

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Septiembre-Octubre 2002 • Núm. 673

CONSEJO DE REDACCION

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«El crédito refaccionario en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Estudio especial a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE	1671
«La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo», por JOSÉ MARTÍN PASTOR	1693
«La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial», por BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO	1793
«Una nueva explicación de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	1827

DICTAMENES Y NOTAS

«Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», por MARIO E. CLEMENTE MEORO	1851
«Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1877
«Instrumenta, notarius y publicidad; su relación con la hipoteca en el Derecho post-clásico y justiniano», por LUIS MARIANO ROBLES VELASCO	1885

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1905
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1913
--	------

II. Resoluciones de la Dirección General:

- A) Resoluciones publicadas en el *BOE*, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1919
- B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1930

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Derecho Civil:

- a) Derechos reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA 1969
- b) Obligaciones y contratos, por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN..... 1994

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

- «La gratuidad del *mutuum* en el Derecho romano», de MARÍA SALAZAR REVUELTA, por MANUEL J. PELÁEZ 2031
- «Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad», de J. A. BALLESTEROS GARRIDO, por CARLOS BALLUGERA GÓMEZ..... 2037
- «La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio», de JAVIER TALMA CHARLES, por MARÍA DEL CARMEN CORRAL GUÓN 2042
- «El documento extranjero ante el Registro de la Propiedad», de JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2044
- «Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución», de RAFAEL RIVAS TORRALBA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2046
- «Tratado de los derechos de garantía», de ANGEL CARRASCO PERERA y otros, por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO 2048
- «Artículos 66 a 86 (Ibiza y Formentera) del Libro III de la Compilación de Derecho Civil de Baleares», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 2050

REVISTA DE REVISTAS

- Por LA REDACCIÓN 2057

ESTUDIOS

El crédito refaccionario en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Estudio especial a la luz de las sentencias del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000 y de 31 de enero de 2001

SUMARIO: EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998.—1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. 3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA. 4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO. 5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA. 6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. 7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE CRÉDITO REFACCIONARIO.

EL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU ANOTACIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la anotación preventiva del crédito refaccionario, contenida en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, fue modificada en la última reforma de este Reglamento, operada por el ya citado Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (1), dejando redactado dicho precepto en los siguientes términos:

(1) BOE del 29 de septiembre de 1998.

«Según lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley, la anotación preventiva a favor de los acreedores refaccionarios podrá solicitarse en virtud de documento privado que conste por escrito. A este fin deberán concurrir ante el Registrador todos los interesados en la anotación, personalmente o por medio de representante especialmente autorizado, asegurándose aquél de la personalidad de los comparecientes y de la autenticidad de las firmas puestas al pie del contrato, salvo el caso de que éstas estuvieren legitimadas notarialmente, en que no será necesaria dicha concurrencia personal.

También podrá solicitarse en la misma forma la anotación preventiva en virtud de los documentos de concesión de subvenciones públicas o de créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes.

Tratándose de edificios en régimen de propiedad horizontal, bastará con la comparecencia del Presidente de la Comunidad autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida han sido aceptados por la Comunidad. La anotación recaerá sobre la totalidad del edificio o finca de que se trate y se practicará en el folio de la finca matriz, con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes.

En los supuestos del párrafo anterior, el plazo de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, se computará desde el vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso de la prórroga, prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación».

Comparando la nueva redacción de este precepto con su precedente, es de ver el alcance de la modificación operada y su clara finalidad de favorecer una más amplia extensión en la práctica de esta institución de garantía en que consiste la anotación del crédito refaccionario, dadas sus singulares ventajas, a las que luego aludiremos. Así, las modificaciones consistieron, por un lado, en meros retoques de redacción en su párrafo primero, y en la incorporación de tres nuevos párrafos, por otro lado. Los retoques consistieron en la sustitución de la referencia que se hacía a la comparecencia de los interesados en el Regis-

tro, por la más correcta de comparecencia ante el Registrador, dada la finalidad a que responde la misma de que por éste se compruebe la identificación y legitimación de aquéllos, y en la sustitución de la referencia al «contrato privado» por la de «documento privado» (2). En cuanto a los nuevos párrafos introducidos en el artículo 155 del Reglamento Hipotecario, tienen por objeto respectivamente: el segundo, la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas; el tercero, establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal; y el cuarto, establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos públicos.

La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998 justifica la reforma por la conveniencia de «extender la posibilidad de que se acojan al régimen de las anotaciones preventivas por créditos refaccionarios las subvenciones públicas para la rehabilitación de edificios urbanos».

2. LA ANULACIÓN DEL NUEVO PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 155 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Esta nueva regulación del derecho de vuelo fue combatida en vía jurisdiccional contencioso-administrativa ante el Tribunal Supremo, pero única y

(2) Un nuevo recurso contencioso-administrativo, número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario, fue resuelto por la sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los motivos impugnatorios formulados contra esta innovación, afirmando que «no compartimos la aseveración ... de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de Derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al contrato por escrito celebrado con el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito que, en definitiva, cumplen el mismo fin que el documento privado de contrato entre particulares, pues en uno y otro se consignan los derechos y obligaciones de ambas partes, que son el acreedor refaccionario, incluida la Administración en el caso de las subvenciones, y el titular o titulares de la finca, objeto de la refacción, deudores de las cantidades recibidas para los fines de la refacción o reparación, que en el supuesto de las subvenciones serían los beneficiarios de los fondos públicos».

exclusivamente respecto del último de los párrafos indicados, y ello por considerarlo los recurrentes contrario a los artículos 86 y 92 de la Ley Hipotecaria en cuanto establece que el plazo de sesenta días de vigencia de la anotación, a partir de la finalización de la obra, establecido en el último de los artículos citados, se computará a partir del vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución que otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan, en lugar de computarse desde la conclusión de la obra objeto de refacción, así como que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria no prevé, afirman los recurrentes, la posibilidad de pactar la prórroga de dicho plazo de antemano, mientras que el artículo impugnado admite la posibilidad de que la prórroga del citado plazo se pacte en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación.

Pues bien, la pretensión judicialmente deducida en tales términos obtuvo irregular suerte, pues el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de febrero de 2000, comienza descartando el segundo motivo impugnativo, «ya que es manifiesto que una de las fórmulas establecidas para alargar el plazo de caducidad del asiento previsto en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria es que así se solicite por los interesados, tal y como resulta de la dicción literal del precepto, sin más requisitos que el de que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento, sin ninguna otra limitación, por tanto, en cuanto al momento de la solicitud».

Por el contrario, el Tribunal aprecia una contradicción entre el sistema de cómputo del plazo de vigencia de la anotación de sesenta días establecido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria y el previsto en el párrafo final del nuevo artículo 155 de su Reglamento. En este sentido afirma que «la infracción del mandato contenido en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, en cuanto al cómputo del plazo de caducidad de la anotación, es manifiesta. La Ley establece que el *dies a quo* será, sin excepciones, aquél en que concluya la obra objeto de la refacción y por tanto tal *dies a quo* no puede ser modificado, por más que se afirme la razonabilidad del precepto, por una norma de rango inferior como lo es el Reglamento impugnado, ello en base al principio de jerarquía normativa lo que determina que el artículo en cuestión deba ser declarado nulo en este punto». Sin embargo, la sentencia no guarda congruencia entre su fundamentación, antes transcrita, y su fallo, pues éste, yendo más allá de lo que aquélla permitiría, declara la nulidad *in totum* del «artículo 155, párrafo cuarto» del Reglamento Hipotecario, siendo así que previamente había razonado la perfecta validez de la previsión del mismo sobre prórroga de la anotación por remisión a la prevista en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y de la posibilidad que brinda dicho párrafo *in fine* para que la prórroga pueda ser pactada en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación. Por ello, entendemos que la declaración de nulidad que hace la sentencia de 24 de febrero de 2000, debe ajustarse a los límites en que la misma viene avalada

por sus mismos fundamentos. Pero aún dentro de estos límites debemos realizar un juicio crítico desfavorable del citado fallo que entendemos resulta excesivamente rígido por partir de una interpretación meramente literalista de los preceptos en juego. Razonaremos en las siguientes páginas esta conclusión, comenzando con una breve referencia a la realidad social actual que sirve de contexto a la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario operada en 1998, dada su trascendencia para una correcta interpretación de la norma (cfr. art. 3 del Código Civil).

3. LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL EN TORNO A LA NECESIDAD DE FAVORECER
LA REHABILITACIÓN DE LOS EDIFICIOS EN LOS CENTROS DE POBLACIÓN URBANA

El fenómeno de expansión demográfica ha concluido y, con él, la necesidad de crecimiento urbanístico de las ciudades abriendo los ensanches a la periferia.

Ahora bien, la carestía y escasez del suelo en el centro de las ciudades produjo durante las décadas de los setenta, ochenta y principios de los noventa, un crecimiento centrífugo de las ciudades hacia fuera, abandonando el centro en sus usos residenciales y con una fuerte tendencia hacia su terciarización. Esta situación ha contribuido a degradar los centros urbanos en su función de foro o espacio de convivencia y a desestructurar las ciudades que pierden un eje de vertebración fundamental. Tal fenómeno, unido a la propia contención demográfica, ha conducido a los municipios de grandes núcleos urbanos a acometer políticas de fomento de la reubicación de la población en los centros de las ciudades y a limitar paralelamente los usos terciarios: las grandes ciudades como Madrid o Barcelona (3) se «recentralizan», declarando de interés público prioritario el salvamento urbanístico de los antiguos distritos del centro.

Ahora bien, la política de recentralización citada tropieza con el problema del envejecimiento de los materiales y estructuras arquitectónicas de las edificaciones del centro de la ciudad que suponen un reto para la revitalización de tales barrios y para su misma seguridad, por el peligro de desplomes o desprendimientos de cornisas o elementos externos de fachadas (4).

(3) Así, constituye síntoma de esta tendencia la constitución de sociedades mixtas de capital mayoritario municipal destinadas a la promoción y rehabilitación de edificios residenciales en los barrios antiguos de la ciudad. Este es el caso de la compañía «Proeixample, S. A.», cuyo objeto social es el de la rehabilitación de edificios en el ensanche de Barcelona.

(4) Esta falta de seguridad ha sido trágicamente constatada en los últimos años a través de diversos accidentes que han concluido con la muerte de varios viandantes en ciudades como Madrid, Sevilla y Barcelona. Estos lamentables sucesos han sacudido la conciencia de la ciudadanía y han alertado a las autoridades sobre el grave problema en cuestión.

La preocupación apuntada ha determinado la adopción de diversas iniciativas que pasan generalmente por la subvención de las obras de rehabilitación de fachadas y elementos comunes de los edificios afectados por situaciones de riesgo de ruina o desprendimientos parciales. Sin embargo, dado que los recursos públicos son escasos y que las cantidades habilitadas en los presupuestos públicos para tales finalidades son manifiestamente insuficientes, se hace necesario allegar recursos del sector privado, a través del sistema crediticio, en términos que hagan compatible la menor onerosidad posible para los propietarios de las viviendas y locales ubicados en edificios con riesgos estructurales y la mayor garantía posible para las propias entidades de crédito. Repárese en el dato de que en el conjunto de España tan sólo se destina el 20 por 100 de la totalidad de los capitales invertidos en la construcción al capítulo de la rehabilitación, frente a la media europea del 50 por 100, lo que implica un diferencial que obliga a un gran esfuerzo del sector crediticio e implicar a los propietarios en la «cultura del mantenimiento» (5), además de mantener la política de subvenciones públicas basada en razones de orden social (6).

Parece evidente que para alcanzar las finalidades anteriores es conveniente acudir al crédito territorial, que frente al crédito personal presenta las ventajas de ser más económico en tasa de interés para el deudor, más dilatado el período de restitución —facilitando con ello la amortización del capital que se distribuye en un plazo mayor—, y ser, al propio tiempo, más seguro para la entidad financiera y, además, requiere menores dotaciones para insolvencias. Pues bien, para obtener el carácter de crédito territorial basta dotar al crédito de la garantía real refaccionaria que representa la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad, utilizando para ello la figura prevista en la legislación hipotecaria de la anotación de crédito refaccionario. Las ventajas del crédito refaccionario sobre el común crédito hipotecario como instrumento de financiación de las obras de rehabilitación urbana vienen determinadas por el hecho de que tiene rango hipotecario separado sobre el valor de la mejora, por lo que extrae del inmueble su capacidad crediticia en función de la plusvalía que representa la propia mejora, sin entrar en colisión o concurrencia con los titulares de otras cargas preexistentes. Además de ello, al tratarse de un supuesto de rehabilitación y mejora de fachadas y otros elementos comunes se justifica, como veremos, la aplicación del régimen del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, facilitando la adop-

(5) En la que ya se van alcanzando algunos logros, como lo atestigua el hecho de que en 1997 han aumentado en un 160 por 100 las solicitudes de revisión de fachadas en Barcelona. Este crecimiento de solicitudes se ha mantenido durante los años 1998, 1999 y 2000.

(6) Que el Ayuntamiento de Barcelona canaliza a través del Instituto del Paisaje Urbano.

ción de los correspondientes acuerdos sobre la ejecución de la mejora y su financiación.

Pues bien, la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 trata de salir al paso de esta necesidad social mediante una serie de innovaciones de técnica registral que, dentro de las coordenadas de la Ley Hipotecaria, facilite la utilización práctica de esta modalidad de garantía refaccionaria, especialmente idónea para las finalidades expuestas, consciente del desuso antisocial y antieconómico en que, a pesar de las ventajas expuestas, había incurrido dicha figura.

Y es que, en efecto, como escribiera GIMÉNEZ ARNAU (7) en el año 1941, y la situación desde entonces hasta el presente poco ha cambiado en este punto, «a pesar de que la construcción jurídica de la anotación preventiva a favor del acreedor refaccionario es irreprochable, en el comercio jurídico se emplea con poca frecuencia. En la mayoría de los Registros —sigue diciendo— no se ha practicado, desde 1863 a acá, ninguna anotación de esta clase». También LA RICA (8) destacó en su época este fenómeno de postergación y olvido en que ha vivido la anotación preventiva del crédito refaccionario, del que dice «no haber penetrado en la conciencia jurídica popular», a lo que añade que «la explicación de la postergación de un resorte legal tan interesante puede ser compleja, pero fundamentalmente creemos que estriba en la posición de olvido que respecto a él han tenido los organismos públicos y privados de crédito». A esta cierta apatía y pereza mental que se observa en relación a esta figura debe añadirse, sin duda, la complejidad de alguno de los trámites legales a que queda sujeto su desenvolvimiento práctico y, en concreto, la necesidad de acudir a un juicio declarativo para dirimir las controversias entre deudor y acreedor surgidas con ocasión de la necesidad de «convertir» la anotación preventiva en inscripción de hipoteca, a petición del acreedor, «si al expirar el término señalado en el artículo anterior (sesenta días) no estuviera aún pagado por completo de su crédito, por no haber vencido el plazo estipulado en el contrato» (cfr. art. 91.1.º LH), que hace quimérica la efectividad de tal sistema de garantía. Así lo ha denunciado también DE ANGEL YAGÜEZ, para quien la remisión a dicho juicio declarativo para obtener la conversión «constituye el talón de Aquiles de esta fórmula jurídica, ya que hará ilusoria y vaciará de sentido práctico la hipotética posibilidad del acreedor de ejercitar el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria», instrumento de eficacia fundamental en el sistema de la garantía hipotecaria.

