propio sería ejercitar otra acción o la de daños y perjuicios, que autoriza el artículo 1.591 del Código Civil.

3. El artículo 1.258 del Código Civil establece que los contratos «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes

a la buena fe, al uso y a la Ley». Del texto resulta, por tanto, que en todo contrato, sobre todo en los bilaterales, se da o prevé un núcleo propio, que es el contenido en sus cláusulas explícitas o bien en las implícitas, que aparecen o se manifiestan en el desarrollo del mismo. Y hay también otras vinculaciones, que son las consecuencias naturales derivadas de aquéllas, en cierto modo complementos necesarios o útiles para la total realización del convenio, para que tenga plena la traducción o paso de lo en él previsto a la realidad (consumación del contrato). Esas consecuencias o subsecuencias que completan el programa contractual hallan su fundamento vinculante o en el mismo contrato, en sus indicaciones explícitas o implícitas, o en la norma o principio general de la buena fe, que impide el perjuicio, como el beneficio injustificado, aparte de las derivadas del uso o de la Ley, es decir, el ajuste o equivalencia de las prestaciones. Se exige, por supuesto, una íntima relación de dependencia —una natural consecuencia— entre lo más o menos previsto y sus post-deberes o post-obligaciones que surgen *naturaliter modo* del propio cumplimiento contractual.

4. Pero es evidente que lo que en el caso se pide, y se resuelve en la sentencia recurrida, es el cumplimiento correcto, debido al defectuoso realizado por los contratistas demandados que hoy recurren. Ni siquiera se solicita tal cosa como derivación o subsecuencia contractual, porque lo pedido afecta al propio núcleo obligacional del pacto. Ocurre que el demandado estima que la obligación que ahora se le impone a consecuencia de la acción de cumplimiento (una de las posibles del art. 1.124 del Código Civil) es excesiva o va más allá del contrato en relación al coste o precio originario, en cuanto ha de rehacer lo mal hecho. Pero eso no puede calificarse como infracción del artículo 1.258 del Código Civil. Justamente ese artículo es el que impone la atribución de esa responsabilidad («los contratos obligan al cumplimiento»), pero, y esto es importante, conectada con lo dispuesto en la Ley (arts. 1.088, 1.089, 1.091 y 1.101 del Código Civil) al regular el incumplimiento y sus consecuencias, siempre que ello sea imputable —por culpa— al contraventor del contrato, como aquí es el caso y se declara en la sentencia que se impugna; es decir, cuando no se trate de una onerosidad excesiva sobrevenida y ajena al cumplimiento contractual de las partes, pues no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro) cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción.

5. Se impone, pues, la desestimación del motivo y también de los dos restantes, en realidad facetas del único tema propuesto. Y es así porque no puede decirse (motivo segundo) que se haya inaplicado al caso el artículo 1.281 del Código Civil, relativo a la interpretación del contrato, porque claro se manifiesta éste al convenir en que la obra contratada comprendía tanto la impermeabilización como el retejado del inmueble, y de ello se aparta la sentencia recurrida cuando, de acuerdo con la prueba pericial, condena a reconstruir toda la obra mal hecha porque la que todavía no está afectada por los defectos acusados en realidad lo estará por repercusión de la otra, y esto en verdad sí que puede ser calificado como una consecuencia natural (física) del incumplimiento y una aplicación correcta del artículo 1.258 del Código Civil; y en cuanto al ter-

cer motivo, que denuncia la violación del artículo 1.591 del mismo Cuerpo legal, porque tal norma no ha sido en modo alguno infringida, en tanto que la referencia a la acción que autoriza para exigir daños y perjuicios por ruina de los edificios no excluye la que el contratante perjudicado pueda utilizar para exigir el cumplimiento correcto, tal como se ha expuesto.

PEDRO CHACÓN

INFRACCION DEL ARTICULO 1.253: REQUIERE LA UTILIZACION POR EL TRIBUNAL «A QUO» DE LA VIA PRESUNTIVA. INVOCACION INCORRECTA DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 1.692. NO CABE EL RECURSO DE CASACION PARA IMPUGNAR ERRORES ARITMETICOS (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—El Colegio Oficial de Arquitectos de X formuló demanda de mayor cuantía contra S. S. A. sobre reclamación de 1.854.966 pesetas más sus intereses, debidos a dos Arquitectos a quienes la demandada había encargado del proyecto básico y de ejecución y la dirección de las obras de un edificio.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la Sala.—1. Es de desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la entidad recurrente, «S. S. A.», fundamenta, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción en vigor al tiempo de la interposición del recurso, por pretendida violación del artículo 1.253 del Código Civil y jurisprudencia de esta Sala que cita, porque la Sala sentenciadora de Instancia para llegar a la solución que acoge se basa no en módulos presuntivos probatorios, sino en apreciación de prueba directa emanante de la suscripción por dicha entidad recurrente, inicialmente demandada, de la hoja de encargo de proyecto básico y de ejecución y dirección de las obras de un edificio, pues para considerar que éste haya sido infringido por causa de violación se requiere que el órgano judicial cuya resolución sea objeto de recurso llegare a consecuencias probatorias con razonamientos deducidos por vía presuntiva, y no por vía directa, que es la utilizada por el Tribunal *a quo*, que para desvirtuarla habría de ser no sobre la base del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de la interposición, cual se ha efectuado, sino sobre la del error de hecho que ampara el número 7.º de igual precepto, a la que no acudió el recurrente; aparte que el motivo que se contempla lo que en realidad comporta es establecer una nueva valoración de la prueba tratando de sustituir el recurrente con su personal, privativo y subjetivo criterio a que llegó el sentenciador de Segunda Instancia, pretendiendo hacer supuesto de la cuestión, lo que no es procedente en casación según tiene reiteradamente declarado esta Sala, dado que tal singular y extraordinario recurso, por su especial naturaleza y características, solamente tiende a determinar si

con base en unos determinados hechos, vinculantes en casación, es procedente la solución jurídica establecida.

2. A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, formulado subsidiariamente para el supuesto de la no acogida del primero, amparado, como el anterior, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, en alegada interpretación errónea del Decreto número 2512/1977, de 17 de junio, que aprobó la tarifa de honorarios de los Arquitectos, concretamente lo dispuesto en la tarifa I, apartado 1, 10, en relación con el 1, 81, y lo pactado en la hoja de encargo, y que el recurrente entiende supondría una minoración cuantitativa de la exigua cantidad de 166 pesetas, con relación a la amplia suma de 1.854.966 pesetas que la recurrida sentencia reconoce como de procedente abono, puesto que el planteamiento de tal solicitud reductora de la precitada exigua cantidad de 166 pesetas, con relación a la mencionada total reconocida de 1.854.966 pesetas, en realidad y en definitiva implica una cuestión de hecho encaminada a desvirtuar, en ese pretendido aspecto minorativo, la indicada total cantidad que la resolución impugnada establece, que como de tal naturaleza tenía su cauce adecuado no en el número 1.º del precitado artículo 1.692, al que acudió el tan aludido recurrente, sino en el número 7.º del mismo precepto, al que dicho recurrente no acudió; aparte que, en todo caso, este exceso, de resultar exacto conforme a las bases establecidas por la repetida sentencia recurrida, significativo según queda expuesto de invocación a error aritmético material o de cuenta, su cauce subsanador adecuado tiene su ámbito tomando en consideración las cifras de partida, deducción y final incorporadas al fallo, según tiene declarado esta Sala en la reciente Sentencia de 18 de octubre de 1983, sin precisión de acudir al extraordinario recurso de casación, bien mediante la utilización del remedio previsto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o ya de no haber acudido a él o de no haber podido efectuarlo por producción del error material precisamente en auto aclaratorio derivado de la actividad de la Sala sentenciadora de Instancia, a solicitud de la entidad demandante, ahora recurrida, «Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña», por consecuencia de lo normado en dicho artículo 363, en la fase de ejecución de sentencia en que se alega producido error material aritmético, siguiendo la orientación dada jurisprudencialmente con adelanto al tratamiento que a los errores de la clase de los aritméticos, como a todos los materiales o de puro hecho, asigna para la vía administrativa el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que actualmente ha extendido expresamente a todo el ámbito jurisdiccional la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, al establecer en el apartado 2 de su artículo 267 que «los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento».

PEDRO CHACÓN

REQUISITO DE LA CONTRADICCION EN EL DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE LA CASACION. DESESTIMACION POR INCLUSION DE UNA CUESTION NUEVA. LIQUIDEZ DE LA DEUDA DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA SI ESTA SE ESTIMA EN TODAS SUS PRETENSIONES (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—D. E. M. concertó una póliza de seguro con la compañía A. S. A. contra el riesgo de muerte de ganado por peste porcina africana. Acontecido el siniestro a que se refiere la póliza, la compañía se negó a pagar la cantidad de 5.346.641 pesetas que por tal motivo adeuda a E. M., por lo que éste promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía en reclamación de la cantidad antes dicha.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la compañía.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—2. El primero de los motivos del recurso se formula «por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», alegándose por la recurrente que la resolución de la Audiencia incurrió en error al apreciar que el precio de los cerdos el día en que fueron sacrificados era el unitario de 123 pesetas/kilogramo (postura que, por lo demás, favorecía a la parte recurrente, por lo que no parece que exista por parte de la misma interés alguno en impugnarla), en lugar de ser los de 130, 131 y 127 pesetas/kilogramo que resulta de la certificación de la Cámara Provincial Agraria, obrante al folio 575 de los autos de Primera Instancia, y debe ser desestimado toda vez que una detenida lectura de la resolución recurrida nos lleva a la inequívoca conclusión de que en la misma no se acepta como valoración cierta la de las 123 pesetas/kilogramo, sino que, por el contrario, en su primer considerando se alude a que el nuevo examen y valoración de los elementos de juicio no han desvirtuado los acertados razonamientos que apoya el juzgador en la anterior instancia el fallo que dictó, que debe ser mantenido.

3. El segundo de los motivos del recurso se formula «por infracción de ley y de la doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por infracción del artículo 1.281, párrafo 1.º..., alegándose por la que recurre que el Tribunal sentenciador no ha tenido en cuenta la cláusula 17 de las condiciones generales de la póliza..., toda vez que integra una cuestión nueva, en modo alguno suscitada por la demandada en los escritos de alegaciones, por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina de esta Sala, que por notoria no precisa ser citada, no puede ser tomada en consideración, ya que lo contrario implicaría una evidente indefensión de la parte contraria, que al no haber conocido tal alegación en la fase que procedía, no pudo alegar nada respecto a ella, ni formular prueba en torno a lo que hubiera podido resultar pertinente; razones todas ellas por las que procede la desestimación de este segundo motivo.

4. Finalmente, el tercer motivo denuncia «infracción de las normas

de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la sentencia dictada por la excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona ha infringido el párrafo 1.º del artículo 1.108 del Código Civil», alegándose en el cuerpo del motivo que no procedía la condena al abono de los intereses legales operada a la demandada al no haber incurrido ésta en mora por no ser líquida la cantidad a pagar al actor, y al igual que los anteriores debe claudicar si tenemos en cuenta que la resolución que se recurre, al confirmar los pronunciamientos la del Juzgado de Primera Instancia, estima «en todas sus partes la demanda interpuesta», por lo que la cantidad a cuyo abono se condena a la demandada recurrente es exactamente la solicitada en su demanda por el actor, y en su consecuencia la suma adeudada era líquida desde el momento de interposición de la demanda, momento a partir del cual procedía el abono de intereses, por todo lo cual es procedente el rechazo del tercer motivo.

NOTA.—La nueva regulación del recurso de casación, consecuencia de la reforma de agosto de 1984, no contiene un artículo similar al anterior 1.729, 5.º, que se refería a la ineficacia de lo referente a cuestiones nuevas no discutidas en el pleito en casación.

Sin embargo, tal ineficacia debe mantenerse por ser ello inherente al principio de contradicción.

PEDRO CHACÓN

INADECUACION DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PARA IMPUGNAR UNA RELACION FACTICA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Don A. P. P. interpuso demanda que dio lugar al procedimiento declarativo de mayor cuantía contra la M. N. D. en reclamación de 2.275.000 pesetas, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del atropello y subsiguiente muerte de que fue víctima su esposa y una res vacuna que aquélla conducía. El atropello fue causado por J. M. con ocasión de conducir éste su automóvil con excesiva velocidad.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mutua.

Ponente: Don Matías Malpica y González-Elipse.

Doctrina de la Sala.—3. El primer motivo del recurso de casación, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1.091 del Código Civil, en relación con el 385 del Código de Comercio, y ambos con el artículo 5 de la Orden de 31 de marzo de 1977, por la que se aprueba la póliza de seguro voluntario de automóviles. Pues bien, dado que en el desarrollo fundado del motivo hace el recurrente piedra angular del mismo la circunstancia de que al «día 21 de septiembre de 1978, lo único que en esa fecha existía era una proposición. El pago y firma que perfeccionarían el contrato se produce en fecha muy posterior y, por consiguiente,

no podía surtir efecto anterior alguno», se olvida que siendo esta relación puramente de hecho y que no ha sido oportuna y adecuadamente combatida por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración fáctica que al respecto se hace en la sentencia recurrida, al no impugnar tal relación fáctica por la vía procesal adecuada y quedar los mismos confirmados como irrefutables, el motivo que se analiza hace supuesto de la cuestión suscitada, lo que hace declinar tal motivo, conforme a la doctrina de esta Sala.

4. El segundo motivo, con idéntico apoyo casacional que el anterior, por infracción por no aplicación del artículo 1.091 del Código Civil, en relación con el artículo 383 del Código de Comercio, y ambos con la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de 28 de septiembre de 1982, ha de seguir el mismo frustrado fin que el anterior habida cuenta de que incide en el mismo olvido y defecto, haciendo una premisa fáctica particular distinta de la que se afirma en la resolución recurrida, sin haber seguido previamente la vía procesal adecuada del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su anulación, con lo que la perspectiva de aplicación del ordenamiento jurídico ha de ser, obviamente, diferente, sin que sea dable en casación posponer las apreciaciones del Tribunal por las propias de la parte recurrente.

PEDRO CHACÓN

C) ARRENDAMIENTOS URBANOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

REVISION DE RENTA.—LA NO RECLAMACION DE LA RENTA REVISADA SUPONE UN ABANDONO O RENUNCIA DE LA MISMA, POR LO QUE SOLO TENDRA EFECTIVIDAD DESDE QUE SE LLEVE A CABO EL REQUERIMIENTO, SIN QUE A ESTE SE LE PUEDA DAR EFECTO RETROACTIVO (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1987).

En 1975 se arrendó al Instituto Nacional de Previsión para los servicios de la Seguridad Social en Málaga un local, pactándose en la cláusula 2.ª del contrato la actualización de la renta, conforme a los índices del coste de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; pero en 1976, al llegar la primera actualización de la renta, se opuso el Instituto manifestando que tal cláusula no era eficaz, y desde entonces se ha venido pagando la renta pactada sin aumento alguno, incumpliendo así el pacto de actualización, por lo que se interpone demanda solicitando sea declarada válida la cláusula referida de actualización ante el Juzgado número 4 de Málaga y se condene al Insalud a pagar 2.774.064 pesetas por las diferencias impagadas de rentas desde 1976 a 1981. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia de Granada revocó parcialmente la anterior, señalando que, a partir de 1 de octubre de 1981, es de aplicar la reducción del Real Decreto de 12 de febrero de 1981 hasta finales de este año.

No triunfa el recurso de casación. Salvo una carta de mayo de 1977 recordando el incremento anual de la renta, la entidad arrendadora no hizo requerimiento ni notificación hasta la fecha marcada en el acto de conciliación, celebrado el 11 de septiembre de 1981 sin avenencia. Previa declaración de validez de la cláusula, la Sala admite en parte la reclamación, es decir, el derecho a percibir la renta actualizada, pero sólo a partir de 1 de octubre de 1981, ya que la negativa del derecho a percibir las rentas actualizadas de cada año se funda en el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece la facultad del arrendador para elevar la renta, que puede ejercitarse en cualquier tiempo, pero sin que la elevación tenga efecto retroactivo, por lo que no puede reclamar las rentas atrasadas. Si la cláusula de revisión exime del requerimiento, ello quiere decir que no es preciso el mismo para que pueda nacer el derecho de revisión pactado en el contrato, pero sí para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, ya que la revisión opera anualmente, lo que implica que su no ejercicio o reclamación de la renta revisada es un abandono o renuncia a la misma, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica y consagrar un ejercicio anómalo del derecho por parte de quien deja transcurrir los años para luego ejercitar el derecho extemporáneamente, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de un derecho o prestación excesiva, no esperada y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra, que el Derecho debe respetar.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE EXCLUYE EL CIERRE DEL LOCAL COMO CAUSA DE DENEGACION DE LA PRORROGA CUANDO SE DEBA A JUSTA CAUSA, COMO ES EL EFECTUAR OBRAS DE ACOMODACION, DISTRIBUCION Y ORNATO QUE SE CONSIDEREN CONVENIENTES (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1985).

En 1980 se arrendó a una entidad bancaria un local por tiempo indefinido, permaneciendo cerrado durante un largo período, por lo que se presentó demanda ante el Juzgado número 1 de Palma de Mallorca pidiendo la resolución del arrendamiento. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tampoco tiene éxito el recurso de casación. Celebrado el contrato en septiembre de 1980, en octubre y noviembre se procedió a desmontar las instalaciones del negocio existente con anterioridad. En enero de 1981 se encargó el proyecto y dirección de las obras de adaptación, solicitándose en febrero la licencia para las obras menores y en marzo para las obras de reforma, que no se concedió hasta octubre, lo que evidencia una conducta demostrativa de la intención de iniciar la actividad negocial y no permiten inferir una duración excesiva de la ejecución de las obras ni un deseo de prescindir del local arrendado. Las obras se inician inmediatamente de la celebración del contrato y el escalonamiento de las mismas se justifica por la necesidad de ejecutar unas para realizar otras, circunstancia a la que hay que sumar la necesidad legal de obtener las correspondientes licencias administrativas, como requisito previo a su ejecución, y el largo tiempo transcurrido en la concesión de licencia de obras de reforma, lapso de tiempo no imputable a la entidad recurrida, conduce

a la conclusión de la existencia de justa causa del cierre y a la denegación de causa de resolución del contrato.

C. R. R.

REVISION DE RENTA.—SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA ES VALIDA LA CLAUSULA QUE SEÑALA LA VARIACION DE LA RENTA CONFORME AL INDICE DEL COSTE DE LA VIDA, QUE SIGNIFICA TANTO EL ALZA COMO LA BAJA POSIBLE DE LA RENTA PACTADA (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985).