(7) GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de legislación hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1941, pág. 19.

(8) LA RICA Y ARENAL, *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, Madrid, 1976, pág. 331.

4. BREVE REFERENCIA A LAS PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA REFORMA HIPOTECARIA DE 1998 EN MATERIA DE CRÉDITO REFACCIONARIO

Visto el panorama, yermo y lamentable, antes descrito, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, no rehúye, a pesar de la dificultad de la materia, y dentro de las posibilidades de su rango, afrontar un intento «refaccionario» o rehabilitador sobre la anotación preventiva prevista por el artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria, por medio de la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, con la finalidad de dinamizar y actualizar dicha figura. Para ello se introducen como innovaciones fundamentales las siguientes:

- a) la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas;
- b) establecer las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal;
- c) aclarar la aplicabilidad del artículo 86 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la duración máxima y su régimen de prórrogas a las anotaciones de crédito refaccionario, permitiendo que éstas se pacten en el propio título en cuya virtud se solicita la anotación;
- d) establecer las adaptaciones necesarias en materia de cómputo del plazo de caducidad de la anotación en los supuestos de subvenciones y créditos públicos.

De todas estas novedades sólo la última recibe un pronunciamiento contrario por parte de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000. Por el contrario, las enunciadas bajo las letras *a)*, *b)* y *c)* ni recibieron observación u objeción alguna por parte del Consejo de Estado en su minucioso Dictamen de 9 de julio de 1998 (9), ni reciben sanción alguna por parte de la citada sentencia del Supremo (10), de 24 de febrero de 2000. Es más, un nuevo recurso contencioso-administrativo número 507/1998, interpuesto contra el mismo Real Decreto 1867/1998, de modificación del Reglamento Hipotecario ha sido resuelto por la reciente sentencia de la Sala 3.^a (sección 6.^a) del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, desestimando los

(9) En el que llegó a hacer hasta cinco observaciones esenciales sobre otros tantos artículos del proyecto, y otras muchas no esenciales sobre otros diversos extremos de aquel texto.

(10) En la que, sin embargo, se declara la nulidad de cuatro disposiciones del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

motivos impugnatorios formulados contra las citadas innovaciones, rechazo que argumenta en los siguientes términos:

- a) en cuanto a la extensión de la posibilidad de obtener anotación preventiva de crédito refaccionario a los documentos de concesión de subvenciones o créditos públicos de finalidad refaccionaria respecto de fincas urbanas, afirma que «no compartimos la aseveración ... de que la interpretación finalista, histórica y sistemática, e incluso el propio tenor literal del artículo 59, al utilizar la expresión *contrato*, sólo permite entender como créditos amparados por la garantía real regulada en los artículos 42.8 y 59 de la Ley Hipotecaria los de Derecho privado, sino que, por el contrario, la exégesis que consideramos acertada de estos preceptos, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que estamos aplicando, su espíritu y finalidad, es que permiten garantizar con anotación preventiva el cobro o reintegro de las subvenciones públicas o créditos de entidades públicas destinados a la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes, sin por ello forzar el texto de la Ley, que, cuando alude al contrato por escrito celebrado con el deudor en cualquier forma legal, no impide incluir los documentos de concesión de la subvención o crédito»; y
- b) respecto del establecimiento de las especificaciones precisas para hacer viable la garantía refaccionaria en los casos de que la refacción tenga por objeto un edificio sujeto al régimen de división horizontal, que los demandantes consideraban contrario al régimen del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal y a lo dispuesto en el número 1 del artículo 1.400 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, al autorizar que la comparecencia prevista ante el Registrador la realice el Presidente de la Comunidad, autorizado al efecto en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal, aportando la correspondiente certificación acreditativa de que los presupuestos de la obra han sido aceptados por la Comunidad, la sentencia de 31 de enero de 2001 declara que «debemos expresar que [dichas normas reglamentarias] ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria». Llega a tal conclusión el Tribunal Supremo, argumentando que el artículo 13, número 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el Presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de

Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la finca ordinarias o extraordinarias. En congruencia con tales formulaciones, la sentencia de 31 de enero de 2001 concluye afirmando: «Por ser ajustado a Derecho el párrafo segundo del artículo 155 reformado del Reglamento Hipotecario, cuando la subvención pública o el crédito de entidades públicas sea concedido en favor de una Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, la anotación preventiva del crédito refaccionario deberá practicarse en la forma dispuesta concordadamente por los párrafos segundo y tercero de dicho artículo».

Pero es que incluso respecto de la declaración parcial de nulidad del párrafo 4.º del mismo artículo 155 del Reglamento Hipotecario que hizo la anterior sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, es importante destacar que expresamente el Tribunal rechaza la impugnación dirigida por los recurrentes contra la posibilidad de pactar las prórrogas de la anotación preventiva de crédito refaccionario en el propio título en que se solicita la inscripción por considerarlo ajustado al artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Y es importante por dos razones. Primero, porque esa declaración de su fundamento jurídico quinto obliga a dejar a salvo de la declaración de nulidad del párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento la frase: «.../... sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley. Dicha prórroga podrá pactarse en el propio título en cuya virtud se solicite la anotación». Y segundo, porque salvada esta última posibilidad, la anulación de la especialidad que en materia de cómputo del plazo de la anotación se contiene en la primera parte del citado párrafo 4.º del artículo 155, pierde relevancia, en el sentido de que la finalidad que persigue de evitar la necesidad del complejo trámite de conversión en hipoteca de la anotación (lo cual requiere nada menos que un juicio declarativo) en el supuesto habitual en los casos de subvenciones y créditos públicos de sujetos a un plazo de amortización o devolución superior a los sesenta días previstos por el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, podrá, aquella finalidad, verse satisfecha por la vía del pacto de prórroga incorporado al propio título causante de la anotación.

No obstante, ya habíamos anticipado nuestro juicio crítico respecto de la parte del fallo de la sentencia comentada en la que se anula la modalización que respecto del sistema de cómputo general del artículo 92 de la Ley Hipotecaria hace el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 de su Reglamento, y a continuación pretendemos razonarlo.

5. EL CONCEPTO DEL CRÉDITO REFACCIONARIO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Lo primero que ha de notarse es que la especialidad de cómputo aludida se refiere a los novedosos supuestos de subvenciones y créditos públicos aludidos, lo cual exige una previa explicación sobre la noción de crédito refaccionario. En efecto, el nuevo párrafo 2.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario incluye, dentro del concepto de crédito refaccionario, las aludidas subvenciones y créditos, novedad que ya contaba con antecedentes en algunas legislaciones autonómicas en materia de viviendas (11), y que ha sido acogida favorablemente por la doctrina (12), sumándose a una mayoritaria línea jurisprudencial propicia a una interpretación amplia del concepto de crédito refaccionario, integrada, entre otras, por las sentencias de 27 de mayo de 1987, 5 de julio de 1990 y 14 de octubre de 1994, que extiende aquel concepto no sólo al prestamista que hace entregas de dinero con fines de refacción, sino también a los créditos contraídos en favor del constructor por la obra realizada o en favor del proveedor por los materiales suministrados para la obra.

Es importante subrayar esta amplitud del concepto del crédito refaccionario considerando tal: «todo crédito nacido de cualquier forma contractual que directamente haya contribuido a la producción del resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un bien inmueble» (13), porque cierta doctrina (14) ha defendido un concepto más restringido que califica de refaccionario exclusivamente aquellos créditos que teniendo por finalidad la construcción o mejora de un inmueble, tienen su origen en un préstamo, basándose en los remotos antecedentes de esta figura procedentes del Derecho romano y de Las Partidas, y en la expresión que utiliza el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, refiriéndose al acreedor «por las cantidades que de una vez o sucesivamente anticipare .../...».

Por el contrario, de los antecedentes más próximos del Anteproyecto del Código Civil de 1848 y del Proyecto de 1851 resulta que el privilegio refaccionario se atribuía a los créditos por «los gastos de construcción y reparos

(11) Este era el caso del Decreto de la Generalitat de Cataluña de ...1982.

(12) Así, por ejemplo, BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 223. JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SANCHÍS, en su *Comentario de la Reforma Hipotecaria de 1998*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pág. 161 (ácidamente crítico en otros puntos).

(13) DE ANGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Tecnos, Madrid, 1969, pág. 201. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, en *Derecho Inmobiliario Registral*, Elementos de Derecho Civil, III, bis, Barcelona, 1984, pág. 229.

(14) COSSÍO, PUIG PEÑA, etc.

mayores» (art. 1.927 del Proyecto) y como titulares de los mismos se citan a «los arquitectos, empresarios, oficiales, obreros y los que suministran materiales al propietario para la construcción o reparación de sus edificios u otras obras» (art. 1.874 del Proyecto). El Código Civil, sin embargo, se limita a sancionar la preferencia legal a favor de los «créditos refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes que hubieren sido objeto de la refacción» (art. 1.923), sin entrar en su definición, laguna que determinó la discusión apuntada y resuelta mayoritariamente por la jurisprudencia en el sentido indicado y por el que personalmente abogamos. Y es que, como indica CORDERO LOBATO (15), el sentido que se debe atribuir al término «anticipar» que emplea el artículo 59 de la Ley Hipotecaria hace referencia al hecho de que la prestación antecede al pago de la misma y, además, una interpretación sistemática del Código Civil conduce a rechazar la posibilidad de simultanear la consideración como privilegiados de los créditos, en sentido amplio, para la construcción y reparación de los bienes muebles y, al tiempo, circunscribirlos a los procedentes de un contrato de préstamo para los inmuebles. Es más, cabe considerar que la hipótesis correcta es justamente la inversa, pues el Proyecto de 1851 no atribuía privilegio alguno al prestamista que financia la construcción, ausencia de privilegio que explica el propio GARCÍA GOYENA (16), diciendo que tales prestamistas «fueron libres en no prestar sino con la hipoteca del mismo inmueble», posibilidad que, estando expedita para aquéllos, ofrece la reflexión de que la regulación de la Ley Hipotecaria, en materia de crédito refaccionario, debe estar pensando en otros supuestos de acreedores con mayores dificultades de acceso al mercado de las garantías. En cualquier caso, concluye el eximio autor, que «disfrutarán del privilegio refaccionario todos aquellos créditos que estén causamente conectados con obras de reparación, construcción o mejora de bienes, y siempre que su titular no disponga de ninguna garantía que le permita evitar el riesgo de insolvencia del deudor». Prescindiendo de este condicionante final, interesa destacar cómo el concepto de crédito refaccionario defendido por este autor se enraíza más estrechamente con el crédito del constructor y del proveedor de materiales e industria que con el del prestamista, sin que éste llegue a quedar excluido, concepto que es justamente, a mi modo de ver, el que se percibe en el conjunto de la regulación que de la anotación preventiva de crédito refaccionario hace la Ley Hipotecaria. De otro modo no se entendería ni el sistema de liquidación del crédito que es-

(15) CORDERO LOBATO, ENCARNA, *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 64.

(16) Citado por BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA en su «Comentario al artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria», en la colección de *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Tecnos, Tomo VII, vol. 5.º, Madrid, 2000, pág. 215.

tablece, con previsión a tal efecto, nada menos, que de un juicio declarativo (a todas luces innecesario cuando de un préstamo se trata y, sin embargo, justificado cuando de un contrato de obra se trate), ni el plazo de sesenta días de caducidad que establece el artículo 92 de la Ley, suficiente para satisfacer el importe de una deuda derivada de un contrato de obras o de provisión de materiales, pues la prestación ya está cumplida y su remuneración es devengada por la mera finalización de la obra, pero claramente insuficiente cuando de lo que se trata es de un crédito o préstamo financiador de la obra, sujetos a plazos de amortización mucho más amplios en los usos comunes del tráfico mercantil. A ello debemos sumar todavía el escaso desarrollo que a la fecha de la promulgación del Código Civil, a diferencia de lo que sucede hoy en día, presentaba el sistema financiero y crediticio patrio, y la escasa relevancia estadística que presentaban los préstamos finalistas destinados a financiar la construcción. La correcta comprensión de este extremo es fundamental para poder interpretar correctamente el sistema de cómputo del plazo de caducidad de las anotaciones de créditos refaccionarios que ensayó el nuevo artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

6. REFACCIÓN DE EDIFICIOS SUJETOS A UN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Hay que partir del dato de la fecha de la anterior redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario que procedía de la reforma de 1947, para comprender que, regulado por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico el régimen de la propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960, este sistema de organización de la copropiedad sobre edificios no pudo ser considerada por los autores de aquella reforma de 1947 y, sin embargo, hoy constituye el supuesto tipo de organización de las comunidades de propietarios sobre los edificios urbanos de uso residencial. Había, pues, en este punto, una laguna que la reforma de 1998, a riesgo de perder ambición de aplicación práctica, no podía dejar de colmar, y a cuya finalidad responde el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

La nueva regulación parte de la premisa de la innecesariedad del consentimiento individual de todos y cada uno de los copropietarios del inmueble, sujeto a un régimen de división horizontal, para que el crédito que surja de su rehabilitación tenga carácter refaccionario, y siéndolo para que pueda ser anotado en el Registro de la Propiedad. Desde luego, el criterio contrario haría en la práctica muy poco operativo el sistema, sometiéndolo a un nuevo periodo de hibernación e inoperancia práctica. Pero, claro es que éste es un criterio que una disposición de rango reglamentario no podría imponer por propia autoridad si no tuviese el adecuado respaldo legal. Pues bien, este respaldo surge de la naturaleza del origen del crédito refaccionario, que no

es otro que «la refacción, reparación, rehabilitación y, en su caso, mejora de los edificios urbanos, sus instalaciones, fachadas y elementos comunes» (cfr. art. 155.3.º RH).

Pues bien, ¿a quién corresponde la competencia sobre la decisión de contratar tales obras y mejoras? Antes de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal de 1999, ya se había planteado este interrogante ante la Dirección General de los Registros y del Notariado y fue resuelto por dos Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973, en el sentido de que la legitimación para contratar aquellas obras y mejoras corresponde a los órganos de la Comunidad de propietarios, siendo por tanto necesario el acuerdo de ésta, pero no el consentimiento individual de los integrantes de la misma o titulares registrales de las fincas independientes. Por consiguiente, hay que rechazar cualquier posible acusación de vulneración al principio de tracto sucesivo establecido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (17). El siguiente interrogante que nos despeja el nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario es el relativo al régimen de adopción del acuerdo comunitario, y lo hace, como no podría ser de otro modo, por remisión a lo dispuesto sobre el particular por la Ley de Propiedad Horizontal. Y es que si evidente es que el Reglamento Hipotecario ninguna modificación podría introducir al respecto por no ser materia propia de su competencia y de su rango, tampoco parecía prudente acoger, sin más, mediante una remisión más concreta, el régimen de la llamada «pseudo-unanimidad» del párrafo 1.º del artículo 16 de aquella Ley, y ello porque en el momento de la elaboración de la reforma ya se encontraba en marcha una modificación legal de la división horizontal en la que se establecían importantes excepciones a dicha regla de la «pseudo-unanimidad» en el ámbito de los acuerdos relativos a la modificación de estatutos y de mejora de elementos comunes. Y, ciertamente, la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la de Propiedad Horizontal incorpora importantes modificaciones en esta materia que, por otra parte, vienen a ratificar el criterio de la Dirección General antes indicado sobre legitimación para decidir y contratar la realización de las obras de mejora necesarias para la finca. Así, el reformado artículo 10 de la Ley dispone que es «obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad», al pago de cuyos gastos «estará afecto el piso o local [de cada uno de los copropietarios] en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales».

(17) Como la que con cierta alarma hace MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, pág. 161.

Es decir, por un lado, se reconoce a los órganos de la Comunidad competencia para contratar e incluso disponer de los elementos comunes del inmueble (cfr. Resoluciones de 5 de mayo de 1970 y de 15 de junio de 1973), por otro, siendo las obras y mejoras necesarias (18) para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble, su contratación no es ya una mera facultad de la Comunidad, sino una obligación de la misma (cfr. art. 10.1.º LPH) y, finalmente, la decisión de realizar tales obras y su contratación con terceros es oponible y obligatoria para todos los propietarios (19) e implica un principio de poder de disposición sobre los departamentos privativos de la propiedad horizontal en la medida en que éstos quedan afectos a su pago, en los términos del artículo 9 de la misma Ley. Siendo ello así, teniendo la Comunidad la citada competencia para contratar tales obras de mejora y teniendo paralelamente las deudas que aquélla pueda contraer con prestamistas, constructores y proveedores con aquel objeto carácter refaccionario por su propia naturaleza, y sin necesidad de intermediación de ningún título constitutivo, no puede extrañar que al titular de tales créditos se le reconozca la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de dicho crédito en el Registro de la Propiedad. El nuevo párrafo 3.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario se limita a establecer la necesidad del acuerdo de la Comunidad con las mayorías exigidas por la Ley de Propiedad Horizontal (cfr. sus arts. 10 y 16), la justificación de la relación entre el crédito y la efectiva refacción del inmueble, exigiendo a tales efectos «la aportación de la correspondiente certificación acreditativa de la que resulte que los presupuestos de la obra, cuyo importe no podrá ser inferior al del crédito o subvención concedida, han sido aceptados por la comunidad», lo que responde a la idea de que es la efectiva inversión del crédito en la obra lo que justifica el privilegio legal reconocido a los créditos refaccionarios y, finalmente, sanciona la posibilidad de limitar la comparecencia ante el Registrador al Presidente de la Comunidad, «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal». Esto último es el lógico corolario de todo lo anterior, pues si el acuerdo es de la competencia de la Comunidad de los propietarios, y no individualmente de cada uno de éstos, aquélla deberá actuar en el tráfico a través de sus órganos de representación exterior, competencia que, como es sobrada-

(18) En caso de discrepancia sobre la naturaleza de las obras y de su carácter necesario o meramente útil, resuelve la propia Junta de Propietarios, sin perjuicio de la posibilidad de sumisión a arbitraje (cfr. art. 10.3.º) y de la posibilidad de la impugnación de los acuerdos de aquélla en los términos del artículo 18 de su Ley reguladora.

(19) Así resulta de la interpretación conjunta del párrafo final de la regla 1.ª del artículo 17 de la LPH y de los artículos 10 y 11 de la misma, este último *a sensu contrario* y para el caso de las obras necesarias para la conservación del inmueble.

mente sabido, corresponde al Presidente, pues es éste el que «ostentará legalmente la representación de la Comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten» (cfr. art. 13.3.º LPH) (20).

Finalmente, el nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario establece la forma de practicar las inscripciones desde el punto de vista de la mecánica registral, disponiendo la práctica de la anotación en el folio del edificio o finca matriz, con las correspondientes notas de referencia en los folios correspondientes a los elementos independientes. Se trata de un supuesto similar al de la hipoteca unitaria del artículo 218 del Reglamento Hipotecario (21), y responde a la lógica de la naturaleza de las obras de refacción de que se trata que afectan a los elementos comunes del inmueble, y sabido es que siendo estos anejos de los respectivos elementos privativos, ni pueden separarse o dividirse de éstos, ni se admite su gravamen o enajenación sino conjuntamente con las partes privativas de las que son anejo inseparable (cfr. art. 396 del Código Civil).

La corrección de este planteamiento ha venido a ser confirmada, como ya se dijo, por la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la que se declara que dichas innovaciones reglamentarias «ni contradicen el régimen de representación de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal ni tampoco lo establecido concordantemente en los artículos 42.8.º y 59 de la Ley Hipotecaria», llegando a tal conclusión argumentando que el artículo 13, número 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, reformada por Ley 8/1999, establece que el Presidente ostenta legalmente la representación en juicio y fuera de él en todos los asuntos que afectan a la Comunidad de Propietarios, exigiéndose por el precepto cuestionado que demuestre, mediante certificación, estar autorizado por el correspondiente acuerdo de la Junta, que es la que, conforme al artículo 14 de dicha Ley, aprueba los presupuestos y la ejecución de todas las obras de reparación de la fina ordinarias o extraordinarias.

(20) Por este motivo no se comparten las críticas que esta previsión del nuevo párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario ha merecido de algún autor (así, MARTÍNEZ SANCHIZ, *opus cit.*, pág. 161) que habla de «decisión unilateral del presidente», que no se aviene con los términos del párrafo 3.º del artículo 155 citado, que claramente exige que el presidente se encuentre «autorizado al efecto mediante acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado en la forma y con las mayorías establecidas en la Ley de Propiedad Horizontal».

(21) Analogía que viene avalada por la equivalencia de efectos legales entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca, según se deduce del párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria: «Esta anotación surtirá, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca».

7. VIGENCIA Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE CRÉDITO REFACCIONARIO

El artículo 42.8.º de la Ley Hipotecaria dispone que podrá pedir anotación preventiva de su respectivo derecho «el acreedor refaccionario *mientras duren las obras que sean objeto de la refacción*». Por su parte, el artículo 92 de la misma Ley establece que: «La anotación a favor del acreedor refaccionario caducará a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción». Uno y otro precepto vendrían a fijar el momento inicial y final, respectivamente, de la vigencia de esta modalidad de anotación preventiva. Sin embargo, ni uno ni otro se producen con especial rigor y acierto. Así, en cuanto al momento inicial en que se puede solicitar la anotación, el artículo 42.8.º lo subordina literalmente al comienzo de las obras («*mientras duren las obras*»). Sin embargo, con buen criterio la doctrina (22) admite que cabe la anotación antes de iniciarse las obras, pues hay que recordar lo antes dicho sobre que el crédito refaccionario no es sólo aquél que nace de un contrato de obra o construcción, sino cualquier otro que provea de dinero, materiales o industria destinados a la refacción de la finca gravada. Y es que lo sustancial es la idea de que para que pueda hablarse de crédito refaccionario propiamente dicho, en caso de que este nazca de un contrato distinto del de obra, se requiere el cumplimiento de dos requisitos básicos: que la relación jurídica de origen tenga como destino o finalidad, como se acaba de indicar, las obras de refacción (cfr. sentencias de 15 de diciembre de 1868 y de 5 de julio de 1875), de un lado, y que efectivamente se haya materializado la inversión prevista (cfr. sentencia de 14 de enero de 1993). Faltando este segundo requisito no se habrá producido la incorporación del valor en la cosa, que es precisamente lo que justifica la preferencia creditual reconocida en favor de dicho crédito. Entre tanto, como indica RONCESVALLES BARBER, se protege al acreedor con una medida provisional, «posible incluso desde antes de iniciar aquél el cumplimiento del contrato, que además asegura una reserva de rango a la posible hipoteca posterior: la anotación preventiva» (23). Concluye con acierto, este último autor, afirmando que es precisamente esta situación de transitoriedad la que explica la paradoja latente en este tipo de anotaciones que, de un lado, son equiparadas a las hipotecas y, de otro, no pueden acceder inicialmente al Registro de la Propiedad como tales, si bien otros autores han sugerido fórmulas alternativas como la de reconocer al acreedor refaccionario un derecho de hipoteca legal expresa (24), o bien un derecho de hipoteca convencional

(22) Vid., en tal sentido, BARTOLOMÉ NIETO (*opus cit.*, pág. 221) y RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO, en sus *Comentarios al artículo 92 de la Ley Hipotecaria*, de Editorial Edersa, Tomo VII, vol. V, Madrid, 2000, págs. 726 y sigs., entre otros.

(23) *Idem*, pág. 728.

(24) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 181.

suspensivamente condicionada a la conclusión de las obras (25), sugerencias que, no obstante, no pasan de ser formulaciones de *lege ferenda*, pero que delatan en sí mismas la tensión y paradoja latentes antes apuntadas.

Tampoco resulta pletórico de rigor y acierto el artículo 92 de la Ley Hipotecaria. Este artículo, aparentemente, establece un puro plazo de caducidad de la anotación preventiva «a los sesenta días de concluida la obra objeto de la refacción» (26). La primera cuestión que plantea la interpretación de este precepto es la de su relación con el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, al establecer el plazo máximo de caducidad de las anotaciones preventivas en cuatro años, lo que ha generado dudas sobre si este último rige también en materia de anotación preventiva de crédito refaccionario, o bien, si contando éstas con un plazo de caducidad especial en el artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el general del artículo 86 les resulta inaplicable, decantándose la reforma hipotecaria de 1998 por la primera de las posiciones apuntadas.

La cuestión expuesta ha dado lugar a posiciones enfrentadas en la doctrina. La posición mayoritaria, representada por autores como PUIG BRUTAU, COSSÍO o ROCA SASTRE, considera que el artículo 92 de la Ley Hipotecaria debe actuar sin perjuicio de los límites del artículo 86, posición que es además la asumida por la reforma del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y refrendada por la interpretación dada al último párrafo del artículo 155 del Reglamento Hipotecario reformado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, aquí comentada, al salvar de su declaración de nulidad el inciso «.../..., sin perjuicio de la duración máxima y, en su caso, de la prórroga prevista en el artículo 86 de la Ley». Esta compatibilidad entre ambos preceptos la formula BARTOLOMÉ NIETO (27), con criterio que compartimos, en los siguientes precisos términos: «el precepto reglamentario debe ser entendido con referencia al supuesto en que, habiéndose pactado un plazo de vencimiento del crédito superior al de la ejecución de la refacción (pues la especialidad del cómputo de la caducidad no es aplicable a créditos vencidos antes de la terminación de las obras) y siendo el plazo para la realización de las obras inferior a cuatro años, la anotación en este caso tendrá la vigencia máxima que establece el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, aunque dicho plazo sea inferior al del vencimiento del crédito». Dicho en otros términos, cuando el plazo de ejecu-

(25) CORDERO LOBATO, *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, pág. 94.

(26) Después veremos que solo impropiaamente se puede hablar de caducidad en este caso.

(27) BARTOLOMÉ NIETO GARCÍA, en su «Comentario al artículo 155 del Reglamento Hipotecario, modificado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en el libro colectivo *La reforma de los Reglamentos Hipotecarios y del Registro Mercantil*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pág. 225.

ción de la obra rebase el límite de los cuatro años, más sus prórrogas, del artículo 86, actuará la especialidad del artículo 92 en cuanto al plazo de vigencia de la anotación. Pero cuando dicho plazo de ejecución de las obras sea inferior, se impone el límite del artículo 86 respecto del crédito refaccionario de vencimiento posterior a dicho plazo límite (28).

Por esta vía, el párrafo 4.º del artículo 155 del Reglamento Hipotecario trataba de salvar los inconvenientes prácticos que presentan los artículos 93 a 95 de la Ley Hipotecaria en los casos de que, vencido el plazo del artículo 92, no sea exigible todavía el crédito, en cuyo caso resulta necesario proceder a una conversión de la anotación en inscripción de hipoteca, previo acuerdo entre las partes sobre la liquidación de la deuda, en cuyo defecto hay que acudir al procedimiento judicial ordinario. Pero es que en el caso de créditos y subvenciones, a diferencia de los créditos refaccionarios nacidos de un contrato de obra (que es en el que centra su atención el art. 92 LH), el plazo será siempre superior a sesenta días contados desde la conclusión de las obras y, además, no resulta necesaria la liquidación de la deuda, pues ésta se encuentra determinada o es fácilmente determinable mediante sencillas operaciones aritméticas (diversamente a lo que ocurre en los supuestos de contratos de obra, en que dicha liquidación es imprescindible). Por tanto, se trata de evitar que el deudor, mediante su negativa, fuerce a acudir a un procedimiento declarativo totalmente innecesario y desproporcionado, y pueda acudirse a la ejecución dineraria directamente, llegada la eventualidad del impago, haciendo realidad la proclamación de equivalencia de efectos entre el crédito refaccionario anotado y la hipoteca que hace el párrafo 2.º del artículo 59 de la Ley Hipotecaria.

Pero dijimos con anterioridad que, en todo caso, el plazo del artículo 92 de la Ley Hipotecaria es un plazo de caducidad impropio o, en palabras de ROCA SASTRE, «una caducidad registral impura» (29), y lo es por no tener predeterminado un tiempo de duración, como es de rigor en todo supuesto de caducidad. Esta exigencia de predeterminación cierta en los plazos de caducidad ha sido unánimemente asumida por nuestra doctrina y jurisprudencia. Lo destaca la Dirección General de los Registros y del Notariado de forma invariable desde su Resolución de 9 de noviembre de 1955, al decir que «la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada y cuya virtualidad dura sólo hasta el día predeterminado en el que se produce su extinción sin necesidad de operación registral alguna, y por ello, aunque no se haya

(28) La posición doctrinal minoritaria está representada por CHICO ORTIZ y por RONCESVALLES BARBER (*opus cit.*, pág. 733).

(29) ROCA SASTRE, *opus cit.*, pág. 43.

extendido la nota marginal correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos» (30).