Pactada la cláusula de revisión de renta conforme al índice del coste de la vida, se notifica al año siguiente el aumento correspondiente, oponiéndose el arrendatario, que alega que había de ser bianual, por lo que se interpone demanda ante el Juzgado número 6 de Madrid, solicitando la aplicabilidad de la cláusula 7.ª del contrato referido, lo que admite el Juzgado, revocándola en parte la Audiencia, en cuanto al importe de la revisión.

El recurso de casación es admitido sólo en cuanto a la condena en costas, manteniendo en lo demás la tesis fundamental de la sentencia recurrida, según la cual, la cláusula debe ser interpretada en sentido literal, debiendo revisarse la renta anualmente, en el caso de prórroga del contrato. Al ajustarse al índice del coste de la vida, puede ser objeto la renta tanto de alza como de baja, con unos parámetros objetivos que mantienen la equivalencia de las contraprestaciones, reputándose la cláusula como válida, conforme a los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que se citan como infringidos y que la cláusula respeta en su totalidad, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la validez de las llamadas cláusulas de estabilización, señalando fundamentalmente la doctrina de las Sentencias de 13 de febrero de 1980 y de 30 de enero de 1981.

C. R. R.

SUBARRIENDO.—SE ADMITE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO POR NO EXISTIR EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR Y TRATARSE DE CONTRATO SUJETO A LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1985).

Habiendo observado el propietario la ausencia del arrendatario en el local arrendado y la presencia de otras personas, presenta demanda de resolución del arrendamiento por subarriendo inconsciente ante el Juzgado de Mahón, que la estimó, así como la Audiencia de Palma de Mallorca en apelación.

No prospera la casación. El arrendatario llevó a cabo el subarriendo del local sin autorización del arrendador, según se probó con el documento contractual que demuestra tal sublocación. El arriendo no fue de industria, sino de un local vacío, llevando a cabo el arrendatario el montaje de enseres y demás objetos para su explotación. Por tanto, el régimen que se ha de aplicar al subarriendo es el prohibitivo de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no el del Código Civil. Tampoco puede admitirse como existente un contrato laboral entre subarrendador y subarrendata-

rio, considerando a éste como empleado o factor de aquél, lo que no ha sido aludido en todo el proceso, por lo que debe considerarse como cuestión nueva, aparte de la prueba del subarriendo por medio del documento aludido.

C. R. R.

DESAHUCIO.—TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA, PROCEDE EL DESAHUCIO PORQUE SE APLICA EL CODIGO CIVIL Y NO LA LEGISLACION ARRENDATICA AL CONCLUIR EL TERMINO CONVENCIONAL (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Se arrendó un local para la temporada de 1 de marzo a 31 de octubre de 1977, obligándose a arrendarlo en las mismas fechas de 1978 y de 1979, excluyéndolo de la aplicación de la legislación arrendaticia. Negándose los arrendatarios a entregar las llaves al final de la temporada turística de 1979, se les requirió notarialmente para que dejaran el local, a lo que se opusieron por entender que el arrendamiento no era de temporada y, por tanto, existir el derecho de prórroga forzosa de la legislación arrendaticia. Se presenta demanda ante el Juzgado de Figueras solicitando el desahucio del local, siendo desestimada, pero la Audiencia de Barcelona dio lugar al desahucio.

No prospera la casación. La alegación de pruebas en el recurso de casación no puede admitirse porque éste no es una Tercera Instancia y el Tribunal Supremo no puede revisar el resultado probatorio obtenido en la Instancia. Además, estas pruebas y, sobre todo, el contrato básico fueron tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora, declarando ésta que el contrato era de temporada y, por tanto, excluido de la prórroga legal. El contrato de 1976 no ofrece ninguna duda en el sentido literal de sus cláusulas, y no se acredita que el arrendador haya consentido la dedicación del local en la forma pactada fuera del plazo establecido en el contrato sin que haya una auténtica intención de temporalidad expresa en el contrato, ratificada después por los arrendatarios con ocasión de una denuncia que el arrendatario presentó ante la Guardia Civil, declarando el Tribunal de apelación la resolución del contrato por expiración del término sin que la ocupación del local fuera de la temporada turística con carácter esporádico sea obstáculo para que la locación se rija por el Código Civil, como se deduce de numerosas sentencias de esta Sala.

C. R. R.

·OBRAS INCONSENTIDAS.—HABIENDOSE REALIZADO OBRAS DE REFORMA QUE ALTERAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Se presenta demanda de resolución del arrendamiento por realización de obras inconSENTIDAS ante el Juzgado número 2 de Sevilla, que la admitió, desestimando la apelación la Audiencia.

No ha lugar a la casación. La configuración de un local, según reiterada jurisprudencia, debe ser referida a la forma del recinto comprendido

dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal, por lo que toda alteración en tales elementos entraña modificación en la figura a los efectos de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la supresión o desplazamiento de tabiques o la instalación de falsos techos, cuando no se trata de componentes meramente superpuestos, sino empotrados en la fábrica del edificio de modo permanente, de manera que procederá tal causa aunque la pared demolida haya sido construida por el arrendatario, pues el cambio de configuración hay que referirlo a la que tuviese con el consentimiento expreso o tácito del arrendador antes de la modificación discutida, porque al ocupante sólo se ha transmitido el goce o uso de la cosa arrendada y no las facultades, que corresponden a la esfera dispositiva. Al no contar la entidad arrendataria con el consentimiento de la arrendadora para proceder a tales innovaciones produce la resolución del arrendamiento. En realidad se procedió a la demolición íntegra del local habiendo dejado el mismo diáfano, de manera que al desaparecer un tabique se presenta ahora como espacio único, y según reiterada jurisprudencia, las únicas obras autorizadas implícitamente son las de instalación y no las posteriores, sin que tal permiso pueda extenderse a las de mejora en el curso de la vida del negocio. No puede admitirse que las obras de adaptación o de primer establecimiento puedan realizarse en todo tiempo si nada se ha estipulado en contra, olvidando que en el local se habían realizado ya obras para acomodarlo a otro tipo de actividad mercantil, desarrollada durante varios años, y de que fueron prohibidas en el contrato las alteraciones en la forma sin el consentimiento de la arrendadora.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—SE ARRENDO EL NEGOCIO YA EXISTENTE CON SU MISMA DENOMINACION Y YA EN EXPLOTACION, POR LO QUE SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA NO SUJETO A PRORROGA FORZOSA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1985).

El adquirente de una industria que se hallaba arrendada desde cinco años antes notifica al arrendatario la compraventa, requiriéndole para que desalojase y dejara expedita la industria antes de 1 de octubre de 1981, fecha de la expiración de la prórroga consignada en la estipulación segunda del contrato, y no atendido el requerimiento notarial, se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado de Ayamonte, que declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior solamente en cuanto a la condena en costas.

No triunfa el recurso de casación. El objeto del arrendamiento fue un negocio de bar, ya explotado por el arrendador, y que como tal empresa en explotación fue entregada a la arrendataria para que continuara el negocio, y ello no sólo porque así se declara en el documento contractual de 1975, sino porque aparece acreditado además por los testimonios prestados y por el hecho de que el establecimiento conserva la misma denominación que tenía cuando pertenecía al arrendador. La Sala dice que tanto el inmueble como las sillas, mesas y demás muebles no se arrien-

dan como tales, sino como un negocio o unidad patrimonial, configurando un verdadero arrendamiento de industria.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—EL ARRENDAMIENTO DE UNA PLAZA DE TOROS SE CONSIDERA COMO DE INDUSTRIA, YA QUE SE ENTREGA CON TODAS SUS DEPENDENCIAS EN PERFECTO ESTADO PARA LA LIDIA DE TOROS (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1985).

Arrendada la plaza de toros de Castellón a la entidad «Nueva Plaza de Toros de Madrid, S. A.», desde la temporada de 1971 a la de 1978, al finalizar este año se requirió a la arrendataria para que hiciera entrega de la plaza, a lo que se contestó rechazando el requerimiento, y, por tanto, se interpuso la demanda ante el Juzgado número 1 de Castellón, que lo admitió, sin que tuviera éxito la apelación.

La casación sólo triunfa en cuanto a las costas de Primera Instancia.

No se admite el primer motivo en cuanto a la inadecuación del procedimiento, ya que el juicio, calificado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de incidentes, es, desde luego, un juicio declarativo, pero además la cuestión de si se trata de un arrendamiento de local o de industria está íntimamente ligada al proceso de desahucio, por lo que ya este Tribunal ha declarado que puede ser objeto de discusión en el juicio de desahucio. Tampoco se admite el motivo que considera que lo arrendado no fue una industria o negocio de espectáculos, pues el contrato básico indica que fue una unidad patrimonial integrada por una plaza de toros, que se entrega con todas sus dependencias en perfecto estado para la lidia y susceptible de ser inmediatamente explotada en la forma establecida, por lo que la sentencia recurrida concluye que es un arrendamiento de industria sometido a la legislación común y excluido del derecho de prórroga forzosa de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C. R. R.

DESAHUCIO.—EL HECHO DE AMPLIAR LA ACTIVIDAD DE BAR A LAS DE CAFETERIA Y RESTAURANTE NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1985).

Se arrendó un bar por diez años prorrogables por mutuo acuerdo por dos veces, debiendo comunicarse la voluntad de rescindir con tres meses de antelación. En 1983 se requirió a la arrendataria para que tuviera por extinguido el contrato por expiración de término, sin que lo atendiera, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado número 5 de Valencia, que la estimó, revocando la Audiencia en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, confirmando el desahucio de la arrendataria.

No prospera la casación. La circunstancia de que la entidad arrendataria hubiese ampliado la actividad de bar a cafetería y restaurante no altera la naturaleza de arrendamiento de industria que tenía el contrato primitivo. Está probado que no se dio el supuesto de establecimiento por el arrendatario de su propio negocio, por lo que no procede la prórroga

forzosa que para los arrendamientos de local o vivienda establece la legislación arrendaticia, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación común o foral.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE AFECTAR AL ADQUIRENTE UN DOCUMENTO PRIVADO DEL QUE NO TENIA NOTICIA, NO PRODUCIENDOSE, POR TANTO, LA NOVACION DEL CONTRATO, APARTE DE QUE EN CASO DE DUDA PREVALECE LA NOVACION MODIFICATIVA SOBRE LA EXTINTIVA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1985).

Habiéndose negado el arrendatario de industria a devolver las llaves al finalizar el plazo contractual y su prórroga, se interpuso demanda ante el Juzgado de Manacor, que admite la excepción de inadecuación del procedimiento, desestimando la demanda, lo que confirmó la Audiencia.

Triunfa el recurso de casación. Se arrendó el negocio de cafetería o bar ya en explotación anterior con la maquinaria o utensilios precisos por un año prorrogable, haciendo constar que se regiría por la legislación común y que el arrendatario podría colocar en la cafetería el mobiliario y maquinaria precisos con la obligación del dueño de adquirirlos al fin del arriendo. Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que el procedimiento era inadecuado, entendiendo que el contrato fue novado, transformándolo en arrendamiento de local de negocio por la venta de enseres y maquinaria hecha por los arrendadores y porque el arrendatario no compró más que la finca o local en 1977, añadiendo la Audiencia que hubo tácita reconducción al haber percibido el dueño rentas correspondientes al año 1981 e ingresado su importe en la cuenta del dueño. La sentencia impugnada dice que cuando el actor adquirió el local en 1977, los anteriores dueños habían vendido los enseres por documento privado, convirtiendo el contrato en arrendamiento de mero local de negocio. Si bien es verdad que los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos y no respecto a terceros —artículo 1.257 del Código Civil—, y el recurrente que compró a los primeros arrendadores es sucesor de ellos por título de compra y como tal asume la posición jurídica de aquélla y no es tercero en el contrato; pero esa cualidad se refiere, como dijo la Sentencia de 13 de octubre de 1962, al contrato de arrendamiento, mas no ocurre lo propio con aquellos otros documentos que sin su conocimiento pudo otorgar su causante para alterar las condiciones, pues, en cuanto a ellos, es tercero, conforme al artículo 1.224 del Código Civil, y puede impugnar su eficacia porque de otra suerte quedaría indefenso frente a un posible fraude. Por tanto, la Sala infringe el artículo 1.227 del Código apreciando erróneamente la prueba en relación con el documento privado de la venta de enseres hecha por los causantes del actor recurrente, a quien hizo asumir la venta sin que, por no tener conocimiento de ella, pudiera afectarle hasta que se produjo el supuesto del artículo 1.227 del Código, esto es, la presentación en Hacienda del documento privado en 1980, es decir, incluso posterior a la fecha de extinción del contrato y de sus prórrogas voluntarias. Por otra parte, tampoco consta la voluntad novatoria del citado documento privado de sustituir el contrato de arren-

damiento de industria por el de local de negocio, amén de que, en caso de duda, hay que estar por la novación modificativa y no por la extintiva.

C. R. R.

RETORNO.—PROCEDE EL RETORNO PACTADO PORQUE NO SE DA EL SUPUESTO DE TRATARSE DE UNA EDIFICACION PROVISIONAL LA QUE SE DEMUELE (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1985).

El propietario de unos locales arrendados presenta demanda ante el Juzgado número 2 de Ibiza alegando que se trata de edificación provisional y carece del derecho de retorno legal, y si se pactó en el contrato este derecho, se subordinó a que el arrendatario desalojase el que tiene arrendado, e incumplida tal obligación, procede declarar resuelto el contrato con indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado estimó la excepción de «litisconsorcio» pasivo y absolvió al demandado, sin entrar en el fondo de la litis, confirmando la apelación.

El recurso de casación tiene éxito. Los actores dirigen la demanda sólo contra uno de los arrendatarios, y tanto el Juzgado como la Audiencia arguyen que la existencia o no del retorno debe ser debatida con la intervención de todos los arrendatarios por ostentar todos interés legítimo y directo; existiendo pluralidad de interesados, esta cuestión no es susceptible de ser decidida en pleitos diversos e independientes, ya que vulneraría el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Sin embargo, la Sentencia de 12 de julio de 1984 dice que cuando la resolución que se dicta en un pleito no produce excepción de cosa juzgada frente a la persona que se estima debió ser llamada a la litis, no se da la situación de «litisconsorcio» pasivo necesario, doctrina que aplicada al presente caso conduce a la estimación del primer motivo, pues es claro que al incumplir el arrendatario su obligación de desalojo del local pierde el derecho de retorno convencional, sin que la resolución de su arrendamiento pueda afectar a los otros arrendatarios que no han sido demandados y, por tanto, no han sido oídos ni vencidos en el procedimiento, y la sentencia que recaiga no puede aplicarse a otros por no darse los requisitos de la cosa juzgada material. Para calificar una edificación como provisional no sólo han de tenerse en cuenta las características físicas, sino también la falta de adecuación al lugar de emplazamiento en relación con los inmuebles que se pueden alzar o ya estén alzados, siendo un dato a considerar la desproporción entre el valor del solar y el de la construcción; pero no puede calificarse como provisional la edificación que fue realizada no con un propósito temporal o interino, sino con intención de permanencia, aunque el transcurso del tiempo y la expansión de la ciudad con la modificación de los Planes de Ordenación Urbana la convierta en inadecuada en relación con los edificios construidos después, ya que tal circunstancia no puede dentro del campo de la Ley de Arrendamientos Urbanos transformarse en provisional, lo que en su tiempo fue definitivo, ya que no es lo mismo edificación inadecuada que provisional, debiendo considerarse en este caso la edificación como definitiva, por lo que al faltar el presupuesto de la demanda, es decir, considerar el inmueble como edificación provisional, no puede sostenerse la consecuencia

pretendida, es decir, carecer el arrendatario del derecho de retorno legal, por lo que debe rechazarse la pretensión del actor apoyada en la aplicación del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, supuesto en el que no puede tipificarse la relación contractual cuestionada, desestimando íntegramente la demanda y absolviendo al demandado de la pretensión ejercitada.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—LO CEDIDO EN ARRENDAMIENTO NO FUE EL USO DEL LOCAL, SINO DE UNA EXPLOTACION COMERCIAL AUTONOMA CON VIDA PROPIA Y SUSCEPTIBLE DE SER EXPLOTADA INMEDIATAMENTE (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Se interpone demanda de desahucio de un club, arrendado como tal negocio en 1980 por un año con posibilidad de renovarlo siempre que el arrendatario cumpliera con sus obligaciones, pero no fue así, ya que no pagó ciertos gastos y realizó obras sin permiso escrito del arrendador, habiendo subarrendado y causado daños diversos a los muebles, entregados en buen estado. El Juzgado de Inca estimó la demanda, así como la Audiencia de Palma.

No prospera la casación. La sentencia de Primera Instancia concede el desahucio, ya que lo que se entregó no fue el uso del local, sino una explotación comercial autónoma con vida propia y susceptible de ser explotada inmediatamente, consistente en un conjunto de bar y picadero, que ya estaba en funcionamiento cuando fue cedida en arrendamiento al recurrente. No puede construirse la impugnación de la sentencia al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que el bar y picadero no existían en el momento del contrato, pues era imprescindible que por el cauce del número 7.º de este artículo se hubiese destruido el indicado presupuesto y se hubiera sentado, por el contrario, que lo recibido fueron elementos dispersos, carentes de unidad patrimonial con vida propia, que el citado precepto exige para entender que se está en el caso de un arrendamiento de negocio.

C. R. R.

2. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD POR NO DAR OPORTUNIDAD A LAS PARTES DE SER OÍDAS Y PRESENTAR PRUEBAS (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Como consecuencia de las controversias surgidas en el cumplimiento de un contrato otorgado entre la entidad «F. E., S. A.», y don Anastasio G. I., relativo a la estructura y cimentación de un edificio sito en la calle Miraflores, esquina a la calle Duero, en ., se formalizó ante Notario escritura pública de arbitraje de equidad el día 5 de febrero de 1985, después de unas incidencias de recusación que no hacen al caso. El 5 de marzo del propio año aceptó su cargo el Doctor Arquitecto don Manuel R. V., quien emitió su laudo el día 7, ratificándolo ante el propio Notario el día 8.

Don Anastasio G. I. interpuso dentro de plazo recurso de nulidad contra el expresado laudo, al amparo de los números 3.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando, en esencia, que había sido emitido sin audiencia de las partes, no dando al recurrente la oportunidad de hacer alegaciones ni aportar probanzas, con infracción del artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953.