Sin embargo, en el caso del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, el *dies a quo* para el inicio del cómputo de los sesenta días no es uno predeterminado, sino dependiente de la terminación de las obras de refacción, por lo cual el transcurso del plazo de caducidad, en este caso, carecerá de aquel carácter radical y automático, ya que su desenvolvimiento depende de un dato extraregistraral que resultará desconocido para el Registrador, impidiendo la cancelación de oficio. Es más, en este caso se precisará un documento que acredite el hecho determinante de la caducidad (cfr. art. 207.1 RH) para que ésta despliegue los efectos cancelatorios que le son propios a través del correspondiente certificado de arquitecto u otro perito legalmente habilitado. Ante esta anómala situación sale al paso la reforma del artículo 155 del Reglamento Hipotecario, a fin de suprimir aquel carácter de «caducidad registraral imputa» (31) mediante dotar inicialmente de *dies a quo*, predeterminado al cómputo del plazo de los sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria, al incorporarlo al documento en virtud del cual se va a practicar la anotación, fijándolo en el día del «vencimiento del crédito o del plazo expresamente previsto en la resolución por la que se otorgue la subvención para el cumplimiento de las condiciones u obligaciones que en ella se impongan», con lo cual, además, se acomoda el artículo 92 de la Ley Hipotecaria al supuesto de que el crédito refaccionario tenga su origen en un contrato distinto del de obra, superando así la limitación conceptual que sobre dicho tipo de créditos parece gravitar sobre la regulación hipotecaria de la anotación registraral del crédito refaccionario, poco acorde con nuestros antecedentes históricos, y con la interpretación mayoritaria dada a los preceptos del Código Civil relativos a estos créditos privilegiados. Repárese en que la necesidad de dar fijeza a la fecha en que el derecho anotado se debe tener por caducado es algo que trasciende al tráfico jurídico, cuya seguridad se resiente en ausencia de dicho requisito. En este sentido se ha discutido si podrá acogerse al principio de fe pública registraral el tercer adquirente o cesionario de un crédito refaccionario cuya anotación hubiere caducado por el transcurso de los sesenta días desde la terminación de las obras sin haberse hecho constar, practicado su cancelación en el Registro, polémica de resultado incierto, pero con res-

(30) Doctrina reiterada por la Resolución de 12 de septiembre de 1983 hasta las más recientes.

(31) También resulta contraria a la naturaleza de los plazos de caducidad, la prórroga que respecto del plazo de sesenta días del artículo 92 de la Ley Hipotecaria se prevé en el artículo 95 de la misma Ley, al señalar que «Las cuestiones que se susciten entre el acreedor y el deudor sobre la liquidación del crédito refaccionario o sobre la constitución de la hipoteca, se decidirán en juicio ordinario. Mientras éste se sustancie y termine, subsistirá la anotación preventiva y producirá todos sus efectos».

puesta mayoritariamente contraria entre los autores, haciendo prevalecer el dato extrarregistral de la eventual terminación de las obras, con el consiguiente perjuicio, repetimos, a la seguridad del tráfico jurídico, al quebrarse los principios legales generales sobre publicidad material y sobre inoponibilidad de lo no inscrito (cfr. arts. 38 y 32 LH), pues al cesionario del crédito refaccionario le resultará oponible la situación extrarregistral de terminación de la obra, lo que unido al transcurso del plazo de sesenta días del artículo 92, determinará la condición claudicante y estéril de su derecho, a pesar de que el Registro de la Propiedad no publique tal condición.

Acogiendo la interpretación mayoritaria apuntada, ha de aceptarse la existencia de una antinomia legal entre el artículo 92 y el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que la nueva redacción del artículo 155 del Reglamento Hipotecario resuelve favoreciendo una interpretación sistemática del artículo 92 de conformidad con los principios generales del sistema registral, por lo que no puede compartirse la declaración de infracción al principio de legalidad y consiguiente nulidad que atribuye en este punto a la reciente reforma reglamentaria la sentencia de 24 de febrero de 2000.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho

La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo (*)

SUMARIO: 1. LA TUTELA CAUTELAR EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: LA ANOTACION PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—2. PRESUPUESTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA: 2.1. LA PONDERACIÓN JUDICIAL DE INTERESES EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.2. LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO. 2.3. EL PELIGRO EN LA DEMORA. ANÁLISIS DE RIESGOS CONCRETOS. 2.4. LA CONTRACAUTELA DEL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR. 2.5. LA NECESARIA PENDENCIA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.6. QUE SE TOMA LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SOBRE FINCAS CONCRETAS Y DETERMINADAS QUE RESULTEN AFECTADAS POR EL ACTO IMPUGNADO.—3. EFECTOS DE LA ANOTACION PREVENTIVA.—4. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE ANOTACION PREVENTIVA: 4.1. LA SOLICITUD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA. 4.2. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE. 4.3. LA AUDIENCIA DE LA PARTE CONTRARIA Y DE LOS TITULARES REGISTRALES. 4.4. RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR. 4.5. RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR. 4.6. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DURANTE EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO.—5. LA ACTUACION REGISTRAL DE LA ANOTACION.—6. DURACION, PRORROGA Y CANCELACION DE LA ANOTACION. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ANOTACION.

1. LA TUTELA CAUTELAR EN LA NUEVA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: LA ANOTACION PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dedica los artículos 129 a 136 a la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo.

(*) Este trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación en Derecho Procesal, «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Incidencia en procesos de otros

Es de destacar que en su artículo 129.I se dispone que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia».

De la comparación entre la regulación anterior del proceso contencioso-administrativo y la nueva se deduce que la suspensión del acto administrativo impugnado ya no constituirá la única medida cautelar adoptable en dicho proceso, sino que en el mismo se podrán adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria (1). Así pues, se puede decir que el legislador ha establecido una cláusula general de medidas cautelares innominadas (2), lo que no excluye que

órdenes jurisdiccionales. Estudios preparatorios para su aplicación», financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (PB98-1468-C02-01).

(1) Así lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

Además, teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años y la mayor amplitud que hoy tiene el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo. No existen para ellas especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias (...).

Con anterioridad a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 180-181, ya sostenía la posibilidad de que se pudieran adoptar medidas cautelares distintas de la suspensión, argumentando que «ninguna razón de peso puede oponerse —sin volver la espalda a la Constitución— a reconocer que también los jueces de lo contencioso-administrativo pueden adoptar medidas cautelares, distintas a la suspensión, que sean necesarias para satisfacer la tutela judicial efectiva» y que «si se entiende, pues, que la tutela cautelar es una exigencia inherente a la eficacia de la justicia, no será preciso una intervención del legislador que atribuya al juez de lo contencioso una cláusula general de poderes cautelares, pues ya la tiene (...) en virtud del principio de la supletoriedad de la legislación procesal común proclamado en la Disposición Adicional sexta de la LJCA». Véanse también SUAY RINCÓN, J. J., «Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el ATS de 12 de marzo de 1989», en *REDA*, núm. 50, 1986, págs. 267-268, y RIVERO ORTEGA, R., «Medidas cautelares innominadas en lo contencioso-administrativo (Comentario al auto del TSJ del País Vasco, de 30 de abril de 1997)», en *REDA*, núm. 98, 1998, págs. 271-280.

(2) Vid. BAÑO LEÓN, J. M., «Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPI, 1999, pág. 258; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo II* (con Fernández, T.-R.), Madrid, Civitas, 1999, pág. 627; LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., «Las medidas cautelares en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *TJ*, agosto-septiembre, núms. 8-9, 1999, págs. 726, 733, 734, 740, 741 y 748; CHINCHILLA MARÍN, C., «La tutela cautelar», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M.), Valladolid, Lex Nova, 1999, págs. 571 y 574-579; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Juris-*

el juez pueda acudir, en su caso, a la medidas cautelares expresamente previstas por la normativa procesal, administrativa o no (3).

Dentro de ese grupo indeterminado de posibles medidas (efectos) cautelares, una que podrá ser adoptada por los órganos jurisdiccionales será la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, cuando en dicho recurso se ejercite una acción con trascendencia jurídico-real (4).

dicción Contencioso-Administrativa, II, Madrid, Civitas, 1998, págs. 2022-2023 y 2074; RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Colex, 1998, pág. 430; RIVERO ORTEGA, R., *Medidas...*, cit., pág. 279; CASTILLO BLANCO, F. A., «La nueva regulación de las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *RPJ*, 1998, núm. 52, págs. 301 y 313; y FALCÓN Y TELLA, R., «La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (II): el nuevo régimen de las medidas cautelares», en *Quincena Fiscal*, núm. 4, febrero, 1999, pág. 5.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional», en *RAP*, núm. 151, enero-abril, 2000, pág. 246, elogia el sistema de *numerus apertus* de medidas cautelares, pero entiende que «hubiese sido deseable (...) una enumeración de las normalmente disponibles, al menos *ad exemplum*, para no dejar al juez perplejo ante la total falta de enunciado de las medidas a su alcance, que parece apelar a su intervención personal, lo que le intranquilizará normalmente, precisamente por su buen hábito de aplicador legal. Bueno es que el legislador confíe en el juez, pero ya no es tan bueno quizá que le confíe enteramente la configuración de instituciones apenas aludidas por una rúbrica genérica. Bajo el manto de generosidad, en realidad la fórmula puede ocasionar retracción a la hora de sus aplicaciones».

(3) Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2022-2023, y CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., «Reflexiones iniciales sobre algunos problemas que plantea el nuevo régimen de las medidas cautelares en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en *RAP*, núm. 149, mayo-agosto, 1999, pág. 109.

(4) Como señala ORTELLS RAMOS, M., «La tutela cautelar en el nuevo proceso contencioso-administrativo», en AA.VV., *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Valencia, Diputació de València, 1999, págs. 75 y 90, esp. pág. 75, la técnica de establecer un sistema de medidas cautelares indeterminadas «no excluye que el juez pueda echar mano (...) de otros modelos de medidas o efectos cautelares previstos en el ordenamiento, específicamente en materia administrativa (anotaciones preventivas en Registro de la Propiedad)». También así, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 742; OSORIO ACOSTA, E., «Las medidas cautelares en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», en AA.VV., *La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Garberí Llobregat, J.), Madrid, Centro Superior de Estudios – Colex, 1999, pág. 370; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Dilex, 1998, pág. 1039; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Edersa, 1999, págs. 1017-1018; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 627.

Al estudiar la restauración del orden urbanístico infringido, ARNÁIZ EGUREN, R., «Urbanismo y Registro de la Propiedad. Especial referencia a la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución o de licencias. Requisitos para adoptar la medida cautelar o el alcance de la misma», en AA.VV., *Urbanismo II*, en *BDP CGPJ* (26/1993/ págs. 277-335. Código CA932607), pág. 20, señala que la anotación preventiva es «la respuesta registral al procedimiento de reintegración de la legalidad urbanística».

Con esta medida cautelar se trata de impedir que las transmisiones, gravámenes o modificaciones jurídico-reales que puedan derivarse de la actuación administrativa impugnada puedan dar lugar a la adquisición de derechos por terceros de buena fe, y, en consecuencia, de evitar que resulte inviable, por causas jurídicas, la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, es decir, la satisfacción en forma específica de las pretensiones formuladas contra una actuación administrativa con trascendencia registral inmobiliaria (5).

Esta anotación preventiva ya se había previsto —como se verá a continuación, para determinados supuestos específicos— pero con la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha visto ampliado considerablemente su posible ámbito de aplicación (6).

(5) ARNAÍZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 26, indica que la finalidad de esta anotación preventiva es la de cualquier anotación preventiva cautelar, es decir, «advertir a terceros adquirentes de dominio, o de otros derechos reales sobre la finca objeto de la anotación, de la existencia del proceso y de sus posibles consecuencias, que pueden llegar, incluso, a la cancelación de los asientos correspondientes a los derechos adquiridos cuando fueren incompatibles con el contenido de la sentencia firme a que hubiere dado lugar el proceso objeto de publicidad».

(6) Como señala ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 91, aunque solamente están previstas expresamente en el ámbito urbanístico, «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia».

Siguiendo a POVEDA DÍAZ, J., «Algunas ideas sobre el ámbito de la anotación de demanda», en *RCDI*, julio-agosto, 2000, núm. 660, pág. 2466, «creemos que todos éstos no son sino supuestos concretos de nuestro sistema: debe ser objeto de anotación preventiva del tipo de las de demanda toda aquella demanda contencioso-administrativa (...) cuya terminación pueda producir una alteración registral».

Contradice esta previsión la STSJ de Andalucía (Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de febrero de 2000 (BDA, m. RJCA 2000/147). Como antecedentes de esta sentencia cabe señalar que se solicitó la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que el acto objeto del mismo era la denegación presunta por un Ayuntamiento de las medidas de paralización y demolición de determinadas obras en construcción, y que dicha anotación fue denegada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (núm. 1), de Almería, argumentando que la mencionada medida cautelar resultaba impertinente por venir contemplada sólo para aquellos recursos que se interpongan con ocasión de las licencias (art. 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio). Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación, aduciendo por el apelante el carácter abierto de las medidas cautelares en la redacción que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha dado a su artículo 129.

Este recurso de apelación fue desestimado por la sentencia arriba citada, fundamentándose para ello en el hecho de que la anotación preventiva del concreto recurso contencioso-administrativo no está expresamente prevista: «Con lo anterior, también solicitaba la recurrente que entre las medidas *ad cautelam* se adoptará la que se refiere a la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad correspondiente, medida ésta con la que tampoco nos podemos mostrar de acuerdo en lo concerniente a su adopción, habida cuenta de que no está prevista entre las que es posible adoptar conforme al artículo 307 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de julio, por el que fuera aprobado el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, dado que si bien, en el apartado 6 de ese precepto se refiere a la inscripción registral de la interposición del recurso contencioso-

Antes de comenzar con el estudio de los presupuestos de esta medida, es conveniente disipar algunas dudas acerca de su naturaleza cautelar, ya que se podría pensar que la misma no es precisa ni útil, pues conforme al artículo 47 LJCA, la interposición de un recurso contencioso-administrativo se puede o se debe publicar, según los casos, «en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida», con la finalidad de que los terceros que tengan interés en el asunto puedan comparecer o intervenir en el proceso, precisamente porque dicho proceso es público y la sentencia que se dicte, de conformidad con el artículo 72 LJCA, produce *erga omnes* los efectos de la cosa juzgada, lo cual podría producir para tales personas unos efectos anulatorios de sus derechos (7).

Sin embargo, se debe destacar que «la anotación debe tener como finalidad garantizar el derecho del demandante frente a un tercero, que cabe estimar que puede crearse con especial protección, siempre que se den las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda decirse que la publicación en el Boletín Oficial de la demanda, produce la exclusión de la buena fe, ya que de este modo pudo haber conocido la existencia del recurso contencioso. Esto no es cierto, la buena fe desaparece cuando se

administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, hay que convenir que el acto recurrido y cuya ejecución pretendía suspender la recurrente no es posible inscribirlo entre ninguno de los que se recogen en dicho apartado 6 del artículo 307».

ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 91, en relación con el posible ámbito de aplicación de esta medida cautelar, señala que «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de bienes de las Administraciones Públicas».

LASO MARTÍNEZ, J. L., «Cautelas registrales para el proceso contencioso-administrativo», en *REDA*, núm. 77, enero-marzo, 1993, pág. 71, nota 1, antes de la reforma del proceso contencioso-administrativo, era partidario de que de la regulación de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo se encargara la ley procesal y no la material.

En la misma línea se manifestaban ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario (Ley del Suelo. Hipotecas)*, VII, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 60, al valorar la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el proceso contencioso-administrativo operada por la Ley del Suelo, pero destacando que «claro que puede hacerse el reproche al legislador consistente en que esa coordinación entre Registro y proceso contencioso-administrativo sólo comprenda la materia urbanística, única regulada en la Ley del Suelo, ignorando el resto de materias de las que conoce esta jurisdicción».

(7) Esta posibilidad ya la plantearon, bajo la vigencia de la normativa contencioso-administrativa anterior, CARRETERO PÉREZ, A., «Inscripciones de derechos administrativos en el Registro de la Propiedad», *RIJMJ*, núm. 318, pág. 33, y DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación registral de documentos judiciales*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 73.

conoce un hecho, no cuando puede ser conocido, pues sólo el asiento registral, supone *ex legem* el conocimiento de una situación jurídica. La ausencia de buena fe, en modo general, implica un conocimiento real y por tanto es algo positivo que debe ser probado en cada caso» (8).

Además, téngase en cuenta que la finalidad de dicha publicación es únicamente la de permitir la intervención de terceros en el proceso, y no la de enervar la fe pública registral.

2. PRESUPUESTOS DE LA ANOTACION

Al igual que sucede con todas las anotaciones preventivas de naturaleza cautelar, la adopción de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo no es automática, sino que dicha adopción se encuentra sujeta a la concurrencia de una serie de presupuestos (9).

Antes de comenzar con el estudio de los presupuestos concretos de esta medida cautelar, es conveniente realizar, de modo previo, dos precisiones:

En primer lugar, cuando la mencionada ley regula los presupuestos de las medidas cautelares, no lo hace siguiendo estrictamente los patrones clásicos que se utilizan en el proceso civil: apariencia de buen derecho, peligro en la demora y caución.

No es que estos presupuestos no sean ya necesarios o no tengan influencia alguna en orden a la adopción de la concreta medida cautelar, sino que los mismos se encuentran fuertemente matizados y condicionados por el nuevo presupuesto introducido. En concreto, por la previa y necesaria ponderación o valoración que debe realizar el órgano jurisdiccional entre todos los intereses en conflicto, es decir, entre los del administrado demandante, por una parte, y los de la Administración demandada y los de los terceros interesados en la actuación administrativa, por otra, para resolver sobre la adopción o no de la medida cautelar.

Por otra parte, a la hora de estudiar los presupuestos de las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo, habrá que integrar el régimen jurídico establecido expresamente para alguna de ellas con la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el apartado relativo a las medidas cautelares, y mantener dicho régimen jurídico en la medida que resulte compatible con dicha ley (10).

(8) DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., pág. 73, siguiendo a CARRETERO PÉREZ, A., *Inscripciones...*, cit., págs. 33 y sigs.

(9) ASÍ, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 87, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2038.

(10) En su Disposición Derogatoria primera se dispone que «quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que se opongan a la presente ley».

2.1. LA PONDERACIÓN JUDICIAL DE INTERESES EN LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El hecho de que se analice, en primer lugar, el presupuesto relativo a la ponderación de intereses se justifica por el hecho, ya apuntado con anterioridad, de que dicho presupuesto condiciona y matiza decisivamente el resto de los presupuestos que el órgano jurisdiccional debe tener presentes para resolver sobre la adopción de una medida cautelar (11).

A esta ponderación de intereses se refiere expresamente el artículo 130 LJCA, según el cual (12):

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

A mi juicio, en virtud de lo dispuesto por este precepto, se debe distinguir entre lo que es la exigencia de necesidad de la medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo para salvaguardar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria y lo que es propiamente la valoración o ponderación de los intereses en juego en orden a su adopción (13).

(11) Señala BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las medidas...*, cit., pág. 259, que «tanto el criterio del *periculum in mora* como el del *fumus boni iuris*, aunque necesarios, no son siempre suficientes para decidir al juez contencioso si debe o no conceder una medida cautelar. Puede incluso darse el caso de que concurriendo ambos criterios, siendo manifiesta la ilegalidad cometida por la Administración y patente el peligro de que se alcance una situación de hecho irreversible, razones de interés público excepcionales pueden justificar el mantenimiento de la ejecutividad de la decisión». En la misma línea, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 738, al afirmar que puede ocurrir que «concurran especiales razones de interés general que hagan ver al órgano jurisdiccional que, aun cumpliéndose las presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, en el caso concreto y motivando adecuadamente la ponderación que al respecto realiza, la concurrencia de especiales e importantes motivos de perturbación de los intereses generales o de terceros (art. 130.2 LJ 98), excluyan la adopción de la medida».

(12) En la Exposición de Motivos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se señala que, en relación con las medidas cautelares, «el criterio para su aplicación consiste en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto».

(13) Con anterioridad a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la doctrina entendía que la adopción de la anotación preventiva también requería una previa ponderación de intereses (vg. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 87).

2.1.1. *El carácter necesario de la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo para asegurar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria*

Según mi parecer, cuando el artículo 130-1 LJCA establece que «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», más que estar estableciendo un presupuesto de la tutela cautelar se está refiriendo a una característica de la misma, que no hubiera sido necesario especificar normativamente (14).

En la parte inicial de este trabajo ya puse de manifiesto que la medida cautelar debe constituir un medio necesario y adecuado para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se pueda dictar.

En el caso de la anotación preventiva de demada, para poderla calificar como cautelar es necesario que su no adopción pueda constituir un obstáculo para que la sentencia que modifique el contenido del registro despliegue plenamente sus efectos. Así, si a través de otro instrumento o sin necesidad de instrumento alguno se garantiza plenamente la efectividad de la eventual sentencia favorable, la anotación preventiva no se podrá definir propiamente como cautelar (15).

Esto es precisamente lo que se encarga de puntualizar el artículo 130-1 LJCA, al exigir al órgano jurisdiccional, en primer lugar, que examine previamente si la falta de la adopción de la medida cautelar solicitada, dejando así sin obstáculo o impedimento alguno la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada, puede «hacer perder su finalidad legítima al recurso», es decir, hacer peligrar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, y, en segundo lugar, que no adopte la medida cautelar en el supuesto de que, incluso

(14) El artículo 726.1.1.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), establece como característica de la tutela cautelar la necesidad de la medida cautelar, es decir, el «ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente».

(15) En esta línea, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., «Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Un año de aplicación en la Sala de Bilbao)», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPI, 1999, págs. 327-330), ha destacado que «en caso contrario —si las medidas precautorias se concedieran sin que exista riesgo que precaver o si su necesidad no resultara de la evaluación ponderativa de los intereses legítimos en presencia— no se estaría ante la adopción de «medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso», como la Exposición de Motivos autoriza cuando «resulte necesario», sino ante una suerte de justicia provisional que la Ley jurisdiccional no contempla ni permite».

sin adoptarla, el recurso no perdería su finalidad legítima y la efectividad de la eventual sentencia estimatoria no resultaría menoscabada (16).

También se debe señalar que este control del órgano jurisdiccional sobre la necesidad de la medida cautelar para garantizar la «finalidad legítima del recurso», en orden a la adopción de la propia medida cautelar presenta simplemente un carácter negativo, no positivo.

Dicho de otro modo, que la medida cautelar no sea necesaria para asegurar la eventual sentencia estimatoria llevará a que el órgano jurisdiccional no la adopte, pero la circunstancia de que tal medida cautelar resulte necesaria e idónea para garantizar la «finalidad legítima del recurso» no implica que el órgano jurisdiccional la pueda acordar sin más.

Presupuesta la necesidad e idoneidad de la concreta medida cautelar, para su adopción será necesario que el órgano jurisdiccional realice previamente una ponderación de todos los intereses en conflicto, es decir, tendrá que valorar si la adopción de dicha medida provoca una insatisfacción de la misma calidad y de mayor intensidad sobre los derechos e intereses tutelados por la actuación administrativa objeto de impugnación (17).

2.1.2. *La ponderación o valoración de todos los intereses en conflicto*

Del artículo 130-2 LJCA se deduce que para acordar una medida cautelar que resulte idónea y necesaria para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria, el órgano jurisdiccional deberá realizar una previa

(16) Sobre el particular, véase con mayor amplitud ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 85-86, quien recoge distintos supuestos en los que la no adopción de la medida cautelar no haría perder al recurso su finalidad legítima.

Como el mismo autor pone de manifiesto (págs. 21-22), a pesar del tenor literal del artículo 130-1 LJCA («previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto»), en esta fase no deben valorarse aún todos los intereses en conflicto.

(17) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 86.

En términos similares se manifiestan CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., págs. 567, 571, 582 y 591-594, esp. pág. 567, según la cual esta ponderación de intereses impide que «el juicio cautelar se resuelva de espaldas al interés general, tomando únicamente en consideración el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* de quien solicita la tutela cautelar frente al acto», y permite que «aun en el caso de que resultara procedente la adopción de una medida cautelar, por ser necesaria para asegurar la efectividad de la sentencia, pueda denegarse», si de la misma se deriva una perturbación grave de los intereses generales o de terceros; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045 y 2068-2069, esp. pág. 2068, al señalar que «aunque se den los demás requisitos, el órgano jurisdiccional *podrá* —por lo que apreciará discrecionalmente las circunstancias concurrentes— denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse «perturbación grave de los intereses generales o de tercero»»; y RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso...*, cit., pág. 435.

valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la cual será determinante para fijar el sentido de su resolución (18).

En este ámbito, el legislador no ha elaborado, definido y concretado la ponderación o valoración de intereses, como ocurre con otras medidas cautelares (19), sino que ha impuesto la misma al órgano jurisdiccional en función de los siguientes parámetros: en relación con el actor, por la necesidad de evitar que la no adopción de la medida haga «perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130-1 LJCA); en relación con la Administración demandada y con los terceros interesados en la actividad administrativa impugnada, por la necesidad de impedir que con la adopción de la medida cautelar se ocasione una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (art. 130-2 LJCA).

Se debe destacar aquí que «la LJCA sitúa interés público e interés privado en un mismo plano; en principio, procederá o no al otorgamiento de la justicia cautelar atendiendo únicamente a cuál es el interés preponderante, independientemente de que éste sea público o privado» (20).

Realizada esta ponderación de intereses, si de la misma se deduce que la medida cautelar puede dar lugar a una grave perturbación de los intereses generales o de terceros, se debe señalar que «no dice, sin embargo, la Ley, que cuando se den estas circunstancias haya que denegar la medida, sino simplemente que podrá denegarse. Así pues, una perturbación *grave*, y no de cualquier naturaleza o intensidad, de los intereses generales o de terceros, no tiene por qué impedir que se adopte una medida cautelar que resulta necesaria para evitar que un recurso pierda su finalidad, pero no puede descartarse que así sea, según las circunstancias del caso concreto» (21).

En relación con esta valoración o ponderación de los intereses en conflicto, y, en particular, con la determinación de cuáles son los intereses en con-

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Observaciones...», *cit.*, págs. 253-2263, critica duramente la nueva regulación de las medidas cautelares: a) Por el olvido legislativo del presupuesto del *fumus boni iuris*, que según él debe regir la adopción de toda medida cautelar. b) Por la invocación del artículo 130 LJCA a la ponderación de intereses. En cuanto a esto último advierte que esos intereses no pueden ser opuestos a la efectividad de un derecho fundamental, el relativo a la tutela judicial efectiva, salvo que esos intereses se refieran a derechos fundamentales de un tercero o que estén protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate.

(19) Vid., por ejemplo, el artículo 727-10.^o LEC, que establece una específica ponderación de intereses, al disponer que sólo se podrá solicitar la medida cautelar de suspensión de los acuerdos sociales impugnados «cuando el demandante o demandantes representen, al menos el 1 ó el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial».

(20) DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, *cit.*, pág. 1024.

(21) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, *cit.*, pág. 592. Idéntica postura expone GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, *cit.*, pág. 2069.

flicto y cuáles han de ser los criterios para efectuar tal valoración, considero oportuno seguir, por su profundidad y sistemática, la exposición que realiza ORTELLS RAMOS (22), y que se resume a continuación:

- a) Cuando la ley requiere que el sentido de la resolución sobre la medida cautelar dependa de una valoración de todos los intereses en conflicto, significa que «sólo han de tenerse en cuenta aquellos intereses jurídicos que resultan afectados por la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión procesal y que resultarán afectados también por la sentencia que resuelva sobre ésta» (23).
- b) El carácter circunstanciado de la valoración significa que la misma debe ser concreta o motivada (24), como señala la propia Exposición de Motivos, lo que implica que se deberán tener en cuenta, por un lado, «las consecuencias que tendría para cada una de tales posiciones jurídicas adoptar y no adoptar la medida cautelar, con vistas a justificar el otorgamiento de la protección provisional a aquélla de tales posiciones que representara el valor jurídico que mereciera, con preferencia, conservar la opción de una satisfacción específica definitiva» (25), y, por otra parte, «el grado de probabilidad de las perspectivas de que obtengan tutela en la sentencia definitiva las potestades, derechos o intereses afectados, a los efectos de hacer prevalecer la protección (provisional) de aquél que, de hecho y de derecho, tenga mejores perspectivas de obtener la protección judicial definitiva», es decir, el *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho (26).

(22) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76-89.

(23) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 77.

(24) Con ello se trata de rectificar la práctica jurisprudencial que, bajo la vigencia de la normativa anterior, justificaba la desestimación de las pretensiones cautelares mediante una simple alegación genérica del interés público o general que, en teoría, preside toda actuación administrativa.

(25) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 78.

(26) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 78, esp. pág. 78.

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 734-740 y 748, esp. pág. 738, también destaca, partiendo de una interpretación sistemática y finalista de los preceptos que regulan las medidas cautelares, la consideración del *fumus boni iuris* como un presupuesto de la tutela cautelar contencioso-administrativa, y señala que «para ponderar ambos intereses, el órgano jurisdiccional habrá de fundarse en la apariencia del derecho del demandante —y del demandado—. También CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., págs. 305-307, defiende que el presupuesto del *fumus boni iuris* debe estar presente en la «valoración circunstanciada de todos los intereses en presencia». RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 324-325, destaca que «en estos casos, en que concurre motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal a favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus*». DE GUAYO CASTIELLA, I. — DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1025 y 1028-1030, esp. pág. 1025, señalan que, si

El citado comentarista, aunque pone de manifiesto que ambos parámetros pueden ser alternativos, se muestra partidario de que sean parcialmente complementarios, «en el sentido de que, estableciendo como imprescindible realizar la valoración circunstanciada según su primer significado, autorice a que el pronóstico sobre el sentido de la sentencia pueda tener alguna incidencia en la resolución sobre la tutela cautelar» (27).

- c) En cuanto a los criterios de valoración que deben ser tenidos en cuenta para determinar el sentido de la resolución del órgano jurisdiccional, «unos tienen que ver con el pronóstico sobre el otorgamiento de la tutela judicial definitiva a alguna de las posiciones en litigio», esto es, con la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*; «otros, con el grado de necesidad de esa protección que tenga cada una de tales posiciones», es decir, con las consecuencias que puede tener

atendidas las circunstancias del caso concreto, es imposible determinar el interés prevalente «debe otorgarse o no la justicia cautelar solicitada en función de la apariencia de buen derecho que presente la pretensión del solicitante».