Doctrina de la Sala.—Aunque realmente en el escrito de interposición del recurso no se han cumplido con rigurosidad las exigencias formales, es lo cierto que de su contenido se desprende de manera clara y manifiesta cuál es el número del artículo 1.733 al que se acoge la nulidad; y como el artículo 29 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 establece que aunque el arbitraje de equidad no está sujeto a reglas procedimentales ni ha de ajustarse a Derecho en cuanto al fondo, los árbitros deberán dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, trámite éste que no aparece cumplido, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender, dado el contenido del artículo 30, modificado por el 27, 3, de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el número 4.º del artículo 1.733 de esta propia Ley, es claro que el principio de tutela efectiva de los Juzgados y Tribunales, consagrado en el artículo 24 de la Consti-

tución (desarrollado más tarde en el art. 11, 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), obliga a decretar la nulidad del laudo arbitral, sin que a ello obsten las manifestaciones contrarias de que el árbitro fue designado por Auto de 1 de noviembre de 1980, aceptando su cargo el día 8 de los propios mes y año, y que, según las Sentencias de este Tribunal de 6 de febrero de 1962 y 20 de noviembre de 1963, al intervenir la autoridad judicial ya no es necesario el otorgamiento de escritura pública con idéntico contenido, pues que dicho auto acordó la formalización en tal documento, así fue aceptado por las partes y sigue sin constar que se diese al recurrente la posibilidad de contradicción y aportación de pruebas, que es precisamente lo que origina la nulidad pretendida, sin que el mero transcurso del tiempo permita deducir lo contrario.

Conforme a los artículos 1.734 y 1.735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la presente sentencia habría de notificarse al Notario ante el que se dictó el laudo o al que conserve su protocolo, y al haber lugar al recurso por no haberse concedido al recurrente oportunidad adecuada de ser oído o de presentar pruebas, procede dejar sin efecto dicho laudo, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas, por no constar temeridad o mala fe procesal en ninguna de las partes.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: CITACION POR EDICTOS (CASOS EN QUE NO ES MAQUINACION FRAUDULENTO PARA GANAR SENTENCIA)
(SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Matías Malpica González-Elipe.

El presente recurso extraordinario de revisión se basa exclusivamente en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, en la obtención de una sentencia firme y ejecutoria por la contraparte, arbitrando para ello el ocultamiento del procedimiento de reclamación de cantidad, en el que fue declarado rebelde el demandado a consecuencia de que la citación y emplazamiento se le hizo por medio de edictos, a pesar de conocer el domicilio donde podía haberse verificado tales diligencias la parte actora, como lo prueba, según la tesis del recurrente, que en el período de ejecución de sentencia se mandó trabar embargo a instancia de la parte actora y vencedora en la litis del piso donde tiene instalado su domicilio el recurrente, habiéndose servido de este ardid engañoso para lograr el propósito de indefensión en el pleito de reclamación de cantidad.

Doctrina de la Sala.—Como quiera que la primera diligencia en que interviene el hoy recurrente o su esposa, de donde se deduce el conocimiento de la existencia del procedimiento que ahora se pretende revisar, tuvo lugar el día 2 de diciembre de 1983, con ocasión del requerimiento de que fue objeto la última citada, para presentación de títulos de propiedad del piso embargado, sito en el número 38, 1.º, G, de la calle..., donde tiene el recurrente su domicilio particular, es patente que la deman-

da del recurso, presentada el 2 de marzo de 1984, lo está dentro del plazo hábil para ello, a tenor del artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 303 de la misma Ley Procesal y conforme a la doctrina que, a efectos de cómputo de plazos, tiene establecida esta Sala en Sentencias de 24 de marzo de 1893, 8 de abril de 1920 y 12 de mayo de 1952.

A los fines propuestos en el recurso extraordinario que nos compete, han de subrayarse como datos trascendentes, recogidos de las actuaciones, además de los señalados precedentemente, los siguientes: A) La propia demanda del recurso viene acompañada del documento de compraventa de pescado congelado objeto del litigio, en el que figura como domicilio del hoy recurrente el de la calle..., número 16, e igualmente de hojas de la lista de abonados de la Compañía Telefónica Nacional de España, en las que figura el señor H. M. con idéntico domicilio que el señalado en el contrato referido, con la especificación de «Pescadería», y ello tanto en la de orden alfabético como en las secciones de profesiones, oficios y comercial y en la de calles. B) En la diligencia de citación para la celebración del acto de conciliación, el día 21 de septiembre de 1981, verificada en el domicilio calendado precedentemente, se hace constar la no residencia del señor H. M. por el Agente Judicial del Juzgado de Distrito número 2 de Bilbao. C) En la guía de télex de distintos años figura también el señor H. con el mismo domicilio que el anteriormente aludido, como asimismo en el actual de ..., número 38, 1.º, G, de Bilbao.

Por lo expuesto es evidente que el punto fundamental en orden a la referencia del domicilio del hoy recurrente tenía que ser para la contraparte la del número 16 de la calle..., de Bilbao, y no el número 38, por la repetida constancia del primero, tanto en el documento de compraventa de la mercancía cuyo pago se reclamaba, como en los listines de uso cotidiano en el comercio e industria a efectos de localización de clientes, máxime cuando la lonja de ubicación del negocio del señor H. se encuentra en el número 16 y no en el número 38, siendo, además, de su propiedad o, por lo menos, de sus padres desde el año 1951, por lo que no puede deducirse de lo expuesto que la citación por edictos interesada por la vendedora reclamante del precio, una vez que constaba judicialmente la ausencia del demandado, hoy recurrente, se hiciera torticeramente con ánimo de fraguar una indefensión del accionado que asegurara el triunfo de su tesis y la consecución de una sentencia, en estas circunstancias, evidentemente injusta. Y sabido es que la prueba de tal ánimo o intención es la exigida por la jurisprudencia para dar lugar al recurso de revisión (Sentencias de 14 de diciembre de 1960, 19 de diciembre de 1961, 19 de octubre de 1962, 21 de febrero de 1983, 28 de marzo de 1983 y 2 de diciembre de 1983), de suerte que para el éxito de la pretendida nulidad de la sentencia «no había de existir duda racional sobre la certeza de la causa alegada para fundamentarla», dado que su estimación ha de basarse en prueba irrefutable, demostrativa de que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, no siendo suficiente prueba de ello la circunstancia de que en la vía de apremio, entre otros bienes, se embargara el domicilio actual del número 38 de la misma calle, pues su conocimiento pudo ser posterior a dictarse la sentencia que ahora se impugna, previa investigación que asegurara su efectividad condenatoria al pago del precio reclamado, sobre

todo si se tiene en cuenta en corroboración de los datos fácticos ya enunciados lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en punto a la determinación del domicilio de los comerciantes «en todo lo que concierne a actos o contratos mercantiles y a sus consecuencias», pudiendo ser demandados por acciones personales —y ésta que dio lugar a la sentencia lo es—, «en aquel en que tuvieren el principal establecimiento o en el que se hubieren obligado», circunstancia esta última que es la concurrente en el establecimiento o domicilio fijado en el contrato de compraventa origen del litigio que se pretende revisar, máxime cuando el recurrente no ha alegado, y menos aún probado, que la diligencia extendida por el Agente Judicial, a que se hace referencia en el extremo B) del fundamento jurídico 3, no responde a la verdad y realidad de desaparición de tal domicilio mercantil del referido recurrente.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: DOMICILIO DEL VENDEDOR, A PESAR DEL LIBRAMIENTO DE CAMBIALES (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don José Luis Albácar.

Doctrina de la Sala.—Promovida por don Joaquín B. R. ante el Juzgado de Distrito número 1 de Elche demanda de juicio de cognición, en la que se ejercita una acción personal en reclamación de la cantidad de 370.793 pesetas, que se alegan adeudar como precio impagado de una compraventa mercantil en la que el vendedor demandado, «Sociedad Cooperativa Manchega L. L.», se halla domiciliada en Albacete, y una vez emplazada ésta se promovió por la misma ante el Juzgado de Distrito número 1 de Albacete cuestión de competencia por inhibitoria, que no fue aceptada por el Juzgado de Distrito de Elche, promoviendo el presente conflicto, que residenciado ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, debe ser resuelto en favor del Juzgado de Elche, lugar donde radica el establecimiento mercantil del vendedor y actor, toda vez que no consta que en los contratos de compraventa mercantil que nos ocupan se señalara un lugar determinado para el cumplimiento de las respectivas obligaciones de las partes, ni que los géneros vendidos tampoco lo hicieran a portes pagados, así como que las partes se hayan sometido a la jurisdicción territorial de Albacete, por lo que debe entenderse, de acuerdo con una reiterada doctrina de esta Sala dictada en interpretación de la regla 1.^a del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, que será Juez competente el del domicilio del vendedor por presumirse que en dicho lugar tuvo efecto la entrega de las mercancías, sin que a ello obste el hecho de que para el pago se libranan efectos cambiales, que se domiciliaron en Albacete, toda vez que es doctrina jurisprudencial el que el libramiento de los mismos es una mera facilidad que se otorga al comprador, que no influye en modo alguno en la determinación de la competencia territorial.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: LUGAR DE CUMPLIMIENTO Y ACCIONES POR INCUMPLIMIENTO. EN CASOS DE DUDA, DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Manuel González Alegre.

Doctrina de la Sala.—Es tema de litis la resolución del contrato, de compraventa y distribución en exclusiva, verbalmente concertado entre don Antonio L. M. y la demandada, «Bodegas C. C., S. A.», con domicilio en ..., Navarra, de los vinos elaborados por ésta, para la zona que comprende la provincia de Asturias, y, según se dice en la demanda, «derechos de exclusiva» que don Antonio L. M. cedió a la demandante, «V. P. A., Sociedad Anónima», con domicilio en Oviedo, al tiempo de su constitución, con el pleno consentimiento de la demandada; resolución que tiene su apoyo en que no obstante viniendo obligado el vendedor a respetar la zona de Asturias mediante un pacto de no concurrencia por sí o por medio de terceras personas, para lo que, «como contraprestación, don José Antonio, primero, y la actora, después, se comprometían a comprar en firme los vinos elaborados y comercializarlos en la provincia de Asturias», conoció la actora que los vinos elaborados por la demandada «eran y son comercializados por Esclusivas T., S. A., a quien, al parecer, le fue concedida la misma exclusiva».

Suscitada cuestión de competencia entre los Juzgados de Oviedo número 1 y número 2 de Tudela, tratándose del ejercicio de la acción resolutoria del mencionado contrato, es doctrina la de que el Juez competente para conocer del cumplimiento del contrato lo es para conocer de las acciones a las que se incumplimiento puede dar lugar, y si bien es cierto que no cabe tener por válida la demanda de sumisión, tal y como se razona en el auto dictado por el señor Juez del Juzgado número 1 de los de Oviedo, no lo es menos que no cabe dar al pacto o cláusula el alcance que se pretende en dicho auto, cuando al igual es doctrina la de que no altera la naturaleza del contrato del que no es sino un pacto accesorio, como en este caso puede decirse del contrato de compraventa al que se agregó dicho pacto, y como, por otro lado, no aparece de los elementos tenidos para juzgar la cuestión de competencia que el lugar de la entrega de las mercancías fuera otro distinto a aquel en el que el vendedor tiene su establecimiento, a más de que el domicilio del demandado desempeña un papel preponderante cuando de situaciones un tanto dudosas se trata, es visto procede resolver la presente cuestión de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a favor del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Tudela, por ser de competencia para conocer de la demanda origen de la litis.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: DOMICILIO DEL VENDEDOR, AUNQUE HUBIERAN MEDIADO CAMBIALES (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Procede decidir la cuestión de competencia planteada a favor del Juzgado de Castellón de la Plana, al tratarse de una acción personal en reclamación del precio de una compraventa mercantil, en la que no consta la determinación por las partes del lugar de cumplimiento de las obligaciones correspondientes ni por cuenta de quién se efectuó el transporte de las mercancías vendidas. Y no existiendo al respecto pacto de sumisión a Juzgado determinado es de aplicar el criterio reiterado de la Sala en tales casos, entender entregada la mercancía en el domicilio del vendedor, sin que sea óbice para tal conclusión el hecho de que se hayan girado letras de cambio, lo que no afecta a la decisión de la cuestión de competencia planteada, dado que el origen del débito es el contrato de compraventa mercantil, al margen de la domiciliación de las cambiales y del lugar del protesto de las mismas.

RICARDO DE ANGEL

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

Por CARLOS MARÍN ALBORNOZ

SOCIEDADES. AUMENTO DE CAPITAL. REGULARIZACION DE BALANCES (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Hechos.—La sociedad apelante pretende que se declare exento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales el aumento de capital de 24.880.000 pesetas formalizado en escritura pública de 25 de febrero de 1977, en ejecución de acuerdo adoptado en junta celebrada el 15 anterior, hecho que produjo una liquidación por el concepto tributario indicado, por importe de 1.089.749 pesetas, exención basada en estimar que el referido aumento de capital era una operación realizada con anterioridad al 17 de noviembre de 1977 y no estaba contabilizada por la sociedad, que se acogió después a la regularización tributaria mediante solicitud de 5 de abril de 1978, por lo que, según el apelante, deben aplicársele los beneficios tributarios previstos en la Ley 50/1977, de 14 de noviembre.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz-Jarabo Ferrán, declara no ser procedente la aplicación de exención al caso contemplado, en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. Que el artículo 31 de la Ley 50/1977, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, estableció para las empresas sujetas a los Impuestos sobre Sociedades e Industrias cuota de beneficios—, la exención de cualquier impuesto, gravamen o responsabilidad de todo orden frente a la Administración, cuando tales empresas realizaren las operaciones contables referidas en los apartados *a)*, *b)* y *c)* del precitado artículo, siempre que aquéllas se acogieren dentro del plazo iniciado con la publicación de la mencionada Ley 50/1977, de 16 de noviembre, y finalizado el 30 de junio de 1978, a la regularización voluntaria de su situación fiscal, haciendo lucir en su contabilidad, siempre que no constare en ella debiendo haber figurado, los bienes y derechos representativos de activos reales, fijos o circulantes, y las obligaciones para terceros, incorporando la parte del coste de bienes ocultada cuando se adquirieron o, por último, cuentas del activo o pasivo irregularmente contabilizadas o inexistentes; en definitiva, lo que se pretendía con el precepto que venimos contemplando era hacer realidad fiscal bienes, derechos y obligaciones ocultos, cuyo lucimiento en el correspondiente balance regularizado es lo que exactamente determinaría la aplicación de la exención establecida en el aludido artículo 31 y desarrollada en la Orden de 14 de enero de 1978, lo

que se infiere como consecuencia de cuanto ha quedado expuesto, que sólo la eliminación de la ocultación de bienes, derechos y obligaciones, generadores de una imposición debida a la Hacienda, es lo que determina la aplicación de la exención en cuestión.

Segundo. Que por lo que al supuesto ahora enjuiciado interesa, debe señalarse que la suscripción de las nuevas acciones correspondientes al aumento de capital al que nos venimos refiriendo, se realizó a la par por los propios accionistas de la sociedad, y no con cargo a ninguna cuenta oculta, de lo que se infiere que cuando se consumó el aumento de capital en cuestión, no se afloró ni nada que estuviera relacionado con bienes o derechos representativos de activos reales, fijos o circulantes de la indicada sociedad que, insistimos, estuvieran ocultos o irregularmente contabilizados, circunstancia que, repetimos, no concurría en la sociedad apelante cuando se formalizó la escritura pública que determinó la liquidación tributaria ahora combatida, y a ello no es obstáculo que, como se alega por la apelante, el acuerdo social de aumento de capital y lo aportado al efecto por los socios para suscribir las nuevas acciones no figurara contabilizado en el correspondiente balance el 14 de noviembre de 1977, por cuanto dicha alegación no es determinante de que la operación de aumento de capital estuviera entonces oculta, toda vez que, como se destaca en la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central objeto de impugnación en este proceso, tratándose de un acto fiscalmente gravable y contabilizable en el corriente balance, acaecido en febrero de 1977, su verdadero y obligado reflejo contable había de tener lugar en el balance correspondiente al cierre del ejercicio, lo que sería el 31 de diciembre de 1977, y así se hizo en el presentado en la Delegación de Hacienda para la presunta regularización contable, y en el que se reflejó tanto el aumento de capital, como la adquisición de un inmueble, y de este documento básico de la contabilidad cerrada en cada ejercicio, se deduce que no ha existido ninguna ocultación de la sociedad apelante, que reflejó cuando era obligatorio en su contabilidad, la operación de aumento de capital, lo que acaeció, insistimos, en el balance correspondiente al ejercicio en que la operación se realizó, con lo que, hasta el 31 de diciembre de 1977, no se podía aducir que el aumento de capital estaba oculto; aumento de capital que se reflejó en el Libro de Actas de la sociedad, lo que ya desde entonces hacía desaparecer cualquier ocultación de la aludida operación, pues tales libros sirven de elementos de investigación fiscal, conforme se determina en el artículo 110 de la Ley General Tributaria.

Tercero. Que la contabilización del aumento de capital social, dentro del ejercicio en que tal hecho debía tener obligada constancia contable entre los ingresos y gastos que sirven para determinar la base del Impuesto de Sociedades, conduce a estimar que no era aplicable en el presente supuesto la exención pretendida por la sociedad apelante, al no concurrir en dicha operación los requisitos señalados en el artículo 31 de la Ley 50/1977, ya que cuando entró en vigor dicha Ley, si bien no lucía todavía en su contabilidad el referido aumento de capital, ello no era todavía obligado, puesto que hasta 31 de diciembre de 1977 tenía plazo para reflejarlo en su balance de ingresos y gastos, no siendo, además, la consiguiente aportación de capital procedente, como ya hemos dicho, de ningún fondo de la sociedad apelante que estuviera oculto, sino que se hizo en su momento con el desembolso de los socios que suscribieron las nuevas accio-

nes. Tampoco se ha cumplido por la sociedad apelante la formalidad o requisito de la apertura de una cuenta de regularización, que permita su comprobación por la Administración, y a la que se alude en el artículo 7 de la Orden de 14 de enero de 1978.

C. M. A.

COOPERATIVAS.—CANCELACION DE HIPOTECA.—AL NO EXISTIR EN ELLA ADQUISICION DE DERECHOS NO PROCEDE APLICAR EXENCION POR EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Una cooperativa adeudaba a cierta entidad bancaria una suma de dinero en concepto de préstamo con garantía hipotecaria. Pagado el préstamo, se procede a cancelar la hipoteca otorgándose la pertinente escritura pública.

Presentada en la Abogacía del Estado dicha escritura, se gira liquidación por el concepto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Contra dicha liquidación y las dos resoluciones de la Jurisdicción Económico-Administrativa, interpuso la cooperativa recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de La Coruña, la cual lo estimó, anulando la liquidación girada.