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045-2047, esp. pág. 2047, también pone de manifiesto que, aunque no se alude expresamente al presupuesto del *fumus boni iuris*, ello no implica que se pueda prescindir del mismo, pues «es un requisito que deriva de la naturaleza de la institución y de la aplicación de los principios generales». En términos similares se pronuncia TERRERO CHACÓN, J. L., «Medidas cautelares», en AA.VV., *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (dirigido por Arnaldo Alcubilla, E., y Fernández Valverde, R.), Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1998, págs. 1323-1325, quien expone diversos argumentos favorables para que el presupuesto del *fumus boni iuris* esté presente a la hora de decidir sobre la adopción de una medida cautelar.

A la misma conclusión —presencia y necesidad del *fumus boni iuris*—, pero partiendo de un razonamiento distinto, llega GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 628, al afirmar que «lo cierto es que la fórmula del artículo 130, bien interpretada, admite exactamente la misma aplicación. Cuando el precepto habla de que hay que evitar que pierda «su finalidad legítima» el recurso, obliga a un juicio de legitimidad (aparente, manifiesta, porque no puede ser otra en esa fase) de la pretensión».

Para OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 371, «la apariencia de buen derecho viene establecida en el artículo 130.1 de la LJ», en la expresión «pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», y «el juicio de probabilidad en que consiste la apariencia de buen derecho tiene lugar mediante “la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”».

En cuanto a la jurisprudencia se debe destacar que el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999, la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de septiembre de 1999, y la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 327-334), destacan que los presupuestos básicos son el *periculum in mora* y la ponderación de intereses en conflicto, pero también consideran que como factor de decantación de las dudas que plantee la mencionada ponderación resulta pertinente la aplicación del principio de la apariencia de buen derecho.

- (27) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 78.

para cada una de las posiciones jurídicas la adopción o no de la medida cautelar (28).

- d) En el supuesto de que en virtud de la ponderación de intereses no se adopte la medida cautelar solicitada, puede suceder que no sea posible una satisfacción específica de los derechos o intereses legítimos del actor en el caso de que su pretensión se haya estimado, pero siempre será posible una indemnización pecuniaria compensatoria de la imposibilidad material o legal de cumplimiento pleno de la sentencia (art. 105-2 LJCA).

Por el contrario, si adoptada la medida cautelar, posteriormente no es estimada la pretensión, serán los derechos e intereses tutelados por la actuación administrativa los que pueden haber quedado expuestos a una insatisfacción específica, total o parcial, que, en su caso, podrá ser reparada mediante una indemnización pecuniaria equivalente.

Por lo tanto, para decidir sobre la adopción de la medida cautelar, se debe determinar qué derecho o interés legítimo puede ser más adecuadamente satisfecho o indemnizado por equivalente (29).

En relación con este criterio, el citado autor sienta las siguientes reglas (30):

- En primer lugar, atendiendo a la calidad de los derechos o intereses legítimos en juego, los derechos o intereses legítimos de contenido patrimonial no son adecuadamente indemnizables, por lo que deben ser tutelados cautelarmente en detrimento de los patrimoniales.
- Los derechos e intereses legítimos de carácter patrimonial que presentan un destino concreto para satisfacer bienes jurídicos no patrimoniales cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable deben ser preferidos a los pura y simplemente patrimoniales.
- Cuando el conflicto se plantee entre derechos e intereses legítimos de contenido simplemente patrimonial, pero resulte imposible o difícil determinar su indemnización, para preferir uno de ellos frente a los otros se debe tener en cuenta el número de personas que se quedarían sin protección provisional; el grado de complejidad que presenta la evaluación de los daños y perjuicios derivados de la insatisfacción específica de unos derechos o intereses frente a la de los opuestos; la cuantía previsible de la indemnización por el sacrificio de unos derechos o intereses frente al de los otros; y la imposibilidad o dificultad

(28) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 78-79, esp. pág. 79.

(29) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 79 y 86-89.

(30) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 87-89. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2066-2067, propone el criterio de la imposibilidad o dificultad en la reparación económica del año.

de la efectividad de la indemnización en función del grado de solvencia del sujeto o de los sujetos eventualmente responsables de indemnizar (31).

Centrándome ya en la concreta medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, para realizar el juicio de ponderación de intereses, en orden a su adopción, entiendo que se deben tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La anotación preventiva de demanda en general y del recurso contencioso-administrativo en concreto, se puede catalogar como una medida cautelar de simple aseguramiento (32), que no da lugar a una satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal.

En consecuencia, esta medida constituye una de las soluciones más neutras e inocuas posibles para resolver el problema de cuál de las dos posiciones procesales debe sobrellevar el *periculum* que deriva de la mora procesal, pues ambas posiciones lo soportan de alguna forma.

Con su práctica, el actor no obtiene una satisfacción anticipada de la pretensión deducida en el proceso principal, pero ve asegurada la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

En la posición contraria, la Administración demandada y los terceros interesados en la actuación administrativa impugnada sufrirán las consecuencias que se deriven de la publicidad registral del proceso, pero, a diferencia de lo que sucede con otras medidas cautelares propias del proceso contencioso-administrativo —como la suspensión del acto o disposición impugnados—, la anotación no impide la plena ejecución de la actuación administrativa objeto de la impugnación (33).

(31) Como señalan DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1026 y 1027, respectivamente, «la indemnizabilidad del perjuicio que se pueda derivar de la pérdida de efectividad de la sentencia no debe conllevar, con carácter sistemático, la denegación de la justicia cautelar solicitada», por lo que «la adopción de la medida cautelar en los supuestos en que los perjuicios derivados del *periculum in mora* pudieran ser evaluados económicamente y, en consecuencia, indemnizados, dependerá del interés prevalente, de tal manera que si el interés prevalente es el público, el particular solicitante de la justicia cautelar verá denegada su adopción debiendo conformarse, en su caso, con una indemnización económica en resarcimiento de los perjuicios causados».

(32) Así, ORTELLS RAMOS, M., «Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil», en AC, núm. 42, 1996, pág. 933.

(33) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 72, quien señala que determinadas pretensiones pueden ser tuteladas cautelarmente mediante la anotación preventiva, sin necesidad de acudir a la medida cautelar de suspensión.

- b) De lo anterior resulta que, aunque posteriormente resulte desestimada la demanda interpuesta, la actuación administrativa impugnada habrá podido ser ejecutada en todo caso durante la pendencia del proceso, por lo que la insatisfacción de los intereses generales durante la pendencia del mismo no habrá sido excesivamente grave (34).
- c) Por regla general, la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo presupone la existencia de un conflicto entre derechos e intereses legítimos de contenido simplemente patrimonial, en el que la imposibilidad o el grado de dificultad de satisfacción específica de los derechos e intereses legítimos en juego es mayor en relación con el actor.

Téngase en cuenta que de no adoptarse la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, el actor deberá soportar el riesgo de que la eventual sentencia estimatoria no pueda ser actuada o ejecutada en forma específica, debiendo conformarse, en su caso, con una indemnización pecuniaria por equivalente.

En el lado contrario, aunque la medida cautelar se haya adoptado y posteriormente la sentencia haya sido desestimatoria, tanto la Administración demandada como los terceros interesados en la actuación administrativa impugnada, no habrán corrido el riesgo de imposibilidad de satisfacción específica, pues la anotación preventiva no imposibilita, cuando la demanda resulte desestimada, la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de la impugnación, sino que permite esa ejecución o aplicación incluso durante la pendencia del proceso.

Como máximo, la Administración y los interesados en la actuación administrativa habrán sufrido los perjuicios inherentes a la publicidad registral del proceso, pero éstos podrán ser indemnizados con la caución prestada por el actor.

- d) Es posible que en algunos supuestos el número de personas tuteladas con la anotación puede ser inferior al número de personas interesadas en la actuación administrativa (vg., la expropiación de una finca para la construcción de una carretera), pero también es cierto que una actuación administrativa puede perjudicar a una pluralidad de personas y éstas pueden impugnarla solicitando la correspondiente anota-

(34) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 569, indica que «la esencia de la tutela cautelar radica, pues, en conciliar la afectividad de la tutela judicial con la eficacia administrativa», añadiendo que se trata de «un equilibrio tan necesario como difícil de encontrar».

Por mi parte, entiendo que la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo constituye una de las medidas cautelares que mejor se aproxima a dicho equilibrio.

ción preventiva (vg., la concesión de una licencia para la instalación de una refinería de petróleo).

- e) Por último, señalar que el grado de solvencia del sujeto o de los sujetos eventualmente responsables de indemnizar, juega, en principio, en contra del actor, pues se presume que la Administración es siempre solvente.

Sin embargo, considero que este último aspecto no debe ser decisivo en relación con los apuntados anteriormente, pues, de ser ello así, la lógica conduciría a que difícilmente se pudiera obstaculizar la actuación administrativa impugnada mediante la adopción de medidas cautelares.

A modo de conclusión, y en virtud de las consideraciones expuestas, dada la idiosincrasia de la medida cautelar de anotación preventiva, me muestro partidario, *a priori*, de una orientación jurisprudencial a favor de la adopción de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, pues, como señala la propia Exposición de Motivos, «la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario».

2.2. LA SITUACIÓN JURÍDICA CAUTELABLE Y LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

2.2.1. *La situación jurídica cautelable: El objeto de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo*

Antes de precisar las diferentes situaciones jurídicas susceptibles de ser tuteladas cautelarmente mediante la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, se debe señalar que todas las pretensiones, a las que a continuación me referiré, encuentran su anclaje normativo en el artículo 31 LJCA, que contempla como posible objeto del proceso contencioso-administrativo las pretensiones de anulación de un acto o disposición y las pretensiones accesorias de tal anulación. En concreto, en tal precepto se dispone que:

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, según el capítulo precedente.

2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

A) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en general

La experiencia práctica demuestra de forma continuada que aquellas sentencias dictadas en contra de la Administración, que no se limitan únicamente a la anulación de un acto administrativo, sino que exigen de la concreta Administración condenada una actitud positiva de entregar o devolver alguna cosa, o de realizar una prestación que implique alguna modificación o alteración jurídico-real, encuentran serios obstáculos para su ejecución.

Ante tal situación, «se trata de robustecer las medidas cautelares con instrumentos efectivos que aseguren anticipadamente que en una serie de actos —los que afectan o recaen sobre bienes inmuebles—, el contenido de la sentencia que en su día se dicte podrá objetivamente ser cumplido, superando las dificultades que tal propósito por naturaleza entraña» (35).

LASO MARTÍNEZ sistematiza distintos supuestos en los que por poder resultar condenada la Administración a entregar algún bien inmueble o a devolverlo, o a realizar cualquier tipo de modificación jurídico-real, sería útil una medida cautelar como la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente (36). En concreto:

- En los procesos de reversión de expropiaciones, cuando el sujeto expropiado solicita la reversión de los bienes expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa de expropiación, y en los procesos promovidos contra la expropiación forzosa, en los que se litiga sobre la legítima existencia de la *causa expropriandi* en una expropiación abusiva, o en los que se discute la adecuada delimitación

(35) LASO MARTÍNEZ, J. L., «Las anotaciones en materia de urbanismo de la Ley 8/90», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1991, pág. 249. El mismo autor, «Registro de la Propiedad y Urbanismo», en AA.VV., *La evolución del Derecho Registral en los últimos cincuenta años*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 284, resalta que con la introducción de esta anotación preventiva se ha «abierto un campo excepcionalmente útil a favor de la sociedad en defensa de la legalidad y para la efectividad de las resoluciones judiciales», y en *Cautelas...*, cit., pág. 72, augura que esta anotación «está llamada a jugar un papel importante como instrumento especialmente reconocido para salvaguardar los derechos de los ciudadanos ante la invasión omnipresente de la acción administrativa».

(36) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., en *Las anotaciones...*, cit., págs. 249-253, y en *Cautelas...*, cit., pág. 79. En la misma línea ya se pronunció DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., pág. 71, pues «la materia contencioso-administrativa no es ajena al contenido del Registro, ya que por vía administrativa se crean, modifican y extinguen, derechos de naturaleza real inscribibles».

contenida en el proyecto de expropiación, si se considera que un bien inmueble incluido en él no forma en realidad parte del mismo, en todo o en parte, cuando la posterior disposición o transmisión de los bienes inmuebles implicados podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria frente a los terceros adquirentes (37).

- En los procesos en que se solicite la resolución de una cesión obligatoria por una cesación sobrevenida de la causa.
- En los procesos entablados en el ámbito de los actos de disposición patrimonial promovidos por quien entiende que debió ser preferido en la selección de contratistas para la venta de bienes patrimoniales contra la Administración y el adjudicatario.
- En los procesos en que se impugnan las concesiones administrativas sobre bienes inmuebles que hipotecariamente tienen la condición de fincas registrales según los artículo 31, 60 y siguientes RH; la reversión de los bienes afectos a ellas; la declaración de parcela sobrante, etc.
- En los casos en los que, en realidad, el proceso se plantea entre partes privadas, pero dicho proceso debe seguirse en vía contencioso-administrativa, a consecuencia de haber surgido el derecho impugnado de la existencia de un acto administrativo, en el que la Administración ha intervenido ejerciendo funciones arbitrales entre los particulares, al tratarse de una acción administrativa de interés público innegable.

Se trata de supuestos en los se impugnan actos de la Administración que lleva a cabo una actividad arbitral sobre bienes de propiedad privada que, por la acción transformadora derivada de la existencia de razones de utilidad social son reconfigurados por aquélla, pero sin que por ello la misma acceda al dominio.

Estos supuestos se plantean en el ámbito agrario en relación con la concentración parcelaria cuando se discuta ante los tribunales sobre la titularidad inscrita a favor del adjudicatario de la concentración por ser indebida la adjudicación (38), y principalmente en el ámbito urbanístico. Por

(37) En el supuesto contemplado por la STS (Sala 3.^a), de 18 de febrero de 1999 (BDA, m. RJ 1999/1882), se recoge un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de La Rioja, de 21 de junio de 1995, por el que se acordó la anotación preventiva de la demanda interpuesta, en la que se impugnaban unos acuerdos municipales que aprobaron definitivamente la relación concreta e individualizada de bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación.

(38) Vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 5, Pamplona, Aranzadi, 1983, págs. 782-783.

ejemplo, en la delimitación de las unidades de actuación, de ejecución o polígonos en los que se excluye indebidamente un terreno del perímetro que sería procedente; en la aprobación de los complejos procesos de reparcelación o de compensación en los que discrepan los interesados acerca de la pertenencia de una finca a la unidad reparcelable, sobre los criterios de valoración de aportaciones o de adjudicación, etc.; en la impugnación de los acuerdos de la Juntas de Compensación; en la aprobación indebida de aprovechamientos ya consumados o no pertenecientes a quien intenta su patrimonialización; en la exclusión indebida de terrenos para la distribución de beneficios y cargas nacidas del planeamiento, o en los casos de impugnación de licencias de edificación, en los que el proceso puede durar más del doble del tiempo que es necesario para conseguir la edificación y la ocupación por terceros de la obra finalizada.

En tales supuestos, «en los que se ha producido una incesante invasión de la Administración de ámbitos privados, sustituyendo en muchos casos a la jurisdicción ordinaria que inicialmente debería ser la competente, las razones de salvaguardia del interés público, justificándose en la ejecutoriedad del acto, no son tan evidentes como para proclamar a ultranza su salvaguardia. Realmente se ha producido una artificiosa publicitación de intereses privados en los que el acto previo de la Administración no tiene por qué tener una primacía absoluta cuando se sabe que no siempre tiene presentes, de manera única, criterios de legalidad.

Ciertamente que al interesado le cabe acudir solicitando de los Tribunales que adopte las medidas cautelares de suspensión de efectos del acto, por existir prejuicios de imposible o difícil reparación. Pero ello no siempre resulta eficaz porque en el acto en su conjunto pueden existir razones de interés público para mantenerlo, con lo cual la anotación puede permitir unos efectos cautelares más limitados» (39).

Dicho de otro modo, ante la interposición de recursos contencioso-administrativos con trascendencia registral, es posible la adopción de anotaciones preventivas de los mismos, trasladando al proceso contencioso-administrativo la experiencia positiva obtenida en el proceso civil con las anotaciones preventivas cautelares.

Hasta la aprobación de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990, parte de la doctri-

(39) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 250.

El mismo razonamiento recoge la STS (Sala 3.ª), de 15 de julio de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia), al establecer que «un principio de proporcionalidad aconseja eludir una medida extrema como es la suspensión de la completa ejecutividad de una modificación del plan, cuando con medidas más matizadas, como sería la simple anotación preventiva del escrito de demanda, podrían evitarse los riesgos que denuncia la parte recurrente».

na (40) y la propia DGRN (41) entendían que para la adopción y práctica de estas medidas cautelares de carácter registral en el proceso contencioso-administrativo no era necesaria una previsión expresa de las mismas, bastando la regulación contenida en el artículo 42-1 LH, con las naturales adaptaciones al mencionado proceso, a la vez que se justificaba la escasa, aunque no nula (42), utilización jurisprudencial de las anotaciones preventivas en dicho proceso en el hecho de que el artículo 42-1 LH sólo las prevé para el proceso

(40) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 251-254, quien partiendo de la generalizada y comúnmente admitida interpretación finalista del artículo 42-1 LH, consideraba, antes de la reforma del proceso contencioso-administrativo, que siempre que se ejercitara una acción, real o personal, con trascendencia real debía ser admisible la anotación preventiva de demanda, independientemente de que se realizara tal ejercicio por el cauce del proceso civil o del contencioso-administrativo. Asimismo véase, del mismo autor, *Cautelas...*, cit., págs. 79-80. Por su parte, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., «La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad», en AA.VV., *Urbanismo II*, en BDP-CGPJ (26/1993/págs. 363-384. Código CA932610), págs. 3-5, entendía que la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo podía adoptarse al amparo del artículo 221 de la Ley del Suelo de 1976, que permitía la inscripción o anotación de los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en dicha ley, conforme a lo establecido en la normativa hipotecaria, en relación con el artículo 42-1 y 10 LH.

Vid. también DE MENA Y SAN MILLÁN, J. M.^a, *Calificación...*, cit., págs. 73-75; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2021; y AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 72-73, quienes también se mostraban partidarios de ampliar el campo de actuación de la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH a todos aquellos casos en los que se ejercitara una pretensión que pudiera desembocar en una resolución con trascendencia real.

Asimismo, CAMPO CABAL, J. M., *Medidas cautelares en el contencioso-administrativo*, Bogotá, Temis, 1989, págs. 210 y sigs., se ha mostrado partidario de la aplicación de la anotación preventiva en el proceso contencioso-administrativo.

(41) Por su parte, la RDGRN de 27 de enero de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia), parece dar a entender que también es posible la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo ex artículo 42-1 LH, al establecer que con «la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda en recurso contencioso-administrativo (cfr. art. 42.1 de la Ley Hipotecaria, 307 LS), quedan suficientemente garantizados los derechos de los particulares desde la perspectiva registral».

Vid. asimismo la RDGRN de 11 de noviembre de 1998 (BDA, m. RJ 1998/8493).

(42) El AAT de Barcelona (Sala 2.^a), de 26 de septiembre de 1969 (RJC, 1970, págs. 165-169), también adoptó una anotación preventiva ex artículo 42-1 LH en un proceso cuyo objeto versaba sobre cuestiones íntimamente relacionadas con el urbanismo:

Que la Ley del Suelo vino a ser el Estatuto jurídico de la propiedad urbana, pero ni su contenido puede ser el resultado de una evolución consumada del problema actual, esencial y cambiante de la vivienda y suelo urbano, ni las razones de justicia que la inspiran, en unión de las sociales y económicas, si su preciso contenido normativo, han llegado debidamente al espíritu y conciencia popular, ni en la medida que fuera de desear, a la doctrina de los juristas, por lo que los problemas de la configuración legal de la propiedad urbana, de sus deberes y de sus limitaciones, en especial, en su relación con el Registro de la Propiedad, todos son problemas de trascendencia y difícil solución, siendo muestra los que originan

civil (43), y en la circunstancia de que cuando se discutía la legalidad del acto administrativo se podía solicitar y adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto recurrido (44).

Estando ya en vigor la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990 (Disposición Adicional décima); el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (arts. 307 y 309); y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (arts. 1-6 y 67), que contemplan la posibilidad de anotar preventivamente la interposición del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística, parte de la doctrina también apuntó, con anterioridad a la reforma del proceso contencioso-administrativo, la posibilidad de hacer extensible esta pre-

los usos provisionales, las servidumbres, los estatutos de limitaciones, establecidos por pactos entre comuneros o vecinos o del dueño primitivo del edificio o la urbanización, por ello es evidente la imposibilidad de prescindir del sistema inmobiliario registral para mantener la seguridad jurídica y de tráfico.

Que si bien la pretensión del actor puede tener su fundamento en las disposiciones de la Ley del Suelo en cuanto configura la esencia de la propiedad urbana, sus limitaciones o su indivisibilidad, condicionadas a declaraciones administrativas, no se trata de discutir su legalidad, existencia o alcance en cuanto a su contenido, que, en realidad, constituirán hechos de prueba, sino de discutir su trascendencia modificadora del derecho inscrito, tanto en relación con sus facultades en sí como con su objeto material, finca, todo ello dentro del campo de las relaciones privadas, lo que acota el problema por referirse sólo a la procedencia de la anotación preventiva pedida, por lo que dado lo prevenido en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, 139 de su Reglamento, y 78 y 79, en especial, de la Ley del Suelo, y el contenido de los documentos aportados, escrito de demanda y súplico de la misma, es obligado declarar procedente la anotación preventiva solicitada por el actor en el otrosí de su escrito de demanda.

Por el contrario, el ATS (Sala 3.^a), de 23 de mayo de 1989 (BDA, m. RJ 1989/3958), denegó una anotación preventiva cautelar en un proceso contencioso-administrativo fundamentando la decisión en el argumento formalista de que dicha anotación no estaba prevista en la LJCA.

(43) Así, el ATS (Sala 3.^a), de 23 de mayo de 1989 (BDA, m. RJ 1989/3958), que revocó la decisión de la Sala *a quo* de la Audiencia Territorial de Burgos de anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que se pretendía la anulación de una licencia municipal de construcción de un edificio, fundamentando su decisión en que el artículo 42 LH exige como requisito para que se pueda practicar una anotación preventiva que quien la solicite tenga derecho a exigirla conforme a lo dispuesto en alguna norma, «ya que no cabe librar mandamientos judiciales de anotaciones preventivas cuando las mismas no vienen autorizadas expresamente por alguna Ley según conocida doctrina de la Dirección General de los Registros».

(44) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 74 y 80, nota 5.

visión a otros ámbitos del Derecho Administrativo, con las adaptaciones necesarias (45).

En la actualidad, en virtud del artículo 129.I LJCA, cuando se interponga un recurso contencioso-administrativo en el que se ejercite una acción con trascendencia jurídico-real se podrá solicitar y adoptar su anotación preventiva.

B) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística

Tal y como se razona en el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, «la acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas. No obstante si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias, surge un punto de contacto de necesaria coordinación» (46).

(45) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo Código Penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pág. 192. El mismo autor, *Cautelas...*, cit., págs. 79-80, sostiene una opinión diversa.

(46) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, III, Madrid, Civitas, 1993, págs. 2417-2418, entiende que «si el Registro de la Propiedad es el servicio público que tiene por finalidad garantizar el tráfico jurídico sobre los bienes inmuebles y la LS tiene por objeto —según expresión de su art. 1— la ordenación urbanística, fácil es comprender la íntima conexión entre uno y otra».

FUENTES SANCHIZ, N., *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, Madrid, 1963, págs. 6-7, afirma que «las determinaciones sobre Política del Suelo (...) tienen para su desarrollo y garantía un solo instrumento adecuado: el Registro de la Propiedad. La institución, que en sus comienzos protegía al propietario frente a intrusiones en su Derecho, sirvió más tarde, acentuadamente, para asegurar el cumplimiento de las disposiciones estatales. Y hoy sirve, sin distinción, en el fiel de la balanza, el interés público y el privado. Ha pasado, además, no una, sino varias pruebas de fuego, al tener que adaptarse en el transcurso de los tiempos a las diversas circunstancias, a veces con dramáticos cambios de orientación».

Para PETREL SERRANO, J. L., «La nota marginal de la situación urbanística de las fincas en la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo», en AA.VV., *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, 1991, pág. 54, «la dificultad del tema se encuentra en el punto de partida, ya que la acción urbanística es, ante todo, una acción pública mientras que el Registro de la Propiedad nació con una finalidad muy específica en el campo del Derecho Privado, cual era de dar certidumbre a las situaciones inmobiliarias para facilitar «el crédito territorial»; ahora bien, sin duda alguna que poderosas fueron las razones que en su día motivaron el establecimiento de la institución con originarios caracteres, también lo son en la actualidad aquéllas que destacan el hecho de que la Administración Pública hoy actúa en el núcleo central del dominio definiendo su cometido, por lo que todo cuanto concierne a la ejecución

Como resaltó la RDGRN de 12 de enero de 1984 (47), «una de las materias en que es precisa la máxima coordinación entre las Instituciones afectadas es aquella que hace referencia a la constancia en el Registro de la Propiedad de las variadas situaciones urbanísticas que pueden producirse a causa de la legislación especial de urbanismo, al objeto que la función de publicidad propia de los libros registrales muestre a todos los interesados la verdadera situación jurídica en que se encuentran las fincas afectadas y que a la vez puedan conocer las consecuencias que se derivan de este tipo de actividad y se evite de otra parte —ante su no constancia— la aparición del tercero protegido por la fe pública».

Dando por sentado que «los cada día más frecuentes actos sujetos a Derecho administrativo con trascendencia en el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria determinan la posibilidad de inscripción de los mismos, con las consecuencias que ello supone (...), por la misma razón, la impugnación en vía contencioso-administrativa de aquellos actos puede dar lugar a una sentencia estimatoria que, al producir efectos jurídicos-materiales, afectará a los derechos dominicales inscritos. (...). Cuando estos actos administrativos se han dictado en el ámbito urbanístico, es evidente la posibilidad de acceso al Registro de la iniciación del proceso, al igual que la iniciación de un proceso civil» (48).

Precisamente, para garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de ese proceso y los derechos de los particulares desde la perspectiva registral (49), se ha introducido en nuestro Derecho la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística (50).

del planeamiento urbanístico está fuertemente ligado a los sistemas de publicidad inmobiliarios adoptados por el Estado para dar seguridad al tráfico jurídico, evitar las situaciones de clandestinidad que afecten a los bienes inmuebles y promover la seguridad jurídica».

(47) BDA, m. RJ 1984/5748.

(48) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2425.

(49) Vid. la RDGRN de 27 de enero de 1998 (BDAC, R14/1998, pág. 18), según la cual, con «la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda en recurso contencioso-administrativo (cfr. art. [...] 307 LS), quedan suficientemente garantizados los derechos de los particulares desde la perspectiva registral».

(50) Así, la RDGRN de 12 de diciembre de 1997 (BDA, m. RJ 1997/8823), ha admitido la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra unos acuerdos de un Ayuntamiento por los que se aprobaba la relación individualizada de los bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación sobre determinada finca registral que carecía ya de existencia tras la aprobación e inscripción del proyecto de compensación.

Vid. también las RDGRN de 23 y 24 de abril de 1997 (BDA, m. RJ 1997/3595; 3596), sobre la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que impugna el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial de ordenación, sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución, por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese plan parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias

La permanente aspiración de realizar una adecuada coordinación entre la materia urbanística y el Registro de la Propiedad se satisfizo en parte con la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990 (LRRUVS) (51).

En virtud de esta ley, todo acto administrativo que, de una u otra forma, desde luego o en lo futuro, afecte al dominio o a los derechos reales sobre bienes inmuebles, determinando su nacimiento, modificación o extinción, será susceptible de registración, dependiendo la modalidad de asiento registral del tipo de acto que tenga acceso al Registro.

Esta ley fue la primera norma de naturaleza administrativa en prever la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo. En su Disposición Adicional décima se disponía que:

Primero: Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...):

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias (...).

Tercero: (...):

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del apartado primero. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante (...).

La mencionada ley supuso un avance importantísimo al permitir la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el ámbito urbanístico, ámbito en el que se circunscriben la mayoría, aunque no todos, de los recursos contencioso-administrativos con trascendencia registral susceptibles de ser anotados preventivamente.

Con posterioridad, el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLRSOU), ha recogido, reproduciéndola prácticamente, la previsión introducida por la precedente ley (52):

correspondientes a dicha zona, cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación.

Por su parte, el ATS (Sala 3.ª), de 15 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993/2608), considera procedente la anotación preventiva del interpuesto recurso contencioso-administrativo que impugna el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial, en cuanto en el mismo se establece que la gestión del planeamiento se realizará por sistema de expropiación mediante tasación conjunta.

(51) Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2421, «la evolución de la legislación urbanística y de la hipotecaria ponen de manifiesto la tendencia a hacer realidad una coordinación tan difícil como necesaria».

(52) Se debe hacer constar que tanto el artículo 307 como el 309 de esta norma continúan vigentes según determina la Disposición Derogatoria única de la actual Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Artículo 307. Actos inscribibles:

Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad (...):

6. La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias (...).

Artículo 309. Clases de asientos (...):

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del artículo 307. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional, respectivamente (...).

No obstante la utilidad de las breves pero imprescindibles normas contenidas en la Ley 8/1990, de 25 de julio, y en el Real Decreto-ley 1/1992, de 26 de junio, era necesario un desarrollo reglamentario posterior más detallado, ya que la escueta regulación introducida planteaba serias dudas y problemas de interpretación al no establecerse un régimen jurídico ni específico ni supletorio para las anotaciones mencionadas (53).

Ese desarrollo reglamentario se ha producido con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (54).

Esta norma reglamentaria dedica los capítulos VII y VIII a la regulación de las anotaciones preventivas decretadas en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso-administrativo.