Interpuesto recurso de apelación por el representante de la Administración contra la anterior sentencia, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José Luis Martín Herrero, lo estima en base a la siguiente:

Doctrina.—Primero. Mediante el presente recurso de apelación, se somete a la decisión de esta Sala la interpretación del número 5 del artículo 65 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, que declara exentos del Impuesto «los actos y contratos mediante los cuales las cooperativas protegidas lleven a cabo la adquisición de bienes inmuebles o derechos para sí o para sus asociados, siempre y cuando tiendan directamente al cumplimiento de sus fines sociales y recaiga sobre ellas la obligación de satisfacer el Impuesto». La sentencia apelada ha entendido que la norma transcrita es aplicable a la cancelación de la hipoteca que gravaba la finca, equiparando, a estos efectos, la cancelación de una hipoteca a la cancelación de una condición resolutoria, negocio jurídico que esta Sala declaró exento del Impuesto en su Sentencia de 23 de octubre de 1982.

Segundo. La Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1982, que declaró la exención del Impuesto de las cancelaciones de las condiciones resolutorias, precisó que la exención procedía cuando se adquiere un derecho o una parte de las facultades que lo integran y que antes no se tenían, porque al mencionar el Texto Refundido como actos exentos las adquisiciones de bienes y derechos, pero sin precisar cuáles son éstos, no puede hacerse una limitación del beneficio fiscal. Pues bien, esta adquisición de derechos que la Sala entendió aplicable a las cancelaciones de las condiciones resolutorias, no es, en cambio, aplicable a las cancelaciones de hipoteca. En ellas el bien o derecho ya se había adquirido, puesto que así como en una compraventa sometida a condición resolutoria la adquisición o la pérdida del derecho transmitido por el negocio jurídico de

compraventa dependerá del cumplimiento o incumplimiento de la condición, en cambio, la hipoteca se limita a garantizar la efectividad de un crédito, del cual es un derecho accesorio —artículos 1.528 y 1.857 del Código Civil—, pero sin que ello implique no ya la transmisión del dominio del inmueble o de alguno de los derechos que lo integran desde el deudor al acreedor, sino que ni siquiera implica la transmisión de la posesión, por lo que con su cancelación no se produce la adquisición o readquisición de un bien o de un derecho que el deudor no tuviera antes de la cancelación, y sin que pueda ser argumento en contra que en virtud de la hipoteca se transmitió al acreedor el importe del crédito garantizado con ella, que recuperará el deudor mediante la cancelación, ya que esa cancelación solamente es una puesta de manifiesto a terceros de que sobre la finca no pesa carga alguna, pero no significa que sea con el valor de la finca gravada con el que haya satisfecho el importe del crédito, que al haber sido pagado con otros bienes —dinero— del deudor, no añade a la finca gravada ningún derecho que antes no tuviera su propietario.

Tercero. Al admitir la sentencia apelada la exención para la cancelación de una hipoteca ha infringido el artículo 24 de la Ley General Tributaria, que prohíbe aplicar la analogía para extender más allá de sus límites estrictos el ámbito del hecho imponible o de las exenciones o bonificaciones tributarias, por lo que procede revocarla, lo que lleva aparejado como consecuencia la estimación del recurso de apelación interpuesto contra ella.

C. M. A.

COMPROBACION DE VALORES.—LA VALORACION DADA A UN BIEN APLICANDO LAS REGLAS ESTABLECIDAS AL EFECTO EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO NETO DEBE SER ACEPTADA POR LA ADMINISTRACION (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1986).

Hechos.—La cuestión fáctica planteada estriba en determinar si es o no correcta la valoración que el contribuyente da a un bien, tomando como base su valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado excelentísimo señor don José María Ruiz Jarabo Ferrán, estima que sí en base a la siguiente:

Doctrina.—La sentencia apelada, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Provincial de Salamanca, anuló dicha resolución, así como la liquidación en la misma confirmada, por cuanto esta última se giró por la Delegación de Hacienda de la indicada ciudad, asignando a las fincas adquiridas por el recurrente en la Primera Instancia, un valor superior al fijado por aquél en la autoliquidación presentada a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 1980, valoración que, repetimos, no fue aceptada por la correspondiente Oficina Gestora, que efectuando comprobación del valor real de los bienes adquiridos por el recurrente, asignó a los mismos un valor de 511.000 pesetas, valoración esta última que no es aceptada en la sentencia combatida, con fundamento en que si el obligado al pago del Impuesto presentó su autoliquidación aplicando correctamente las normas del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio para fijar el valor de los bienes cuya transmisión es objeto

del aludido Impuesto, lo que deberá hacerse conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, reguladora de dicho Impuesto Extraordinario, tiene derecho a que la Administración tenga que aceptar el valor establecido en dicha autoliquidación, por así disponerlo el artículo 49, 1, del aludido Texto Refundido de 30 de diciembre de 1980, frente a cuya tesis se opone por el Letrado del Estado el derecho de la Administración tributaria a efectuar la comprobación de valores por cuantos medios autoriza la legislación, cuando estima que el valor real no es coincidente con el resultante de aplicar las normas del Impuesto Extraordinario del Patrimonio.

Por otro lado, considera también que la normativa establecida en el artículo 10, 1, del vigente Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, lo que se reproduce íntegramente en el artículo 10, 1, del Reglamento del Impuesto aprobado por Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre, determina con absoluta claridad que la fijación del valor real de un bien transmitido, a efectos de determinación de la base imponible del Impuesto, «se llevará a efecto aplicando las reglas establecidas al respecto en el Impuesto sobre el Patrimonio Neto), aclarándose en la disposición transitoria 1.ª, párrafo 2.º, del aludido Reglamento de 29 de diciembre de 1981, que las referencias que se hacen al Impuesto sobre el Patrimonio Neto se entenderán hechas al Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, hasta tanto aquella figura impositiva entre en vigor, de lo que se infiere que cuando se haya efectuado la fijación del valor real por el obligado al pago del Impuesto, aplicando correctamente las reglas establecidas para ello en la Ley Reguladora del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio —artículo 6 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre—, resulta evidente que la Administración debe aceptar tal fijación del valor real, y por ello, cuando el artículo 49, 1, del Texto Refundido —reproducido en el artículo 61, 1, del Reglamento— establece la posibilidad de comprobación del valor real por la Administración, lo hace solamente cuando dicho valor real no se hubiere obtenido aplicando las reglas contenidas, por lo que a la transmisión de bienes se refiere en el artículo 10, es decir, *a sensu contrario*, que si se hubiera aplicado correctamente lo establecido en dicho artículo 10, y en su consecuencia, se hubiere fijado el valor real aplicando exactamente las reglas establecidas al efecto en el Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, no puede ya la Administración acudir a otro medio de comprobación de los establecidos en el artículo 52 de la Ley General Tributaria.

Considerando, por último, que al haberlo así entendido la sentencia apelada, resulta evidente que en la misma no se ha sentado ninguna doctrina que pueda estimarse errónea, sino, por el contrario, se ha aplicado con corrección jurídica la normativa a que nos hemos referido en el precedente razonamiento jurídico, por todo lo cual, y al no existir el primero de los condicionantes de la prosperidad del recurso de apelación extraordinario regulado en el artículo 101 de la Ley de esta Jurisdicción, procede la desestimación del presente recurso de apelación, al faltar, insistimos, el requisito material anteriormente aludido, sin que de lo actuado en este recurso se aprecien motivos determinantes para hacer una especial declaración sobre costas.

C. M. A.

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*. Prólogo por Luis Humberto Clavería Gosálbez. Tecnos, 1987.

LUIS FELIPE RAGEL, profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Extremadura, con la publicación de la presente monografía confirma que está en posesión de dos cualidades nada desdeñables en sí mismas, y además infrecuentes, cuales son: profundidad en los conocimientos y madurez para el pensamiento problemático propio del jurista.

El comentario-recensión de esta obra es para mí ocasión de elogio debido a un profesor de Derecho civil que, además de enseñar, ha hecho de la investigación ocupación diaria y que ha producido un libro como el presente, en el que vale la pena adelantar que la reflexión sobre el caso concreto es ocasión propicia para la valoración y el análisis de las normas aplicables.

Es preciso, a mi juicio, indicar, como mera advertencia, que el lector se encontrará con la dificultad que entraña el método analítico seguido por RAGEL, al que me atrevo a bautizar de cartesiano-barroco. Me explico. En la concepción de la obra los capítulos sirven, más que para separar los distintos aspectos de la indagación científica —función que sin duda cumplen—, para destacar los ejes constructivos de la propia investigación, reservando los epígrafes y subepígrafes en que generosamente se subdividen para abordar, con lujo de detalle, los problemas concretos que el autor se suscita y nos propone. Para apreciar el conjunto de la obra se puede acudir al símil de un retablo en el que los distintos cuerpos complementarios unos de otros y todos subordinados al conjunto se elaboran separadamente, pero se piensan en función del conjunto en una aspiración pedagógica lograda que se cierra con las «conclusiones».

Esta técnica de difícil ejecución, parece reservada a los juristas andaluces y RAGEL lo es, tiene para mí el inconveniente de la comunicabilidad interna de los cuadros, en el símil del retablo, que se nos presentan aisladamente. No obstante el aligeramiento de detalles, el autor hace un uso espléndido de las notas para descargar el texto, facilita la visión permanente del conjunto y la división en epígrafes y subepígrafes es orientadora casi siempre, sólo en algún caso aislado éstos obedecen más a la rigidez del esquema que a la finalidad entera de la obra, pero ello es siempre comprensible en un texto que tiene su origen inmediato en una tesis doctoral ortodoxamente elaborada y presentada. Felizmente para el conjunto de la obra, los lineamientos constructivos que supone la división en capítulos se imponen con su peso específico y subordinan en todo momento el detalle del caso a la finalidad perseguida, con lo que la difi-

cultad técnica se convierte en ventaja para el lector cuando doble la última página del libro y reflexione sobre lo escrito.

Uno de los aciertos de la obra proviene de la valentía del autor al tomar postura inmediata, en el capítulo I, sobre aspectos esenciales del Derecho de obligaciones, tales como la distinción entre *deuda* y *responsabilidad*, de tanta trascendencia en el nuevo régimen de gananciales, con análisis de la aplicabilidad directa o modalizada del artículo 1.911 del Código Civil, así como del principio de actuar en interés de la familia. Esta anticipación podría tener consecuencias negativas si el autor hubiese impuesto el peso de la dogmática confesada desde el inicio contra viento y marea a la realidad examinada en los supuestos analizados, pero este riesgo en RAGEL se desdobra en un doble beneficio para el lector: de una parte, sabemos de antemano lo que piensa, en tanto que de otra es capaz de relativizar la expresión dogmática ante las consecuencias prácticas. El supuesto concreto gana autonomía, en progresión a lo largo de la obra, respecto del enunciado general hasta llegar a ser objeto de análisis si no independiente, sí verificador del aserto general. Es aquí donde el cartesianismo de RAGEL se impone sobre el barroquismo del esquema doblegándolo, con el resultado de situar los dogmas jurídicos en el lugar que les corresponde, en el de abstracciones generales y no en el de remedios universales, lo que realza el hecho contrastado de que cada supuesto de análisis tiene una solución derivada de la norma directamente aplicable o de otra de carga racional análoga, para la cual el principio general dogmático sólo sirve de pauta de verificación, no del resultado concreto, sino del método empleado.

Entresacados del conjunto de la obra me parece merecen la atención singular del lector los epígrafes dedicados a las «deudas contraídas en la gestión o disposición de bienes gananciales, que por ley o capítulos corresponde a cada cónyuge» por su riqueza temática; el que se refiere a las «deudas contraídas con anterioridad al matrimonio» por el realismo de su planteamiento, el régimen económico-matrimonial no es una barrera física entre el hoy y el ayer, mucho más en una sociedad repleta de deudas a plazos; así como el intitulado «Deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio», que bien merecería un tratamiento ampliatorio por parte del autor.

En estos epígrafes RAGEL se supera a sí mismo en el estudio de los supuestos de hecho que fundamentan las normas aplicables al caso de que, en concreto, se trate; de ellos puede deducirse sin excesiva dificultad que el autor está en posesión de una teoría, por cierto muy bien fundada, de la gestión de la «sociedad» de gananciales. Entrecomillo el término *sociedad* porque se servirá de él el autor después, con muy buen criterio, para construir el desenlace del conjunto que no es otro que un análisis, desde todos los puntos de vista, del artículo 1.373 del Código Civil y de sus inmediatas consecuencias.

El capítulo V, centro y punto de referencia permanente de la monografía, ha sido construido de forma acusadamente diferente respecto de los que le preceden. En los primeros capítulos el mérito indudable de los mismos obedece a la riqueza de los datos aportados, al contraste permanente de las situaciones posibles unas, reales las otras, traídas a minucioso examen; en éste todo cambia, hasta el tono de la escritura, en la que se sirve de párrafos cortos y, muchas veces, indirectos. Aquí RAGEL va tomando paulatinamente posición respecto del contenido y del

continente del artículo 1.373. Para ello se vale de una crítica constructivista acotada en cuanto al significado del precepto y abierta por la que se refiere a su funcionalidad y se sirve para fundamentar sus soluciones (rematadas en las conclusiones 4.ª, 5.ª y 6.ª) de la evolución histórica, de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales actuales y de los antecedentes inmediatos y remotos, y de las aportaciones que pueden y deben extraerse del Derecho comparado.

El capítulo se sitúa respecto del contexto de la obra en alto relieve y sin anécdotas que nos desvíen del objetivo propuesto, ello hasta el punto de que el epígrafe inicial dedicado a la «responsabilidad por deudas consorciales» queda excesivamente desplazado y minimizado para mi gusto. Digo esto porque con los resultados que el autor del análisis del artículo 1.373 se puede enriquecer bastante, yo creo que mucho, el escueto y poco expresivo texto del artículo 1.369. El juego de la ampliación de garantías por los débitos «gananciales» en un caso; de restricción, por el que se opta acertadamente, para el otro, sirve, a mi modo de ver, para desentrañar bastantes de los interrogantes funcionales de la «sociedad» de gananciales y para desprenderse, por su incongruencia, del concepto legal vertido en el artículo 1.344 del Código Civil que tan presente está en algunas de las interpretaciones, discrepantes de las que sostiene el autor, sobre el significado y contenido real del artículo 1.373 del Código Civil.

Pese a estar de acuerdo con RAGEL en el examen y tratamiento de los antecedentes históricos reales del artículo 1.373 del Código Civil, creo que valdría la pena adentrarse un poco más —cuando sea tiempo propicio— en la hermenéutica que se dio al derogado artículo 1.410 del Código Civil y en la influencia que sobre ella ejercieron los exégetas franceses con sus comentarios al también hoy derogado artículo 1.424 del Código Civil francés; en aquella —la que se refiere al artículo 1.410— hay de todo un poco y sobre todo desnaturalización de la idea tradicional de sociedad de gananciales y de enfatización de una idea de comunidad gobernada por el marido, posición ajena a los postulados propios de nuestro sistema histórico, posición de la que quedan bastantes vestigios en nuestra doctrina, a pesar de la reforma.

La interrogación indirecta con que se cuestiona RAGEL sobre la posible diferencia esencial entre «responder con los gananciales» y poder «pedir el embargo de gananciales» se nos revela como un acierto en cuanto al planteamiento de la cuestión, pues este supuesto hipotético de duda le permita dar al autor inmediatamente una respuesta provisional en torno a la función del artículo 1.373 para con las deudas privativas y diferenciarla del aparente paralelismo con que se construye respecto del artículo 1.319 destinado al puro ámbito consorcial. Lograda esta diferenciación, de todo punto esencial para el propósito del autor, éste pasa a examinar los distintos intereses en juego y las respuestas que, ante idénticas o parecidas situaciones, nos brindan los distintos ordenamientos: se nos presenta aquí cómo con leves toques de matiz se puede llegar a situaciones sumamente distintas, pues ello en el fondo depende no de la técnica de garantía que se aplique a las deudas privativas de uno de los cónyuges, sino de la ordenación de las masas y de la naturaleza jurídica propia de cada uno de los regímenes comunitarios examinados.

RAGEL se sirve de nuevo de la vía indirecta para manifestarnos su posición personal en cuanto al alcance y efectos inmediatos de este crucial precepto, por lo que no encontramos una toma de posición decidida en el epígrafe dedicado a «la solución del artículo 1.373 del Código Civil español», sino en el siguiente, que trata precisamente de las *limitaciones* en la aplicación del precepto. La técnica sorprendentemente eficaz en cuanto a los resultados de concreción se basa en el juego literario de desplazar el significante respecto del significado, es decir, se nos guía por el entramado literal del precepto para una vez enfrentados con él presentarnos las contradicciones que se derivarían de la aplicación literalista del mismo, de las consecuencias que se derivarían de una interpretación alejada a la vez del principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 para todas las obligaciones y del diseño que del activo y pasivo —sobre todo de éste— presenta el Código para la sociedad de gananciales.

El completísimo análisis que nos hace RAGEL de las dos posiciones teóricas (posibilidad de ejecución sobre los gananciales sin limitación cuantitativa o necesidad de respetar el ámbito patrimonial teórico del cónyuge no deudor) resulta sumamente revelador de la función propiamente dicha que cumple el precepto en cuanto al mantenimiento del delicado equilibrio entre los intereses forzosamente contrapuestos, sin ahorrarnos sus críticas en cuanto que el ejercicio de defensa de la cuota de gananciales que corresponde al cónyuge no deudor tenga que desembocar en una artificiosa disolución del consorcio, corregida con el pegote del artículo 1.374 que se demuestra innecesario en una visión más temperada del problema como la que presenta la Compilación aragonesa en su artículo 46, 1.

Hasta aquí la monografía se desarrolla por cauces típicamente académicos, desde este punto, como decía antes, crucial se transforma en una paciente e intensa labor de tipo práctico encaminada a resolver los múltiples problemas y escollos que supone la materialización de la ejecución sobre gananciales derivada de la insuficiencia de privativos. En este intenso tramo de la obra se aúnan los criterios académico y forense en apretada y bien trabada síntesis, y en ella se deja traslucir la benéfica influencia que en el modo de hacer de RAGEL ha tenido el ejercicio de la abogacía anterior a la docencia plena. Aquí los problemas tienen, cómo no, un tratamiento teórico, pero no por ello reñidos con la exigencia de la práctica, se resuelve creadoramente ese difícil maridaje entre el ser y el deber ser que como comenzaba este comentario es definitorio del jurista. Una cincuentena de páginas que es preciso leer con atención y textos legales en la mano, pues en ellos se encuentra el grano buscado después de tan intenso trabajo: la verificación de una solución práctica que completa y justifica la teoría y el fundamento del sistema.

Creo que cualquier jurista debe leer y sobre todo meditar el contenido de esta monografía si quiere adentrarse en el conocimiento *real* de la nueva sociedad de gananciales, puedo asegurarle que el resultado de la lectura será, en todo caso, esclarecedor y el esfuerzo, desde luego, gratificante.

JOAQUÍN RAMS ALBESA
Catedrático de
Derecho Civil

PETRONE, M.: *Multiproprietà: individuazione dell'oggetto e schemi reali tipici*. Facultad de Jurisprudencia de Messina. Milán, Giuffrè, 1985.

Llega esta obra a nuestras manos casi simultáneamente con la ponencia de MARTÍNEZ-PIÑEIRO al Congreso Notarial Iberoamericano de Palma, recién celebrado, y la fotocopia de la de PLÁCIDO PRADA al Registral de Río de Janeiro. Estudios, estos últimos, que habrá que relacionar con el epigrafiado, aunque su enjuiciamiento exige su contraste con las restantes aportaciones todavía no publicadas.

Por otra parte, este dilatado verano de 1987 nos ha permitido aproximarnos a los sistemas sudafricanos, en especial los de la cadena SUN en el ámbito del apartotelismo y analizar someramente algunas de las estructuras mixtas, en particular la del «Sabie River Hotel and Country Club», que, parcialmente, orilla muchas de las graves deficiencias —más bien desnaturalizaciones— de tales instutos en nuestra patria.

Todo ello nos lleva a recuerdos que sobrepasan los diez años, cuando examinábamos las primeras creaciones europeas, las incursiones por Estados Unidos —Florida, Lago Tahoe, Hawai— de la mano de «Interval International» y los interesantes cambios de impresiones con JOSÉ DE LA ROSA, del Bufete madrileño GÓMEZ ACEBO-POMBO, que prácticamente fue, además del estructurador, el primer adquirente de una participación indivisa en una típica multipropiedad en Icod (1983), promoción de la cadena Wimpey, y, junto con IAN BLACKSHAW, actuó de ponente en la Convención Internacional de «Time Sharing» celebrada en Londres en noviembre de 1983. La especialización de dicho bufete permitió la canalización de importantes inversiones exteriores en multipropiedades de Canarias y la Costa del Sol.

La sistemática anglosajona, con las escasas variantes de su simplicidad doctrinaria —exquisitamente resumidas en un magistral estudio de PAU PEDRÓN—, ha permitido la difusión extraordinaria de la multipropiedad. Aun en Sudáfrica las cifras dimanantes de los informes del grupo «Sun» asombran y, como en otros países, a través de la «Resort Condominiums International» y su boletín *Endless Vacation Directory*, posibilita unos 1.300 intercambios en 50 distintos países. Sin duda satisface una moderna necesidad social, la de las vacaciones a módico precio. Pero el sistema no es perfecto y no hay que olvidar el subtítulo del escrito de ANN-BYRD PLATT en la revista *Savvy* ya en noviembre de 1981: «What appears to be a cheap, flexible vacation solution could be a risky venture». No coincidiremos absolutamente con el resumen de cierto profesor de materias inmobiliarias de Denver que escribió que los administradores de segundas residencias debían ser considerados los descendientes directos de los cuatreros, pero sí resaltaremos que masas considerables, sin organización y con escasos intereses en un patrimonio que administran terceros normalmente son marionetas en manos de un administrador y que su responsabilidad no tiene el límite de una acción o participación en una limitada.

La ponencia de MARTÍNEZ-PIÑEIRO es amena, estructurada con el esquema de la citada de PAU PEDRÓN, y contiene, además de una relativamente completa bibliografía hispana, incluso alguna en curso de publicación, un amplio detalle de la praxis internacional y planteamientos dogmáticos, con especial enfoque en los hispanos: el multipropietario titular

de un derecho personal, real, societario, miembro de una comunidad *pro diviso* o de otra *pro indiviso*, solución por lo que se inclina, aún matizando su atipicidad.

La de PLÁCIDO PRADA es profunda, doctrinaria. Conocedor de numerosos y cualificados estudios italianos, sus párrafos en ocasiones son paralelos a los de PETRONE. El tiempo no es una «cosa», sino una abstracción, intuición *a priori* en lenguaje kantiano. Dentro de la teoría del objeto jurídico la multipropiedad reviste características de novedad y especialidad. Destaca su condición de figura sin perfilar y acusa a la ley de indefinición y orfandad. No parece tener en cuenta que a los órganos legislativos les es muy cómodo dormir apaciblemente en espera de que praxis y jurisprudencia le facilitan soluciones aptas para ser traducidas en normas.

La obra de PETRONE es típicamente italiana: elegante, con campo limitado y la profundidad que le permite el acceso a los brillantes estudios de su patria que enuncia casi exhaustivamente en esta especialidad. No obstante, no solventa las enormes perplejidades doctrinales, aunque su contribución, sólido compendio de revisión de premisas fundamentales, sistemas, categorías y conceptos reputados intocables, introduce una amplia diafanidad en estas zonas jóvenes, insuficientemente exploradas, en las que los operadores jurídicos de frontera, destacadamente los Notarios, se aventuran complementando tecnología con imaginación. Hay que cubrir una necesidad dimanante de la inagotable fantasía del mundo económico en vertiginoso desarrollo. PETRONE no olvida la importancia de la práctica y hasta facilita un formulario de escritura y estatutos.

Pero estos intentos que aproximan institutos tradicionales a novedades estridentes (RESCIGNO ha hablado de última sofisticada transfiguración de la propiedad burguesa) son sólo soluciones provisionales. La obra de PETRONE invita a la reflexión y éste es su gran valor. Se aparta de las soluciones societarias tipo francés, que no deben considerarse fracasadas, ni mucho menos, aun conociendo la perfecta distinción entre vínculo social y derecho de disfrute efectuada por CONFORTINI y el estado de holocaustos en que actualmente se hallan dogmas que venían considerándose absolutos, como la finalidad lucrativa de las sociedades o la necesidad de la *affectio*. Le atrae el encuadre inmobiliario que responde a los instintos más esenciales del ser humano y plantea el problema de la comunidad.

Pero ésta no le satisface, sin perjuicio de estimar que dada la proximidad de estructuras su normativa pueda ser útil como supletoria en ciertos supuestos. No basta un paralelismo estructural —elemento neutro— para subsumir un instituto en otra *fattispecie*; también es indispensable una coincidencia o incisiva asimilación de intereses que con la estructura se intenta regular y proteger. Los rasgos de subjetividad plural y unidad objetiva, esenciales en la comunidad, no se dan en la multipropiedad, que conjuga una pluralidad de situaciones autónomas con bienes diversos, aunque basados en un mismo objeto físico. El bien jurídico —del que hoy se admiten un sinfín de singularidades— es perfectamente distinguible de la cosa prejurídica, no debiendo distanciarse el supuesto de aquel en que un mismo objeto físico es susceptible de diversos aprovechamientos o utilidades —bienes jurídicos— en forma continua o discontinua y que tampoco constituyen reales comunidades.

En la multipropiedad hay derechos de goce y disposición, como en la propiedad clásica. Si el primero, directamente, por terceros cesionarios o la simple fórmula de la no actuación, es ejercitable sólo cíclicamente, ello es sin perjuicio de su perpetuidad: derechos y deberes subsisten para el titular aun en los períodos de no goce. Por ello no puede considerarse como uno de los numerosos ejemplos de propiedad temporal, con principio y fin determinados. El poder de disposición, limitable voluntaria o legalmente, lo distancia de los derechos personales en los que, en gran número de supuestos, precisan consentimiento de las partes interesadas.

La multipropiedad recae, pues, sobre un bien jurídico caracterizado por su disfrute intermitente. El tiempo juega un papel primordial. Se le relaciona frecuentemente con la propiedad horizontal, aunque hay que advertir, y esto lo han constatado TABET y BASILE recientemente, que su encuadre es mucho más lógico dentro de las concepciones monistas, tipo germano, que entre las dualistas, de propiedad común indivisa y exclusiva de ciertos elementos. Implica la coexistencia de diversos intereses o bienes, sobre un mismo objeto físico, pero pese a su apariencia nos hallamos ante un conjunto de derechos independientes, de tipo peculiar, que deben ser coordinados adecuadamente. Dentro de las múltiples clasificaciones de la propiedad producidas resalta la de tipo subjetivo (pública, privada...) de la objetiva (mueble, inmueble, agrícola...). Caracterizada por el goce temporal, la multipropiedad, uso modular de ciertas utilidades, parece ser algo más complejo y hallarse en la interferencia de los perfiles subjetivo y objetivo.

El problema de la coordinación ha dado lugar a una orientación no carente de interés: la subjetivación del grupo, la reducción de la pluralidad a la unidad. LUZZATTO y CARNELUTTI han hablado de personalidad jurídica, aunque ésta, estrictamente, implica autonomía patrimonial. Por ello BRANCA y sus seguidores se han referido a un ente subjetivo, sin personalidad, distinto de los miembros de la comunidad o cotitularidad. FRAGALI ha recordado las múltiples comunidades con personalidad jurídica que son reales sujetos de Derecho: no sólo las sociedades personalistas, en múltiples legislaciones, las asociaciones no reconocidas, sino aún las sociedades conyugales y las comunidades de propiedad horizontal. Con ello el problema de la indivisibilidad del bien adquiriría solidez y eliminaría las dudas sobre el punto existente en varias legislaciones.

MARTÍNEZ-PIÑERO, siguiendo a PELAYO HORE, dedica un recuerdo a las «comunidades sociales». AMATUCCI en 1975 nos ofreció su obra *Società e comunione*, en la que balanceaba las discutibles diferencias cuantitativas y cualitativas de ambos institutos. Muchas de las llamadas comunidades «dinámicas» son realmente sociedades, criterio que acepta y justifica plenamente GIRÓN TENA en su maravilloso *Derecho de Sociedades*. COTTINO, no hace mucho, nos hablaba de las comunidades enmascaradas de sociedades y la modalidad inversa. Acaso en la propiedad horizontal, como en las multipropiedades haya que efectuar distinciones correspondientes a la comunidad estática y el *tertium genus* de las dinámicas en las que los Estatutos sean paralelos a los de las sociedades y en los que sea posiblemente admitir por mayorías, cualificadas o no, sin precisar unanimidad, la disolución o el cambio de destino.

Si actualmente se distingue sin esfuerzo entre «propiedad» y «propiedades», de las que el ejemplo más esquemático tal vez sea la que los

italianos denominan «propiedad conformada», en la tipología de las horizontales y las multipropiedades se encuentran institutos que no pueden ser objeto de la misma regulación y aun agrupación bajo idéntico nombre. No es lo mismo una propiedad horizontal en la que los cotitulares se reservan como elementos comunes los bajos para con el importe de su arrendamiento atender a los gastos comunales que la explotación directa de las industrias ejercitables en los mismos: aparcamiento, bar, peluquería. Los riesgos juegan un papel primordial al aumentar su volumen. Tampoco es lo mismo la propiedad horizontal o multipropiedad de tipo hotelero en las que los servicios complementarios son objeto de arriendo que aquellas en la que la industria hotelera es ejercitada por la comunidad. Se ha producido, en los casos de predominancia del aspecto industrial, lo que GRANELLI y otros han calificado de absoluta desnaturalización de la causa típica. Y los supuestos de fracaso, que obligan a una rápida disolución o cambio de destino ni siquiera están previstos en unos Estatutos ambiguos, redactados en interés del promotor-administrador. Los ejemplos de los «Tamarindos» de Torremolinos o el «Maga-luf» de Calviá, en los que por simple mayoría se han arrendado en condiciones deprimentes a una organización hotelera en globo, sin reservar derechos a los titulares, para evitar bancarrotas y responsabilidades, son muestras al alcance de cualquiera.

Esta carencia de uniformidad tipológica, apuntada por PETRONE, como toda su obra, invita a profundizar en estas materias en las que nada preocupan los problemas registrales. La consideración de finca o unidad registral es de índole meramente administrativo, de carácter adjetivo y su cuantía y diversificación no tiene otra finalidad que la de facilitar la publicidad.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español), dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO. Editorial Cívitas, S. A. Madrid, 1986.

La entrada en vigor, el 1 de enero de 1986, del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas produce la implantación desde ese momento en nuestro país de una serie de normas que constituyen un sistema jurídico completo con especiales características: Estas tres Comunidades Europeas (CEE, CECA y CEEA) son una auténtica comunidad de Derecho (es decir, basada, expresada y construida sobre normas de Derecho, que además funciona mediante la creación de normas). Existe en ellas un medio de control de la juricidad de las normas y actos que se realizan, tanto por las instituciones comunitarias como por los Estados miembros: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuyas sentencias son ejecutorias en dichos Estados; y existe asimismo un sistema complejo de producción de múltiples normas (los Tratados de Constitución y sus ulteriores modificaciones, y el llamado Derecho derivado). Las Comunidades, además, se han desarrollado sobre la base de una estrategia funcionalista, más que constitucionalista (es decir, atribu-

yendo funciones y competencias a sus instituciones, y consiguientemente dotándolas de los medios jurídicos necesarios para su desarrollo), lo cual conferirá una especial relevancia a los principios del Derecho comunitario: igualdad, unidad, libertad y solidaridad.

Todo ello se traduce en dos rasgos básicos del Derecho comunitario en relación con los Derechos nacionales: la aplicabilidad directa en cada Estado concreto, sin necesidad, en numerosas ocasiones, de una legislación interna de desarrollo y obligando no sólo al Estado miembro, sino a los particulares en sus relaciones con el Estado, y entre sí y su supremacía sobre cada Derecho nacional, incluso el constitucional en numerosos casos. Por último, las instituciones administrativas de los Estados miembros quedan vinculadas y limitadas en su actuación, debido al deber de los Estados de lograr que las normas del Derecho comunitario sean aplicadas por sus instituciones nacionales, y conocidas por los particulares. Esta situación obliga al jurista nacional a un conocimiento de este sistema jurídico que, para la resolución del supuesto concreto que se le plantea, deberá ser tenido en cuenta en numerosas ocasiones.

Pues bien, la obra que comentamos trata de cubrir esta necesidad de un modo completo, abarcando todos los aspectos —internacional, administrativo, civil y mercantil— del Derecho comunitario, siempre desde la perspectiva del Derecho español, sobre el cual se ha de aplicar e incardinar.

Se divide la obra en cinco partes:

I. INSTITUCIONES, ORDENAMIENTO Y JUSTICIA: Consta de diecisiete capítulos, que estudian de manera completa el ordenamiento jurídico e institucional de las Comunidades como tales, y también teniendo en cuenta sus relaciones con el sistema español, y su implantación en nuestro Ordenamiento. Así, hay varios capítulos que abordan el estudio de las instituciones políticas de la Comunidad (Parlamento, Consejo de Ministros, Comisión, Tribunal de Justicia y Organos Auxiliares), otros sobre los aspectos más estrictamente jurídicos de la Comunidad (los Tratados Constitutivos y el Derecho derivado, el proyecto del Tratado de la Unión Europea, el análisis del proceso paralelo de integración funcional e integración jurídica, articulación del Derecho comunitario y Derechos nacionales y garantías jurisdiccionales para su aplicación efectiva, la unificación y armonización de legislaciones) y otros sobre los aspectos y problemas de la aplicación del Derecho comunitario en España (el Tratado de Adhesión, la problemática planteada por la adhesión en relación con la Constitución económica española, y con el ordenamiento constitucional en general, la aplicación del Derecho comunitario en España, la posición y relaciones de las Comunidades Autónomas).

II. PRINCIPIOS MATERIALES BASICOS DE LA COMUNIDAD: Como ya se ha dicho, las Comunidades Europeas se establecen sobre una base funcional, más que constitucional: es decir, no se crean mediante el establecimiento de una normativa completa y constitutiva de las mismas, sino mediante la fijación de unos objetivos comunes a cada uno de los Estados miembros, y al conjunto de todos ellos, y el desarrollo progresivo de los elementos institucionales, funcionales y normativos que permiten el acercamiento a esos objetivos. Por tanto, el otro elemento esen-

cial en el desarrollo de las Comunidades, junto con el entramado institucional y normativo, es el conjunto de los principios materiales, tanto jurídicos (protección de derechos humanos, libre circulación de personas) como más estrictamente económicos (libre circulación de mercancías, de capitales y de servicios, libertad de establecimiento), en cuyo desarrollo se irán también estableciendo ciertas normas sobre otros problemas íntimamente relacionados con los citados principios y cuyo desarrollo puede obstaculizar o, por el contrario, cooperar a la plasmación y respeto de los mismos (legislación bancaria, sobre competencia, propiedad intelectual e industrial, monopolios del Estado, política de precios y ayudas financieras nacionales).

Esta segunda parte de la obra que comentamos analiza a lo largo de doce capítulos cada uno de estos principios materiales, y los problemas o instituciones relacionados con los citados principios. Y lo hace de una manera completa, analizando no sólo su origen, sino también el desarrollo y ampliación de su contenido, la posible intervención de las instituciones comunitarias en estas materias, los posibles desarrollos futuros de las mismas, y finalmente las repercusiones que en el ámbito español ha de tener la adhesión de nuestro país a las Comunidades Europeas, en cada una de las citadas materias.

III. DERECHO DE SOCIEDADES: La internacionalización del tráfico mercantil —que como es lógico será particularmente intensa en el ámbito europeo comunitario— y el protagonismo casi exclusivo que en el mundo moderno asumen las distintas formas de sociedades en dicho tráfico, hace especialmente necesaria una unificación de las diversas normativas existentes en Europa en materia de sociedades mercantiles. Para ello se van desarrollando diversas Directivas, unas ya elaboradas y otras en proyecto, que persiguen esa unificación mediante la armonización de los principios y criterios ya existentes en las diversas legislaciones nacionales y, en ocasiones, mediante el desarrollo de nuevos principios e instituciones.

Las citadas Directivas se refieren a varias cuestiones que tienen especial transcendencia en el ámbito comunitario: la fusión y escisión de sociedades (tercera y sexta Directivas), los grupos de sociedades, que constituyen una importante forma de coordinación y organización empresarial en el moderno sistema económico de mercado (séptima y novena Directivas, esta última en proyecto), la estructura de las sociedades anónimas, con los diversos aspectos institucionales de las mismas: administración y representación, participación de socios y trabajadores, control de cuentas y de gestión (proyecto de la quinta Directiva), la constitución de sociedades, con las garantías y mínimos establecidos para la misma, y el capital, con los principios de capital mínimo y correspondencia mínima y las normas sobre su aumento y disminución (primera y segunda Directivas). Debe señalarse que todas estas cuestiones inciden en aspectos puramente económicos (la creación de un mercado común exigirá esa homogeneización de las normas sobre los sujetos que intervienen en él), y en cuestiones y principios más estrictamente políticos o jurídicos (libertad de establecimiento, de circulación de personas y capitales, igualdad de derechos de los trabajadores, entre ellos el de participación en la dirección de la sociedad, garantías de socios y terceros, etc.).

La tercera parte analiza, por tanto, el tratamiento en el ordenamiento

comunitario de todas estas cuestiones, estudiando el contenido e implicaciones de todas las Directivas citadas, y la problemática que puede plantear la adaptación de nuestra legislación a la comunitaria en todos estos aspectos.

IV. LAS POLITICAS DE LA COMUNIDAD EUROPEA: Se estudian en esta parte de la obra cada una de las políticas comunitarias desarrolladas en una serie de campos que son de especial importancia para su funcionamiento: la política fiscal, agraria, pesquera, social, energética, de medio ambiente, de transportes, regional, monetaria y en relaciones internacionales. No sólo se analiza la configuración actual de estas políticas, sino que también se contempla la evolución histórica y desarrollo progresivo de las mismas, sus posibles desarrollos ulteriores, y particularmente, los efectos que la adhesión española puede producir en estas materias.

V. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO: El aumento evidente de las relaciones internacionales en el ámbito europeo, con consiguiente aparición de numerosas relaciones concretas, cuyos elementos estarán dispersos entre varios Estados, ha provocado y exigido el establecimiento de normas comunes de Derecho Internacional Privado que, en la Comunidad Europea, se han centrado, por ahora, en tres aspectos básicos: El primero, la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en la Comunidad, aspecto que era fundamental para lograr la protección y la seguridad jurídicas en el mercado común, y, por tanto, para el mismo desarrollo de éste. Esta materia es objeto del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, con algunos ulteriores desarrollos del mismo, el cual es estudiado en el primer capítulo de esta quinta parte.

Pero el citado Convenio de Bruselas origina la posibilidad de que en un mismo asunto sean competentes varios Tribunales distintos, cuyas sentencias además serán reconocidas por los distintos países: por ello, se hace esencial uniformar las normas de conflicto aplicables por estos distintos Tribunales, evitando que las partes intenten presentar sus demandas en cada caso en el Tribunal que vaya a aplicar la ley que les sea más favorable, con la consiguiente inseguridad jurídica. Pues bien, este segundo aspecto es objeto del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, que aún no está en vigor, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (quedando los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales, más problemáticos, para otro Tratado, aún por elaborar). El segundo capítulo estudia, por tanto, este Convenio de Roma.

Finalmente, el capítulo tercero analiza el Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y otros procedimientos análogos, otra materia de excepcional importancia, dada la frecuencia y la importancia de los casos en que se han planteado conflictos en este tipo de procedimientos, pero que aún no ha llegado a plasmarse en un Convenio.

En conclusión, pensamos que esta extensísima obra puede ser de gran interés y utilidad para el jurista, dada la amplitud de los temas tratados, y la multidisciplinariedad de la misma, y la claridad con que se aborda

cada uno de los aspectos objeto de su estudio, siempre por juristas especializados en tales cuestiones.

PEDRO GARRIDO CHAMORRO
Notario

GALLEGO ANABITARTE, A.; MENÉNDEZ REXACH, A., y DÍAZ LEMA, J. M.: *El Derecho de Aguas en España*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Madrid, 1987. Tomo I, 750 páginas, y Tomo II, 276 págs.

La Ley de Aguas de 1985, dando un giro total a nuestras normas tradicionales y apartándose de la mayoría de las legislaciones occidentales, se ha decidido por el tratamiento jurídico público de las aguas subterráneas. Aunque la cuestión haya quedado zanjada en el terreno legal, no debemos olvidar las discusiones doctrinales suscitadas antes de promulgarse la Ley, que se han prolongado después de su vigencia.

En el Congreso Nacional de Aguas de Murcia, en 1982, se planteó en la primera ponencia la naturaleza pública o privada. Había la disyuntiva de conferir un poder absoluto al propietario de las aguas, sin otra merma en sus facultades que las impuestas por la necesidad o un verdadero interés general, o, por el contrario, entender que debe primar el dominio público, dejando a los particulares tan sólo un goce limitado. En el libro editado por la Autonomía murciana recogiendo las ponencias y comunicaciones puede verse que prevalecieron claramente los alegatos en favor de mantener la distinción entre aguas públicas y privadas, defendiéndose la tesis de que ni los principios constitucionales ni la subordinación al interés general se oponen al mantenimiento de la distinción, echando mano de la figura de la concesión para los aprovechamientos de las aguas públicas.

Después de publicarse la Ley se celebró en Canarias el XIII Congreso y Coloquio Europeos de Derecho Rural, donde se estudió y debatió el tema de la propiedad y la disposición del agua para el uso agrícola. Las ponencias, tanto europeas como hispanoamericanas, se manifestaron casi unánimemente por la coexistencia de las aguas privadas con las públicas y varios especialistas criticaron el criterio adoptado por nuestra Ley. Una de las conclusiones del Congreso dice que deben mantenerse y garantizarse las situaciones jurídicas consolidadas de utilización de las aguas para usos agrícolas, sin perjuicio de que tales derechos sean encuadrados en las posibilidades y exigencias de cada momento; los poderes públicos, se sigue diciendo, deben ordenar los aprovechamientos al máximo, pero sin que para ello se considere precisa la nacionalización de las aguas, bastando con su ordenación y control.

A favor de la tesis de la naturaleza jurídica pública que debe atribuirse a las aguas se recuerda que incluso en la derogada Ley centenaria se decía, en la Exposición de Motivos, que su escasez en algunas de nuestras provincias, unida a las necesidades del clima y la naturaleza de los terrenos, convierten al agua en la más codiciada riqueza como fuente y origen de todas las demás. Otra razón que se aduce, ahora en la motivación de la nueva Ley, es la idea de la unidad del ciclo hidrológico, que

al evidenciar la estrecha relación de los recursos superficiales y subterráneos, exige la unidad de su naturaleza jurídica y acabar con la diferencia de un régimen distinto para las dos clases de aguas; deben unificarse todos los recursos hídricos para conseguir una planificación integral, una gestión conjunta y un control y policía también unitarios; la falta de esa unidad, se dice, ha sido la causa fundamental de los graves problemas sufridos en orden a un aprovechamiento racional del agua.

No es preciso descubrir la importancia del tema. Recientemente se han promulgado dos disposiciones sobre esta ordenación: un Real Decreto-ley sobre las aguas subterráneas en Murcia y una Ley regional en Valencia sobre utilización de aguas para riegos. Por ello es muy interesante, para darnos un panorama exhaustivo y completo de las distintas materias, este libro que acaba de aparecer, editado por la Secretaría General Técnica del MOPU. En él se reúnen diversos estudios sobre relevantes aspectos del Derecho de Aguas en España, escrito por los autores citados en la cabecera, profesores de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma de Madrid, los cuales han conseguido un trabajo documentado que abarca los antecedentes y la regulación vigente en nuestra patria, con notas de Derecho comparado e internacional y cuya sinopsis y breve comentario estamos haciendo.

Se compone la obra de dos tomos. El primero es el teórico, con una parte inicial dedicada a estudiar el Derecho español de aguas en la Historia para pasar a la Ley centenaria de 1879 y después a la vigente de 1985; las últimas partes de este volumen están dedicadas al Derecho comparado, especialmente francés, alemán e italiano, terminando con las directrices internacionales. El tomo II tiene varios anexos sobre el panorama hidráulico de España, apéndices normativo y doctrinal, el texto de la Ley de Aguas de 1985 y la tabla de disposiciones vigentes.

1.ª Parte: El Derecho español de aguas en la Historia y ante el Derecho comparado.

Esta parte, escrita por el profesor GALLEGO ANABITARTE, comprende varios estudios, distribuidos en tres capítulos. En el primero de éstos se hace el planteamiento sobre los orígenes y gestación del Derecho de aguas en España hasta llegar a las regulaciones modernas. Cita la celebrísima exposición que redactó JAVIER DE BURGOS en 1825, dirigida a Fernando VII, donde se decía que «el agua es la sangre de la tierra y los canales de riego son la vida de los campos, sobre todo en un país escaso como el nuestro de lluvias»; es el pórtico de entrada a un repaso de las disposiciones sobre la materia, desde el Real Decreto de 1845 aprobando la Instrucción sobre obras públicas, pasando por el régimen jurídico de las aguas desde 1812 en adelante hasta llegar a la Ley de Aguas de 1866 y su nueva redacción de 1879, que ha durado más de un siglo, con estudio de los términos en uso, servicio y dominio público o privado que se han utilizado en las diversas normas. Pero antes hubo una regulación de las aguas en el Derecho romano y las Partidas y por ello estudia también el autor los conceptos del *agua profluens* romana y el «agua llovediza» de las Partidas, así como la patrimonialización de las aguas corrientes en ambos sistemas jurídicos citados. Como contrapunto de un análisis de nuestro Derecho, GALLEGO ANABITARTE acude a estudiar

los puntos más característicos de diversos sistemas de Derecho comparado; así, en el francés examina la formación del moderno concepto del dominio público hidráulico a base de distinguirlo de las cosas comunes; en el Derecho alemán contrapone la «propiedad común» del Estado y la propiedad privada que recae sobre cosas públicas; y en el Derecho anglosajón examina los *iura ragalia* y el *publici iuris* para relacionarlos con el sistema ribereño y la apropiación de las aguas.

En el capítulo 2.º los estudios se refieren al proceso de formación del Señorío nacional y estatal sobre las aguas en la España moderna. Se comienza con la situación jurídica antes de la revolución liberal, con notas sobre el Derecho de aguas contenido en las Partidas, cuya vigencia llega en Castilla hasta el siglo XIX, para pasar a la regulación jurídica de las aguas en los Reinos de Valencia y Aragón, bajo cuya vigencia funcionaron el Canal Imperial de Aragón y el Canal de Castilla. Se sigue con el período legislativo de Cádiz, que comienza con la abolición de los señoríos en 1811, declarando las aguas comunes y la libertad de establecer fábricas y artefactos movidos por el agua, con sucesivas aboliciones y restablecimientos de privilegios, acordes con los pendulazos políticos del reinado de Fernando VII. A partir de 1833 sobreviene lo que el autor llama enfáticamente «segundo embate de la libertad»: JAVIER DE BURGOS llega al Ministerio de Fomento; se regula la pesca y los aprovechamientos de las riberas en 1834 y salen las primeras disposiciones sobre riegos y servidumbres de acueducto. La época del Estado liberal (1836-1845) se caracteriza por una simple función estatal de policía sobre aprovechamientos y obras, sin que exista una norma general reguladora, por lo que surgen excesivos poderes de los jueces que llegan a paralizar o anular actos y acuerdos de los entonces llamados jefes políticos. La construcción de un verdadero sistema regulador estatal comienza en la citada Instrucción sobre obras públicas de 1845, pasando después por diversas disposiciones, donde ya aparecen los términos del dominio público, uso público y dominio eminente del Estado.

El capítulo 3.º contiene dos estudios del profesor GALLEGO sobre las aguas subterráneas, uno histórico y otro actual. El actual se refiere a la declaración del dominio público hidráulico que ha llevado a cabo la Ley de 1985 en los términos que todos conocemos. En cuanto al estudio histórico se contempla el tema de los derechos adquiridos en la tradición española y su enfoque en la Ley nueva, en la que, dice el autor, se respeta a los titulares de derechos de aguas privadas por plazo de cincuenta años e incluso a perpetuidad. La realidad no parece abonar estas afirmaciones, pero nos limitamos a señalar su opinión.

2.ª Parte: La Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y la evolución posterior.

Escrita por ANGEL MENÉNDEZ REXACH, comprende el estudio del período de 1866 a 1879, el contenido de la Ley de este último año y la evolución posterior. La Revolución «Gloriosa» de 1868, con su ideario simplista e ingenuo, hubo de chocar con el equilibrio y los principios tradicionales de la Ley de Aguas de 1866, derogando varios de sus preceptos por medio de los diversos decretos sobre obras públicas y minas dictados en pleno estallido revolucionario; la tercera disposición importante que altera la regulación hidráulica básica fue la Ley de Canales y Pantanos de 1870.

Todo ello hizo que, a pesar de haber sobrevenido la Restauración, se hiciese necesaria la reforma de la vieja Ley de Aguas, promulgándose la nueva el 13 de junio de 1879. Va precedida de un breve preámbulo donde se recogen los aspectos más significativos de su contenido, indicando las modificaciones más importantes en relación a la Ley anterior, que por cierto no afectan a sus principios básicos que se mantuvieron inalterados. A continuación, MENÉNDEZ REXACH hace una exposición de las normas legales del nuevo texto, en lo que respecta al dominio de las aguas según sus clases y de los cauces, riberas y márgenes, lo relativo a obras de defensa y desecación, servidumbres, aprovechamientos de aguas públicas, comunidades de regantes y delimitación de las respectivas competencias de la Administración y los Tribunales, todo en el modo conocido por tratarse de una Ley que todos hemos estudiado. En la evolución posterior examina la incidencia del Código Civil en el punto del dominio de las aguas y riberas, así como las diversas leyes sobre aprovechamientos hidráulicos, protección de la calidad del agua, obras y organización administrativa, para terminar con el estudio especial del régimen especial de Canarias.

3.ª Parte: La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985: Análisis institucional.

Su capítulo 1.º, que se refiere al contenido de esta Ley, ha sido escrito por MENÉNDEZ REXACH, así como el problema de las competencias contenido en el epígrafe I del capítulo 2.º El resto de esta parte, sobre planificación en general, tiene por autor a DÍAZ LAMA.

El objeto de la Ley, tal como se define en su artículo 1, 1, es la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en materias de dicho dominio, en el marco delimitado por el artículo 149 de la Constitución. Que hay una enorme ampliación, una invasión prácticamente total, del dominio público en la nueva Ley es cosa sabida; con todo, el autor detalla y matiza ampliamente la declaración legal comparando con el sistema anterior, especialmente en el punto de las aguas subterráneas. En los aprovechamientos se acentúa también la intervención pública, empezando por cambiarles el nombre, ya que ahora se habla de «utilización del dominio público hidráulico»; se estudia el uso común y los especiales: en el uso privativo desaparece la prescripción como modo de adquirirlo, quedando tan sólo la concesión. Se ha regulado un Registro de Aguas totalmente administrativo y desprovisto de efectos, desconectado del Registro de la Propiedad; esto nos parece un total desacierto y lo decimos nosotros, que no el autor. En el libro se estudia la regulación sobre vertidos y la protección a la calidad del agua, lo que implica una serie de medidas y también se analizan las normas sobre obras hidráulicas.

El tema de la organización administrativa era espinoso, dado el deseo ansioso de acumular competencias de las autonomías frente al Estado; ello ha llevado a una solución intermedia basada en las ya existentes Confederaciones Hidrográficas, creando los llamados «organismos de Cuenca». El autor explica ampliamente, ya en el capítulo 2.º, este complicado problema de las competencias, a la luz de la Constitución, de los diversos Estatutos autonómicos y de la propia Ley de Aguas. Suponemos que más de una vez tendrá que intervenir el Tribunal Constitu-

cional para poner paz en los pugilatos competenciales que sin duda habrán de suscitarse.

La planificación es la intervención estatal más reciente e incisiva en la gestión de las aguas, según nos dice DÍAZ LEMA, a cuyo cargo corresponde la exposición de este tema, según queda dicho. Empieza analizando el concepto de «recursos hidráulicos» contenido en el texto constitucional, para recoger a seguido los antecedentes planificadores en nuestro Derecho, cuyas primeras manifestaciones aparecen en la época del General Primo de Rivera, para pasar a la actualidad, donde se distingue entre planes hidrológicos y planes de aprovechamientos de aguas primordialmente aplicables a los regadíos y que contienen la eficacia suficiente como para invalidar las preferencias del artículo 160 de la Ley de Aguas. Nos dice el autor que los particulares no tienen verdaderos derechos subjetivos ante la planificación en lo referente al aprovechamiento privativo de aguas públicas, aunque el plan contiene, eso sí, unas directrices a cumplir que han de suponer una limitación a toda discrecionalidad administrativa. También estudia la articulación de las distintas planificaciones de las aguas en relación con la ordenación territorial para acabar con el vivo tema de la regulación de los trasvases de aguas entre distintas cuencas y sus problemas.

4.ª Parte: Derecho comparado.

Es autor de esta parte también JOSÉ MANUEL DÍAZ LEMA, que se ocupa en él de traernos a colación las normas legales que sobre aguas rigen en Francia, Alemania e Italia y cuyos ordenamientos se mueven en la tradición común del Derecho romano y en los que la evolución de la economía y la industria plantean acuciantes problemas en la ordenación de las aguas.

Una característica del Derecho francés es la distinción del lecho y las riberas, que son de dominio privado, y de las aguas que pueden ser públicas o privadas; entre estas últimas se hallan las pluviales, las fuentes, las subterráneas, las estancadas y las canalizadas.

En cuanto a Alemania, la Ley vigente es la de 27 de julio de 1957, que ha venido a intensificar notablemente la intervención pública en la administración de las aguas, aunque las competencias están distribuidas entre la Federación y los Estados. Se respeta en principio la propiedad de las aguas por los particulares, aunque con las naturales limitaciones por razones de interés público y los aprovechamientos de aguas públicas pueden necesitar o no un acto administrativo previo, como los usos comunes o los realizados por propietarios ribereños para sus necesidades personales; en cuanto a las aguas subterráneas, el propietario del suelo puede extraerlas sin necesidad de autorización o concesión. El Derecho alemán, pues, conserva su rancia tradición privatista.

El Derecho italiano se mueve también dentro de la tradición romanista. El llamado «Texto único» del Real Decreto de 11 de diciembre de 1933 no dice que hayan de ser *ex lege* todas las aguas públicas, sino que lo serán cuando su aptitud para servir los intereses generales así lo requiera. Se necesita un acto administrativo que califique como públicos determinados caudales de agua; mientras esto no se produce, las aguas en cuestión se consideran privadas. El quicio del sistema italiano es, desde el punto de vista jurídico, la declaración administrativa de domi-

nialidad. Aunque la legislación italiana no hable de aguas privadas, reconoce al propietario del suelo el derecho a usar libremente las aguas superficiales o subterráneas no dominiales que discurran sobre o bajo su fundo, siempre que restituyan a su curso natural y no causen daño a terceros.

5.ª Parte: *Directrices y recomendaciones internacionales.*

Aquí MENÉNDEZ REXACH resalta el incremento de la colaboración de los juristas en el tratamiento de los problemas relacionados con los recursos hidráulicos, que deben abordarse desde una perspectiva multidisciplinar, participando profesionales de diversas especialidades.

Como muestras concretas de estas actuaciones se citan:

— El Decenio Hidrológico Internacional (1965-1974), dentro de la UNESCO.

— Asociación Internacional de Derecho de Aguas, cuya carta constitutiva fue adoptada en Valencia en 1968.

— Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar de Plata (Argentina) en marzo de 1977, donde se redactó un llamado «Plan de acción» con recomendaciones internacionales sobre el tema.

— Carta Europea del Agua, aprobada en 1967 por los países miembros del Consejo de Europa, que establece en doce puntos los principios básicos de la regulación y gestión de este recurso. Estos principios básicos los sintetiza el autor de este modo:

- a) Unidad del ciclo hidrológico y unificación del régimen jurídico.
- b) Administración coordinada con la de los demás recursos naturales y con la ordenación del territorio.
- c) Planificación hidrológica.
- d) Participación de los usuarios.
- e) Aprovechamientos y tarifas.
- f) Ley general o Código de Aguas.
- g) Educación e investigación.

Como ya hemos indicado al principio el contenido del tomo II, podemos terminar esta recensión, que ha resultado algo extensa, repitiendo que se trata de un completísima obra de análisis de la doctrina y la legislación, tanto de la anterior como de la actual, a la que será preciso acudir con frecuencia en busca de datos y soluciones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODOTÁ, S.: *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada.* Prólogo y traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Cívitas. Madrid, 1987. Un tomo de 423 págs.

¡Buena la organizó CÉSAR BECCARIA, allá por el año 1764! Se le ocurrió publicar su célebre libro *Dei dilitti e delle Pene*, que tuvo una enorme repercusión por constituir una crítica demoledora de las normas enton-

ces vigentes, en el que venía a decir que el Derecho penal nace de la necesidad y debe proponerse no como castigo del delincuente, sino como defensa de la sociedad, por lo que el criterio para medir la responsabilidad debe ser el daño social causado.

Y a la hora de enjuiciar los delitos de fondo patrimonial lanzó esa frase lapidaria que el autor del libro que ahora comentamos ha cogido como título y que figura en la entradilla y presentación: «... el derecho de propiedad (derecho terrible y quizá no necesario...)». A continuación, como un tanto asustado del petardazo, reproduce también otra frase de JEREMY BENTHAM, que trata de limar sus efectos: «Es sorprendente que un escritor prudente como BECCARIA pueda haber introducido, en una obra dictada por la filosofía más razonable, una duda subversiva del orden social...».

STÉFANO RODOTÁ ordena en este libro algunos de los trabajos que ha publicado sobre el tema de la propiedad privada, inducido, nos dice, por el continuo replanteamiento de sus cuestiones, lo que viene originando una aparición continua de nuevas facetas de esta institución, la cual tiene su indudable interés duradero. El hecho de que algunos de los trabajos se publicasen originariamente en 1960, 1972 y 1977 ha motivado su revisión parcial para ser puestos al día; añadiéndose otros nuevos escritos, tal como el especialmente dedicado a contemplar el fenómeno del renacer de la cuestión de la propiedad.

Ha sido traducido escrupulosamente por LUIS DíEZ-PICAZO, que no necesita presentación, el cual ha puesto en la tarea todo el interés, aunque aclara que esto no significa su solidaridad total con las opiniones vertidas por el autor, ni con la ideología que las ha impulsado. También escribe DíEZ-PICAZO un breve pero denso prólogo, donde traza de mano maestra un resumen esquemático del contenido y filosofía de la obra.

Porque, efectivamente, este libro estudia sobre todo aspectos filosóficos del derecho de propiedad, tratando de desentrañar la esencia, causas y efectos de esta institución que siempre ha venido a constituir uno de los pilares más importantes del Derecho privado.

Nos dice DíEZ-PICAZO que durante años el tema del derecho de propiedad se ha encontrado como entre paréntesis, pues si bien en los viejos tratados se hacían algunas excursiones filosóficas, lo normal era dedicarse a un escueto estudio de Derecho positivo, sin plantear problemas. Se daba, nos dice, una imagen de cuestión apaciguada, cuando realmente se trataba de un fuego falsamente apagado que ahora renace con un aire nuevo.

Aunque el autor parece plantear los temas exclusivamente desde un punto de vista jurídico, la verdad es que en ellos trasluce un contenido filosófico y sociológico, con una latente carga ideológica.

Se divide el libro en tres partes: la primera dedicada a contemplar este renacimiento de la cuestión de la propiedad; en la segunda el autor busca los orígenes de la noción moderna de la propiedad en la codificación napoleónica y en la tercera hace una crítica de la disciplina de la propiedad, examinando a la vez su base constitucional.

1.ª Parte: La propiedad puesta a prueba.

Aquí el autor nos dice que, dando fin a un aparente eclipse, la cuestión de la propiedad ha vuelto a colocarse en el centro de la atención,

siendo objeto de discusiones y análisis políticos, jurídicos y económicos. Y no sólo hay un redescubrimiento del tema en el pensamiento socialista que quiere transferir los medios de producción a sujetos públicos o colectivos, sino también en las corrientes neoliberales de los nuevos economistas que pretenden que «todos sean propietarios». Por eso se pregunta el autor si, concluido el eclipse, está la propiedad a punto de ser colocada en su «antiguo santuario».

Pero las cosas no son tan sencillas que se reduzcan a un simple movimiento pendular. La verdadera novedad de la fase más reciente radica en que han ido surgiendo intereses y situaciones cada vez más difíciles de reducir a la clave de la propiedad.

Tomando como ejemplo la evolución en Francia y Suecia, estudia las vicisitudes del modelo de la propiedad y las tentativas que hay de «redefinir el derecho de propiedad», establecer «el puesto de la propiedad» o de reconstruir «los cambios de función de la propiedad privada».

Dentro de esta parte, el autor en su apartado que titula «La lógica de la propiedad entre los esquemas de reconstrucción y los intereses reales», entra en la polémica entre unidad y pluralidad en materia de derecho de dominio. Como resume Díez-PICAZO, la verdad es que la unidad no existió nunca, pues ya en los viejos tratados se hablaba de ciertas «propiedades especiales», como las aguas, las minas, los montes y las propiedades intelectual e industrial; se oponían éstas a la propiedad genuina y arcaica que recae sobre la tierra, por lo que el modelo era exclusivamente la propiedad inmobiliaria. Así, dice RODOTÁ, es preciso explicar la tesis de la unidad conceptual de la propiedad, aunque existían disciplinas sectoriales diferenciales: para unos la base era doctrinaria y para otros se valoraban las situaciones socioeconómicas en las cuales ha operado la disciplina de la propiedad.

Por eso el concepto unitario de la propiedad cede el paso a la diversidad, ya que, según sea la naturaleza del objeto, la situación jurídica habrá de tener un contenido diferente. No se puede aplicar las mismas ideas directrices, o los mismos esquemas, al régimen de la propiedad mobiliaria que a la inmobiliaria, a la propiedad urbana que a la rústica, y así sucesivamente. Según esto, hay diferentes «estatutos de la propiedad».

2.ª Parte: Los orígenes de la noción moderna de propiedad.

Los diversos trabajos aquí agrupados son variaciones en torno al tema genérico de la definición de la propiedad en la codificación napoleónica y especialmente a su precepto central, el artículo 544 del *Code*, con toda su corte de doctrinas y discusiones. Hemos tenido que recordar nuestros poco abundantes conocimientos del idioma de MOLIÈRE para poder leer y traducir las numerosas citas y comentarios de otros autores, que en este libro se recogen en su lengua originaria y así nos hemos podido enterar de la opinión del autor sobre el sentido de la expresión legal «de la manera más absoluta» y de las posibles limitaciones.

Según RODOTÁ, se pueden sugerir al menos tres procedimientos de control de esa propiedad teóricamente absoluta: 1) la comparación entre los vínculos jurídicos de la propiedad y de las empresas preexistentes y los posteriores a determinadas intervenciones legislativas; de este modo, dice, es posible comprender casi siempre la sustancial falta de

fundamento de las posiciones que identifican el *laissez faire* con un área vacía de vínculos institucionales; 2) el tipo de control conexo con la imposición de cada categoría de vínculos (judicial, administrativo, privado) y la legitimación para actuación; 3) la creación de instrumentos de control *ad hoc* con ocasión de la imposición de un específico vínculo.

3.ª Parte: Crítica de la disciplina de la propiedad.

Comprende dos apartados, uno dedicado a la dogmática y la historia de la propiedad y el otro a su sistemática y tratamiento constitucional.

En el primero se plantea el discutidísimo tema de la función social de la propiedad, claramente definido ya por la doctrina de la Iglesia, desde las Encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno* hasta los conocidos documentos papales más recientes. RODRÍGUEZ recoge esta idea de la función social, la cual significa para él, por lo menos, que los poderes del propietario se encuentran limitados; también supone que son legítimas las intervenciones o incisiones legislativas en las cuales estos límites se introducen; que al mismo tiempo que límites en los poderes dominicales existen también obligaciones positivas y negativas a cargo del propietario; que junto al interés del propietario, en un gran número de propiedades, se concitan otros intereses, igualmente respetables y dignos de tutela.

En el segundo apartado, RODRÍGUEZ enfoca la propiedad desde el punto de vista del artículo 42 de la Constitución italiana, del que hace un análisis profundo para contemplar los principios que dicho texto contiene de la disciplina de la propiedad reservando a normas de categoría legal la posibilidad de imponerle limitaciones basadas en su función social, en especial la expropiación y su indemnización, todo ello con repaso de la legislación actual italiana. DíEZ-PICAZO trasplanta esta doctrina al sistema español de modo esquemático y acertado. La Constitución española trata de la propiedad en el artículo 33, como ya sabemos. Nos dice que el constituyente español ha situado el reconocimiento del derecho de propiedad en un punto intermedio entre los derechos fundamentales y las libertades públicas; se reconoce el derecho a la propiedad privada con independencia del derecho al trabajo y con independencia de la llamada constitución económica, considerándose como derecho de los ciudadanos; estos derechos se encuentran favorecidos por las garantías del artículo 53, que comporta una reserva de ley en lo que se refiere a la regulación de su ejercicio. Esta idea de un contenido esencial necesita, según DíEZ-PICAZO, de una buena dosis de relativización y de enjuiciamiento en relación con las coordenadas históricas, porque en modo alguno puede entenderse que el constituyente quisiera dejar cristalizados los derechos y su contenido tal como se entendían en el momento de ponerse en vigor la Constitución.

En resumen, esta obra obtiene el fin propuesto de dar a conocer las nuevas etapas del derecho de propiedad, ese derecho llamado terrible por BECCARIA y que, sin embargo, sigue siendo eje del Derecho privado. Su visión histórica, filosófica, social y económica, componen el entramado de la acepción jurídica que las engloba y recoge. Su lectura es densa y mueve a meditaciones.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. D.: *Legislación sobre ventas a plazos, entidades de financiación y «leasing»*. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. Un tomo de 420 págs.

No es preciso ponderar la importancia creciente que la contratación con precio aplazado va adquiriendo en los modos sociales de nuestros días. Aunque aún quedan algunos potentados o puntilleros que todo lo pagan al contado, la verdad es que se ha generalizado, hasta constituir la gran mayoría, la norma de pagar en plazos; ello permite anticipar el goce del bien adquirido, sin que exista demora alguna impuesta por la falta inmediata de numerario.

La institución crediticia es tan vieja como la humanidad y el Derecho ha procurado siempre proporcionar los correspondientes medios de garantía, tratando de asegurar al transmitente el cobro de su precio. La cuestión estaba prácticamente resuelta en los inmuebles por la seguridad que proporciona la constancia escrita de dichas garantías en el Registro de la Propiedad, pero no ocurría así en cuanto a los muebles, siendo de notar que éstos alcanzan a veces un elevado valor y son difíciles de controlar una vez que salen de las manos de su antiguo propietario.

Las dificultades se han intentado remediar con el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, que, como sabemos, está a cargo de los Registradores de la Propiedad en cada una de las provincias, existiendo además el Registro Central en Madrid, que constituye el centro coordinador e informativo, que también está a cargo de un Registrador, nuestro amigo y compañero JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.

Y éste es quien ha preparado cuidadosamente la edición de las normas vigentes en la materia que presentamos a nuestros lectores y que ha de ser de una gran utilidad. Las disposiciones sobre estas figuras son numerosas y dispersas y su simple acopio cronológico no sería suficiente ni aclararía el panorama a los no iniciados. Por ello, JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ ha seguido en su recopilación un sistema mixto, con el que acierta, consistente en distribuir las distintas normas por materias, en varios grandes grupos (ventas a plazos y Registro, modelos de contratos, entidades de financiación y arrendamientos financieros) y, dentro de ellos, ya se sigue su orden cronológico.

En una interesante presentación, el autor de la recopilación nos da un dato significativo de la importancia de la reglamentación de las ventas a plazos, diciéndonos que en el año 1985 tuvieron acceso al Registro especial contratos de venta o financiación por cifras superiores a los cuatrocientos mil millones de pesetas, de los cuales ciento cincuenta mil millones se referían a vehículos de motor y otros doscientos mil millones a bienes de inversión.

Esta cifra, que va *in crescendo*, da una idea de la enorme entidad que suponen tales transacciones, sobre todo si se tiene en cuenta que esto implica la aparición y desarrollo de las necesarias entidades de financiación, que trabajan con un juego de subrogaciones típico de estas figuras. La concesión de un crédito exige la necesidad de contar con unas garantías adecuadas; por otro lado debe buscarse que estas garantías no sean tan abusivas que coarten la posición del comprador hasta límites intolerables por las frecuentes cláusulas leoninas insertas en la «letra pequeña» de los contratos.

La finalidad de evitar el desequilibrio, nos dice JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ, se intentó conseguir con la Ley de 17 de julio de 1965, sobre ventas a plazos de bienes muebles, que estableció el Registro como publicidad para las garantías y cuya organización y funcionamiento se encuentran regulados por la Ordenanza vigente de 15 de noviembre de 1982. Y la creciente importancia de la actuación de las entidades financieras ya ha dado lugar a una normativa específica para que su actividad se desarrollase en términos de transparencia y solvencia económicas.

El Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, excluyó de forma expresa a los contratos de *leasing* del ámbito de la Ley de Ventas a Plazos, con lo que desde entonces empezó una producción legislativa específica; la imprecisión de su naturaleza jurídica y la casi carencia de una regulación sustantiva, hace que en la práctica su contenido se deje abandonado casi a la total autonomía de la voluntad, con su inevitable secuela de «condiciones generales» y fórmulas de adhesión que pueden propiciar la alusión de normas imperativas. El citado Real Decreto-ley ha impedido, dice el autor, la utilización del Registro especial para los contratos de *leasing*, lo que hubiera supuesto una cierta forma de control a través de la calificación registral previa a la inscripción de los diversos contratos.

Esta es, en esencia, la múltiple y variada normativa que se recoge y ordena en este manual y que constituye el Derecho existente. ¿Serían deseables algunas reformas?

JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ nos expone una relación de *desiderata* que resumimos aquí:

— La Ley de Ventas a Plazos permanece inalterada desde su promulgación, siendo así que han cambiado las circunstancias económicas y sociales, como se advierte en el dato de la mayor trascendencia actual de los bienes de inversión sobre los bienes de consumo duradero. La experiencia de su funcionamiento permitiría acometer una regulación más completa y coherente de las garantías, en especial de la reserva de dominio, y dar una solución más práctica y eficaz a los problemas de la resolución del contrato por incumplimiento; sobre todo, sigue diciendo, deben establecerse los oportunos mecanismos procesales para su efectividad, entre los que habría de destacar la consideración de título ejecutivo para los contratos inscritos. Habría que tener en cuenta, además, la incidencia que en esta materia han tenido las disposiciones posteriores, como la Ley Cambiaria y del Cheque o la de Defensa de Consumidores y Usuarios, así como la reforma proyectada de los procedimientos concursales.

— En la materia referente al Registro de Ventas a Plazos, sería deseable que la eficacia material se acompañe de mecanismos procesales para hacerla efectiva. Pero la reforma más deseable sería transformar este Registro, que ahora lo es sólo de garantías, en el germen de un auténtico Registro de la Propiedad mueble, dada la importancia económica de ciertas categorías de estos bienes y su posibilidad de identificación.

— En lo referente a las entidades de financiación, deben refundirse y armonizarse todas las normas vigentes.

— Y en el *leasing* se echa de menos una mayor precisión legal en torno al contenido y efectos del contrato, así como regular un adecuado sistema de publicidad para los muebles.

En resumen, JOSÉ DOMINGO RODRÍGUEZ es conocedor como nadie de la

materia. Como además es buen pedagogo, pues no en balde es profesor, nos ha sabido presentar todo lo referente a estas cuestiones de modo claro y convincente. Una buena ordenación y un escaparate completo de las normas sobre ventas a plazos, financieras y arrendamientos del tipo *leasing*, para quienes tenemos necesidad de trabajar en estos campos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Editorial Comares. Granada, 1987. Un tomo de 443 págs.

El contrato de arrendamiento rústico es el típico contrato agrario que trata de resolver los problemas de equilibrio entre el propietario que no explota la finca y el poseedor que la explota y trabaja, entre la tierra y el trabajo, entre la propiedad y la empresa. Con estas certeras palabras presenta el autor su libro y resume el enfoque que va a dar a las cuestiones que trata.

ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrado del Tribunal Supremo y agrarista de gran vocación es lo suficientemente conocido en nuestros ámbitos como para que sea preciso presentarlo de nuevo. Ya lo hicimos antes en estas mismas páginas, con ocasión de comentar algunas de sus obras sobre la materia. Ambas facetas de agrarista y Magistrado del autor se manifiestan y conjugan a lo largo de las páginas del libro, con un resultado armónico que contribuye a la perfección de la obra. En efecto, ANTONIO AGÚNDEZ es agrarista en cuanto, aun habituado a los cánones más estrictos del Derecho, siente una profunda inquietud renovadora en favor de los agricultores; los agraristas son tan respetuosos y amantes del Derecho como puedan serlo los juristas «conservadores», pero, en cambio, pretenden acomodar sus normas a la realidad palpitante del campo que en algunos casos es ciertamente dramática; y esto imprime carácter. Porque, como acertadamente ha dicho BALLARÍN, en materia agraria, el Derecho común avanza y se transforma por un fuerte contenido social, mediante el cual la norma jurídica es un instrumento de progreso para resolver las tensiones entre la seguridad político-social y la pura seguridad jurídica.

La faceta de Magistrado del autor se manifiesta, en primer lugar, por la altura con que trata los temas y el equilibrio que se trasluce en las soluciones que aporta. Pero, además, en el trato prevalente que concede a las jurisprudencias a lo largo de las páginas del libro, citando bastantes sentencias, unas en resumida doctrina y otras transcritas literalmente. Nos advierte que la materia de arrendamientos y aparcerías sobre fincas rústicas se ha venido considerando incluida en el Derecho agrario y a éste le viene bien la calificación de ser, entre todos los sectores del ordenamiento jurídico, el más representativo del concepto unitario del Derecho; por eso, nos dice, la jurisprudencia del Tribunal Supremo refleja esa unidad en esta materia a través de las sentencias de sus seis Salas. En efecto, en todas ellas se tratan estas cuestiones y en la Sexta, de lo Social, también se conocen los procesos referentes al contrato de trabajo agrario y a la Seguridad Social Agraria.

El libro, tal como se trasluce ya en su título, sigue el orden de los artículos de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Pero está muy lejos de ser tan solamente un conjunto de comentarios aislados de cada uno de sus preceptos, sin conexión de unos con otros. Al revés, el autor consigue, con ocasión de cada artículo una completa construcción doctrinal, reflejando con claridad su contenido y relaciones jurídicas, manifestas o latentes, abordando además su trato jurisprudencial. Así, cada cual puede encontrar solución a las cuestiones que le preocupan y que le lleven a consultar el libro.

Antes, a título de introducción, ANTONIO AGÚNDEZ aporta un interesantísimo y completo estudio sobre la figura del arrendamiento rústico en general, que queremos destacar. En él se trasluce la vena agrarista del autor, reflejada en las notas que, a su juicio, son características de la regulación legal y que resalta como fundamentales y deseables.

El carácter más destacable del contrato de arrendamiento rústico, en opinión del autor, que compartimos plenamente, es que debe configurarse como *instrumento de la reforma agraria*. En otra ocasión, al reseñar la aportación registral al agrarismo, recordamos que el Registrador CARLOS LÓPEZ DE HARO, que fue miembro jurista de la Comisión Técnica Agraria, publicó en 1931 un libro sobre el tema, entonces candente, en el que rechazaba la expropiación y el reparto indiscriminado de tierras para realizar la reforma agraria, que por entonces estaba «en el telar»; para él era preferible lo que llamaba «arrendamiento enfiteusiforme» como procedimiento adecuado, ya que, aparte de ser perfectamente realizable desde el punto de vista económico, permitiría hacer propietario al jornalero sin atropellar al propietario. Ahora nos dice AGÚNDEZ en este libro que la ley considera a este contrato de organización productiva que, con base en la empresa privada, tiende a resolver en su propia medida problemas nacionales de tipo económico y social. Llega a esta conclusión y lo pone en relación con las leyes especiales de política agraria (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de Fincas Manifiestamente Mejorables y Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y Agricultores Jóvenes), porque la ley señala coordenadas de apoyo para la reforma agraria (organización empresarial en la definición del contrato y estabilidad del arrendatario), porque se facilita el acceso a la propiedad y porque en caso de expropiación se abonan al arrendatario indemnizaciones que le servirán de base para organizar una nueva empresa propia.

Otra nota característica que señala AGÚNDEZ en la regulación legal actual es de que lo configura como *contrato para la empresa agraria*. Lo afirma así porque el arrendatario, sea sujeto individual o colectivo, ha de tener la calificación de profesional de la agricultura, teniendo facultades por sí solo para determinar el tipo de cultivo que aplicará a la finca, correspondiéndole, como es natural, los gastos y los beneficios dimanantes de su productividad; esto, junto con la organización, es lo que tipifica a una empresa, agraria en estos casos.

El *acceso a la propiedad*, nos dice el autor, es la directriz principal, prioritaria, de toda reforma agraria en cuanto que facilita al arrendatario la adquisición dominical de la finca, sea por libre convenio con el dueño o mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, expropiación forzosa y adquisición igualmente forzosa. Esta última está prevista en los artículos 98 y 99 y el tanteo y retracto en los artículos 86 a 97.

Otra nota es el *equilibrio entre propiedad y posesión*, como exigencia de mejor justicia en el desenvolvimiento del contrato y acertada regulación de las relaciones jurídicas entre arrendador y arrendatario. Tal nota viene configurada en la Ley bajo los siguientes aspectos:

1. Recuperación de la posesión por el propietario en los supuestos de los artículos 26 y 99, 2.
2. Precio real de la finca, en caso de adquisición por el arrendatario.
3. Estabilidad de la renta.
4. Nulidad de las cesiones de los derechos del arrendatario: Artículos 70 a 72.

La *nueva regulación de los contratos a la parte*. Esta Ley distingue dos clases en el clásicamente llamado contrato de aparcería:

1. Se considera contrato parciario si la aportación del dueño, además de la tierra, maquinaria, ganado y capital circulante, es inferior al 25 por 100 de lo que sumen estos tres conceptos (art. 101).
2. «Aparcería» será cuando dicha aportación sume, como mínimo, el 25 por 100 (art. 102).

Carácter social.—Es su nota más saliente, como nos resalta el autor. Por tratarse de un contrato para la empresa agraria, no es un mero intercambio compensatorio entre cedente y cesionario de la tierra. En este contrato de arrendamiento prima el carácter social, de superación de las posiciones individuales de las partes en beneficio de la que, a más de ser la más débil económicamente aporta el elemento humano del trabajo, y de superación de la actividad agrícola por su transformación en orden organizado de empresa que constituye parte activa en el conjunto productivo de la nación. Por esto, sigue diciendo, el contrato de arrendamiento rústico está garantizado en su vida y ejercicio por doble prevención legal: Una, de carácter material con normas protectoras que limitan las libres voluntades de los contratantes, del principio de la autonomía de la voluntad; otra, de carácter procesal, con normas generalizadoras del cumplimiento de los derechos y obligaciones contenidos en la relación jurídica arrendaticia.

Tras esta interesantísima introducción doctrinal, en el libro se examinan, por su orden, como hemos dicho, todos los artículos de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, incluyendo el análisis de su texto, comentarios doctrinales, disposiciones complementarias y jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo, que es la más abundante y completa, como algunas Sentencias del Tribunal Constitucional que ya se han dictado sobre la materia.

Aparte la introducción dicha, el libro comprende tres grandes capítulos o divisiones: De los arrendamientos, de las aparcerías y de la jurisdicción o competencia. Todos los apartados son de gran altura y profundidad, destacando la especialización y detalle con que se tratan las materias referentes a la expropiación forzosa y las cuestiones jurisdiccionales en las que el autor es maestro reconocido e indiscutible.

En resumen, un magnífico tratado, doctrinal, legal y jurisprudencial, de la institución arrendaticia rústica, que en adelante será la obra de consulta indispensable para todos los profesionales juristas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Números 514-515 (Julio-Agosto 1987)

Los derechos del artista sobre su obra, por FRANCISCO DE P. JUFRESA PATAU y CRISTÓBAL MARTELL PÉREZ-ALCALDE, pág. 3847.

El acceso a la valoración jurídica (valorabilidad) de las diligencias sumariales en el juicio oral, por CARLOS CLIMET DURÁN, pág. 3867.

La suspensión del juicio oral por incomparecencia de testigos en la doctrina y en la jurisprudencia española, por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA, pág. 3907.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23, por PALOMA BIGLINO CAMPOS, pág. 3913.

Repertorio bibliográfico sistemático de la Constitución, por EMILIO ATTARD, página 3931.

El Acta Unica Europea, por ENRIQUE GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 4055.

Posibilidades y limitaciones a la actividad publicitaria en la normativa de la CEE, por CARLOS LEMA DEVESE, pág. 4081.

La prestación temporal de servicios de los abogados en la Comunidad Económica Europea (Directiva de 22 de marzo de 1977) y el Real Decreto de 21 de marzo de 1986. Breve referencia al derecho de establecimiento, por FRANCISCO AMORÓS IBOR, pág. 4113.

El cómputo de los plazos para iniciar un proceso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El caso Misset, por BLANCA PASTOR BORGONÓN.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nombres extranjeros y regionales, por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e HILDA GRIEDER MACHADO, pág. 4169.

La nueva normativa de extranjería en España, por RAFAEL ARROYO MONTERO, pág. 4229.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Julio-Agosto 1987)

Retórica y Derecho en la antigua Roma, por JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS y TOUYA, págs. 635 a 645.

El artículo 73, 4, del Código Civil (Notas para su estudio), por SALVADOR CARRIÓN, págs. 646 a 663.

(Septiembre 1987)

Situación jurídica en España de los agentes comerciales, por EMILIO MONSO GOICOLEA, págs. 755 a 788.

El artículo 73, 4, del Código Civil (Notas para su estudio), por SALVADOR CARRIÓN, págs. 789 a 804 (continuación).

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

(Enero-Marzo 1987)

Nulidad e impugnabilidad del testamento, por FRANCISCO CAPILLA RONCERO, página 3.

Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho Internacional Privado de la familia, por MIGUEL A. AMORES CONRADI, pág. 89.

La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor incapaz, por RAMÓN DURÁN RIVACOBIA, pág. 139.

La Ley francesa de 3 de julio de 1985, relativa a los derechos de autor y a los derechos de los artistas-intérpretes, los productores de fonogramas y videogramas y las empresas de comunicación audiovisual, por NAZARET PÉREZ DE CASTRO, pág. 195.

La Ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio, por DANIEL FUCHS, pág. 205.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 104 (Julio-Agosto-Septiembre 1987)

Algunas reflexiones sobre el plan-saneamiento y la gestión urbanística en la situación actual, por FRANCISCO PERALES MADUEÑO y LUIS FELIPE ARREGUI, pág. 13.

Compromisos y garantías en el planeamiento de iniciativa particular, por FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, pág. 35.

El desarrollo de la normativa urbanística en el Plan General de Madrid, por RAFAEL ZORRILLA TORRAS, pág. 55.

El artículo 87, 3, de la Ley del Suelo: las vinculaciones o limitaciones singulares, por FRANCISCO GONZÁLEZ PALMA, pág. 65.

Dos modelos de desarrollo urbano en el Oriente venezolano: Santa Inés de Cumaná y Barcelona (continuación), por MARÍA DOLORES FUENTES BAJO, pág. 79.

REVISTA DE DERECHO REGISTRAL

Número 14 (1987)

Los derechos de los autores y de los artistas-intérpretes y ejecutantes en el Proyecto de Ley español de la Propiedad Intelectual de 1986, por DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, pág. 19.

Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como comunidad, por JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, pág. 41.

Bienes privativos personalísimos (análisis del art. 1.346, 5.º y 6.º, del Código Civil), por JOAQUÍN RAMS ALBESA, pág. 55.

- Aspectos registrales de la multipropiedad y las urbanizaciones*, por ANTONIO ISAC Y AGUILAR, pág. 89.
- Aspectos registrales del derecho de opción*, por JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, pág. 109.
- Crónica legislativa*, por CARMEN DE GRADO SANZ, pág. 131.
- Le Ley francesa de 6 de enero de 1986 sobre la multipropiedad*, por ANTONIO PAU PEDRÓN, pág. 145.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 3 (Enero-Junio 1987)

- La rescisión por lesión en el Derecho navarro*, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, pág. 13.
- Tres competencias del Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones y centros de contratación de mercaderías y valores*, por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 27.
- El Estado de las Autonomías: el reto de la eficacia*, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 53.
- Sentimiento político y conflicto de competencias*, por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, pág. 67.
- La legitimación del hijo de anterior matrimonio para retraer bienes conquistados durante las segundas nupcias del padre*, por FAUSTINO J. CORDÓN MORENO, pág. 73.
- La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los Derechos civiles españoles y la filiación ilegítima*, por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, pág. 79.
- La Constitución española de 1978 y el Derecho privado foral*, por CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, pág. 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Número 140 (Abril-Junio 1987)

- La Política Agrícola Común: problemática y perspectivas de futuro*, por M. PETIT, pág. 9.
- Un sistema de información y de simulación de políticas para la agricultura europea*, por W. HENRISCHMEYER, pág. 33.
- Desequilibrio regional y evolución en el proceso de la política agrícola. Diferencias regionales y evolución de la política agrícola*, por F. LECHT, página 51.
- El peso de las limitaciones presupuestarias en la Política Agrícola Común*, por ALLAN BUCKWELL, pág. 87.
- La influencia de terceros países sobre la Política Agrícola Común*, por S. TANGERMANN, pág. 109.
- Semillas oleaginosas, proteínas y sustitutivos de cereales: aportaciones económicas y realidades políticas*, por U. KOESTER y H. TERWITTE, página 133.
- La Política Agrícola Común y la adhesión de España y Portugal*, por T. JOSLING y F. ANDRADA, pág. 157.

La agricultura española: de la negociación de la adhesión a la reforma de la PAC, por C. TÍO SARALEGUI, pág. 183.

La posición competitiva de los productos mediterráneos españoles, por L. VICENTE BARCELÓ, pág. 203.

El sector agrario español en su primer año europeo, por J. CARBONELL SEBARROJA, pág. 229.

¿Por qué la política estructural es tan limitada?, por M. GORGONI, página 247.

Limitaciones de los actuales sistemas de control de la oferta agrícola, por D. BERGMANN, pág. 265.

Desigualdades entre las regiones agrarias de la CEE, por A. FALDER RIVERO, pág. 283.

Una nota sobre el abastecimiento de cereales en España o el acuerdo CEE-USA, por J. ARÉVALO ARIAS, pág. 305.

REVISTA NOTARIAL DE BUENOS AIRES

Número 888 (1986)

Anteproyecto notarial de la Ley de fideicomiso, por TERESA PÉREZ DE BUSTOS y otros, pág. 875.

La transmisión voluntaria del dominio. La tradición, por ROMELIO DOMINGO FERNÁNDEZ ROUYET, pág. 917.

Consideraciones Generales sobre la contratación al Costo y por Administración. Cláusulas más usuales, por JUAN ANTONIO COSTANTINO, pág. 941.

El «Leasing» Inmobiliario: Algunos problemas jurídicos que se plantean en el Derecho argentino, por ALEJANDRO M. GARRO, pág. 953.

Advertencia registral sobre negocios inminentes, por RAÚL R. GARCÍA CONI, página 973.

Ejercicio conjunto de la patria potestad. Examen de algunos aspectos sustanciales y procesales, por MARÍA SILVIA MORELLO DE RAMÍREZ.

Sociedades comerciales y registración mercantil: Configuración y elementos. Disolución. Intervención Judicial. Sociedad Anónima. Fiscalización estatal de Sociedades, por EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h), pág. 995.

Testamento con institución de herederos, legados, cláusulas de indivisión, designación de albacea y renovación de testamento anterior, por ALBERTO VILLALBA WELSH, pág. 1009.

REVISTA REGISTRAL DE BUENOS AIRES

Número 8 (Enero-Marzo 1987)

El bien de familia y los principios registrales en un fallo de la Corte Suprema de Justicia, pág. 15.

NOTICIAS CEE

Número 31 (Agosto 1987)

La política monetaria en el Tratado constitutivo de la CEE, por DOMINGO CARVAJO VASCO, pág. 11.

- El Sistema Monetario Europeo*, por MANUEL CONTHE y SANTIAGO EGUI-DAZU, pág. 17.
- Balance del Sistema Monetario Europeo*, por EDUARDO CUENCA GARCÍA, página 21.
- La evolución del Sistema Monetario Europeo: 1979-1986*, por JOSÉ LUIS FEITO y CARLOS PÉREZ DE EULATE, pág. 31.
- La estabilidad de cambios y el funcionamiento del Mercado Común*, por FRANCESC GRANELL, pág. 49.
- Los sistemas de intervención: la parrilla de paridades*, por JUAN PABLO LÓPEZ DE SILANES, pág. 55.
- El ECU privado: un mercado en evolución creciente*, por RICARDO BRIZ DE LABRA, pág. 63.
- ECUS oficiales y ECUS privados*, por MANUEL CONTHE, pág. 71.
- El ECU; el punto de vista bancario*, por LUIS A. LERENA y ANTONIO MIGUELÁÑEZ, pág. 81.
- De los ECUS —oficiales— a los ECUS —privados— y al revés*, por LUIS MARÍA LINDE DE CASTRO, pág. 85.
- El indicador de divergencia*, por MARÍA JOSEFA MOLINA REQUENA, pág. 89.
- El mercado del ECU: origen, evolución y situación actual*, por JOAQUÍN PI ANGUITA, pág. 95.

Número 32 (Septiembre 1987)

- El presupuesto de las Comunidades Europeas: su presente y sus perspectivas*, por HENNING CHRISTOPHERSEN, pág. 11.
- Armonización fiscal en Europa*, por EMILIO ALBI IBÁÑEZ, pág. 27.
- Crónica Tributaria de la CEE, enero-abril de 1987*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 43.
- Las franquicias fiscales reguladas por el Real Decreto 2105/1986, de 25 de septiembre*, por MIGUEL FORASTER SERRA, pág. 51.
- La integración de la política de consumo en las demás políticas comunes*, por MARÍA PAZ DÍAZ CREMADES, pág. 63.
- El nuevo instrumento comunitario —(NIC IV)— para la financiación de inversiones de las pequeñas y medianas empresas*, por MIGUEL MORA HIDALGO, pág. 67.
- Un año de política ambiental comunitaria en España*, por FERNANDO MARTÍNEZ SALCEDO, pág. 73.
- Normativa española sobre libertad de establecimiento por razones de orden público, seguridad y salud pública. Real Decreto 1999/1986, de 26 de mayo*, por LUCIANO MÁS VILLARROEL y JUAN M. LOZANO BELTRÁN, página 79.
- Las ayudas de Estado en materia fiscal y el Derecho Comunitario*, por DOMINIQUE BERLÍN, pág. 95.
- Aplicación a los establecimientos bancarios de las normas sobre la competencia*, por JUAN SÁNCHEZ GUILARTE, pág. 107.
- El Derecho de la competencia y el transporte marítimo*, por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 115.

Número 33 (Octubre 1987)

- La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva sobre transparencia de las relaciones financieras de las empresas públicas*, por JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 13.
- Empresas públicas en la CEE. Retos y oportunidades*, por JOSÉ OLIV CREUS, pág. 27.
- La empresa pública en España y el impacto de la normativa comunitaria*, por TOMÁS SANTORO GARCÍA DE LA PARRA, pág. 33.
- Transparencia en las relaciones financieras entre el Estado y las empresas públicas*, por DOMINGO SIERRA SÁNCHEZ, pág. 39.
- Los antecedentes de la —adaptación— del monopolio de petróleos en Francia al Tratado de la Comunidad Económica Europea*, por FERNANDO DÍEZ MORENO, pág. 47.
- La defensa de la competencia mediante el control de las ayudas estatales*, por BRIGITTE CASTELL BORRAS, pág. 57.
- Aspectos procedimentales de las ayudas de Estado*, por MARÍA IBÁÑEZ y MERCEDES PUELLES, pág. 65.
- Ayudas de Estado*, por JOSÉ IGNACIO RODRIGO FERNÁNDEZ, pág. 69.
- La política de competencia comunitaria y las ayudas públicas*, por ALBERTO TEROL ESTEBAN, pág. 81.
- Ayudas de Estado y anti-dumping*, por BASTIAAN VAN DER ESCH, pág. 85.