En su Preámbulo se pone de manifiesto que, en la materia que nos ocupa, «una de las finalidades perseguidas en la nueva normativa ha sido la de lograr

(53) Por ejemplo, como señalaba LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 246-247, el legislador establecía que la interposición del recurso contencioso-administrativo se haría constar mediante anotación preventiva, pero se limitaba «a utilizar una expresión de contenido y creación meramente técnico, el asiento de anotación, sin precisar a qué tipo de anotaciones se refiere de entre las varias conocidas en el Derecho Registral». Véase, del mismo comentarista, *Urbanismo...*, cit., pág. 196.

En ausencia de un desarrollo reglamentario, tampoco quedaba claro, como se estudiará más adelante, cuál era el título anotable.

(54) La propia Disposición Adicional décima (Cuarto-6) LRRUVS, ratificando la previsión ya contenida en la Ley 8/1990, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, establecía que «en el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de esta Disposición Adicional». Esa previsión se ha visto cumplida en un tiempo récord de siete años.

Esta regulación reglamentaria ha hecho realidad la previsión realizada en 1963 por FUENTES SANCHIZ, N., *En torno...*, cit., pág. 55, que en aquel entonces vaticinaba que «es de esperar que en futuras reformas del Reglamento Hipotecario —donde tiene adecuada cabida— se estructurará la técnica urbanística registral, y estamos seguros que ello ha de ocurrir sin precipitaciones y con acierto».

que el Registrador de la Propiedad pudiera ser un eficaz cooperante en materia de disciplina urbanística sin que (...) se desvirtuara su función».

En concreto, «existe la previsión legal de que pueda acceder al Registro, a instancia de los particulares, la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anotación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias» (vid., arts. 1-6 y 67 del Real Decreto 1093/1997) (55).

Además, este Real Decreto 1093/1997 ha completado la previsión de las dos normas precedentes, al disponer que no sólo será susceptible de anotación preventiva el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, sino también la demanda formulada en dicho recurso (vid., arts. 1-6 y 70) (56).

A juicio de la doctrina, en virtud del Real Decreto 1093/1997, «se recoge la auténtica anotación judicial de demanda trasladada al contencioso-administrativo» (57), siendo prueba de ello la remisión como normativa supletoria a

(55) Para GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., págs. 2425-2426, «sin que la LS lo estableciera expresamente, sería incuestionable la posibilidad de acceso a los libros del Registro de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los actos de ejecución de los instrumentos de planeamiento o de licencias, siempre que unos y otros afecten a los derechos inscritos. Sin embargo, dado su carácter normativo, no parece tener sentido el posible acceso a los libros del Registro de la iniciación de un proceso administrativo cuyo objeto es la anulación de un instrumento de planeamiento, ya que, precisamente por su naturaleza normativa, la anulación que pudiera pronunciarse en la sentencia no afectaría, en principio, a los actos que hubieran podido dictarse en aplicación del instrumento anulado (cfr. Comentario al art. 65). En todo caso, habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el número siguiente, al exigir que se concreten a «fincas determinadas»». Este mismo razonamiento es reproducido por ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 5.

Sin embargo, en contra del parecer de dicho autor, se debe tener presente que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, permite la impugnación de disposiciones generales con valor normativo y la adopción de medidas cautelares en relación con las mismas (art. 129-2).

ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho... (VII)*, cit., págs. 60-61, valoran positivamente el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, ya que a diferencia del 1-6 de la misma norma y de los preceptos legales objeto de desarrollo, no habla específicamente de petición de nulidad o anulación, sino que posibilita la anotación al «que promoviere recurso contencioso-administrativo *contra* los actos de la Administración Pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias» (la cursiva es mía).

(56) Esta previsión es criticada favorablemente por ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho... (VII)*, cit., pág. 61, quienes entienden que «debe estimarse que será posible, con la debida justificación, obtener del Tribunal que se ordene una u otra anotación o ambas de forma sucesiva sin que sea preciso que practicada la segunda tenga lugar la cancelación de la primera, pues ambas pueden tener recíproco complemento y sentido independiente, como lo prueba el hecho de que los propios preceptos reguladores para una y otra exigen debida justificación ante el Tribunal».

(57) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 246. En el mismo sentido, MANZANO SOLANO, A., *Derecho Registral Inmobiliario, II. Procedimiento registral ordina-*

los preceptos que la legislación hipotecaria dedica a la anotación preventiva de demanda, ya que ésta constituye el modelo de anotación preventiva más afín a aquélla (58).

Como se puede apreciar, se permite la anotación preventiva de aquellos recursos contencioso-administrativos en los que se ejercita una acción personal con trascendencia real inmediata, o incluso acciones personales que tienden a modificar objetivamente los bienes inmuebles implicados en el acto

rio, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1994, pág. 819.

(58) Así lo dispone su artículo 72, según el cual, «la duración, prórroga y las demás cuestiones no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demandas».

Con anterioridad a esta previsión del Real Decreto 1093/1997, la generalidad de la doctrina había defendido una aplicación supletoria de las normas dictadas para la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2431, ya sostenía que el régimen jurídico de esta anotación sería el propio de la anotación preventiva de demanda de la normativa hipotecaria. En el mismo sentido se pronunciaban DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., «Anotación de interposición de recurso contencioso-administrativo. Título inscribible», en *BCRE*, núm. 33, 1998, pág. 319, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 247 y sigs.

En espera de que el desarrollo reglamentario ofreciera el modelo de anotación preventiva de acuerdo con las pretensiones que trata de garantizar tal anotación, la jurisprudencia también intentó estudiar y considerar esta anotación desde la perspectiva del modelo más afín, como es el de la anotación preventiva de demanda del artículo 42-1 LH. De este modo se manifestó el ATS (Sala 3.ª), de 15 de abril de 1993 (BDA, m. RJ 1993/2608):

Segundo.—Por el contrario, las alegaciones de los apelantes en lo que respecta a la procedencia de su petición de inscripción en el Registro de la Propiedad de la interposición de su recurso contencioso-administrativo contra el referido acto, que la Sala de instancia también les denegó, necesariamente han de ser atendidas con la consecuente estimación de su recurso de apelación en este punto para revocar en cuanto a él el auto recurrido y decretar tal inscripción. Conduce a ello ineludiblemente lo dispuesto en el número 6 del apartado primero de la Disposición Adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, vigente ya en el momento de la interposición de dicho recurso y hoy artículo 307.6 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, sin que a lo mismo se oponga válidamente el que, como dice la resolución recurrida, la inscripción o anotación pedida no esté prevista en la legislación hipotecaria, puesto que esa Disposición Adicional reforma la Ley Hipotecaria con el rango suficiente, y si bien ni entonces ni ahora se han llevado a cabo las modificaciones del Reglamento Hipotecario para el desarrollo de tal Disposición Adicional dispuestas para en el plazo de seis meses en el número 6 de su apartado cuarto, la omisión de ello no puede erigirse en obstáculo para que lo dispuesto por Ley quede sin eficacia, pudiendo suplirse con la extensión analógica de lo dispuesto en dicho Reglamento para las anotaciones preventivas de demanda.

administrativo impugnado, siempre que tales bienes estén identificados y afectos directamente a los resultados del proceso (59).

Al respecto se argumenta que «las formas de acción administrativa y su extensión al ámbito de la acción conformadora de los derechos privados debe permitir que sean anotables también aquellas acciones que aun cuando de manera directa e inmediata no persigan la creación de un derecho real como consecuencia de la sentencia persigan, en cambio, la modificación del contenido de un acto, que, de reformarse, provocará indirectamente y de forma mediata efectos patrimoniales.

Tal es el caso, por ejemplo, de la impugnación de la indebida delimitación de una unidad de actuación por el titular de una zona verde de cesión gratuita excluido del ámbito de la misma contiguo a la zona verde. Si se impugna el acto de delimitación puede ser solicitada la anotación de la demanda sobre las fincas que integran la misma, toda vez que, de consumarse la edificación de ellas, quedaría excluida la zona verde del área de reparto, eliminándose la justa distribución de los beneficios y cargas del planeamiento» (60).

Otra específica anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo se contempla en el capítulo X del Real Decreto 1093/1997, al regular la inscripción de actos de parcelación cuando se trate de actos de división o segregación de fincas de dimensión inferior a la parcela mínima de cultivo. En concreto, en su artículo 80 dispone que:

Quando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los Registradores de la Propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente, en los términos previstos en el apartado 5 del artículo anterior. Si dicha Administración adoptase el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, remitirá al Registrador certificación del contenido de la resolución recaída. En el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión o de que la Administración agraria aprecie la existencia de alguna excepción, el Registrador practicará los asientos solicitados. En el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el Registrador denegará la inscripción. Si dicha resolución fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento.

(59) Advierte ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 28, que sólo cabrá la anotación preventiva de la impugnación de los instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias «cuando el contenido del acto de que se trate afecte a algún aspecto que tenga trascendencia en cuanto a la titularidad o al contenido de los derechos inscritos, es decir, en cuanto afecte al ámbito de los derechos reales inmobiliarios».

(60) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 254.

Por último, apuntar que existen dos supuestos en los que también podría ser útil la constancia registral de la interposición de un recurso contencioso-administrativo:

- a) En primer lugar, el artículo 61 del Real Decreto 1093/1997 prevé la posibilidad de que se interponga un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Administración que dio lugar a la anotación preventiva de expediente disciplinario (61).
- b) En segundo lugar, el artículo 64 del Real Decreto 1093/1997, al regular los efectos registrales de la terminación del expediente administrativo disciplinario en vía jurisdiccional, establece que «cuando el expediente administrativo hubiese sido recurrido en vía jurisdiccional, la sentencia, auto o resolución que ponga fin al procedimiento, dará lugar a la práctica de los asientos que la misma ordene, en los términos y con los efectos previstos en el artículo 71 para las resoluciones judiciales que pongan fin al recurso contencioso-administrativo».

Este precepto remite al artículo 71 de la misma norma, que contempla los efectos de la sentencia que ponga fin al proceso en el que se hubiera ordenado la correspondiente anotación preventiva, pero no prevé que el sujeto interesado pueda solicitar tal anotación.

Como se ha apuntado, «como el artículo 64 se remite a la *sentencia del artículo 71*, y este precepto se refiere a la *sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva*, podría interpretarse que también cabe anotación preventiva en este supuesto del artículo 64» (62).

No obstante lo expuesto, se debe advertir que no todo recurso o demanda que verse sobre cuestiones urbanísticas será susceptible de anotación preventiva. La RDGRN de 11 de noviembre de 1998 (63) ha puesto de manifiesto

(61) Para GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario (Urbanismo y Registro)*, V, Madrid, Civitas, 1999, pág. 644, «no está previsto, en este caso, que el recurrente pueda obtener anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo, pues se trataría de una superposición de anotaciones, en que no se vislumbra ningún interés específico para ello».

(62) Así, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 645, quien, no obstante, indica que «cabe dudar de la eficacia práctica de esta medida, pues a pesar de la anotación, subsistirá de momento con toda su eficacia publicitaria la nota marginal de la resolución administrativa que se trata de impugnar. Únicamente podría justificarse para publicar que la nota marginal, a su vez, no tiene una publicidad definitiva, al estar impugnada. En todo caso, cuando se dicte la sentencia correspondiente estimatoria del recurso, procederá la cancelación de la nota marginal, conforme al ya estudiado artículo 65.2 del Reglamento».

(63) BDA, m. RJ 1998/8493.

que para ello es necesario que el recurso o la demanda presenten una trascendencia jurídico-real:

Primero.—En el presente recurso se debate sobre la posibilidad de anotar una demanda y una prohibición de disponer, admitida la una y decretada la otra, en juicio de reclamación de cantidad seguido contra determinada Junta de Compensación, sobre las fincas resultantes de la aprobación definitiva del proyecto de compensación que aparecen inscritas ya a favor de personas distintas que no han sido demandadas en el procedimiento.

Segundo.—No ha de discutirse ahora si en virtud de la afección real de las fincas resultantes de la compensación al pago de los gastos inherentes al sistema de actuación seguido [cfr. art. 167.c), en relación al 157.3.º, de la Ley del Suelo vigente a la sazón] pueden o no los acreedores de la Junta de Compensación por deudas contraídas en el desempeño de su cometido obtener la anotación de la demanda y de la prohibición de disponer acordada sobre las parcelas adjudicadas.

En cualquier caso, es lo cierto que el principio constitucional de salvaguarda jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española), y los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (cfr. arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria), suponen que, en el procedimiento correspondiente, los titulares de las fincas sobre las que se pretenden practicar las anotaciones hayan sido parte con carácter personal y directo, pues, al no ser titulares pasivos de la deuda reclamada (advuértase que la Junta de Compensación, que aparece como deudora, tiene personalidad jurídica propia —cfr. art. 158.3 de la Ley del Suelo—), no tendrían legitimación ni trámite adecuado para hacer valer sus respectivos derechos. Por lo demás, tampoco cabe invocar el poder dispositivo que como fiduciaria corresponde a la Junta de Compensación sobre las fincas de los propietarios integrados en ella (cfr. art. 159.2 de la Ley del Suelo), pues, dicho poder, encaminado al cumplimiento de los fines propios de la actuación urbanística, cesan en el momento mismo en que por la aprobación definitiva del proyecto de compensación se produce el efecto subrogatorio prevenido en la letra b) del artículo 167 de la Ley del Suelo.

Tercero.—Una vez determinada que la existencia de la afección real no subsana la improcedencia de las anotaciones solicitadas, respecto de la anotación preventiva de demanda, debe confirmarse la calificación del Registrador por ser el objeto de la misma una reclamación de cantidad que no puede entenderse comprendida entre los supuestos del artículo 42.1.º de la Ley Hipotecaria, por muy extensiva que sea su interpretación.

C) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en la legislación de costas

La anotación preventiva de la demanda de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo, por parte de los particulares afectados por dicho deslinde en defensa de sus derechos, está prevista en el artículo 13.II de la Ley de Costas, de 22 de julio de 1988:

La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

A su vez, el artículo 29 del Reglamento de Costas de 1989, después de reproducir el anterior precepto de la Ley, dispone en su número segundo que:

Para la rectificación de las inscripciones registrales que resulten contradictorias con el deslinde, se aplicará el siguiente procedimiento:

a) La aprobación del deslinde será título suficiente para la anotación preventiva del dominio público sobre los bienes incluidos en aquél, cuando no hubiere sido practicada conforme a lo previsto en los artículos 12.4 de la Ley de Costas y 23 de este Reglamento.

b) La práctica de dicha anotación se notificará por el Registrador de la Propiedad a los titulares inscritos que puedan resultar afectados.

c) Si en el plazo de un año desde la notificación no se produce el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demandas derivadas de las acciones promovidas por los titulares inscritos, la anotación del deslinde se cancelará o se convertirá en inscripción, a criterio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, rectificándose las inscripciones existentes contradictorias con el dominio público conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. En otro caso se estará al resultado del juicio correspondiente.

Con esta anotación preventiva de demanda se trata de proporcionar la correspondiente publicidad registral a las acciones civiles ejercitadas sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado; acciones que según los artículos 14 de la ley de Costas, y 30 de su Reglamento, prescriben a los cinco años, computados a partir de la fecha de la aprobación del deslinde.

No obstante, la STC (Pleno), de 4 de julio de 1991 (64), declara constitucional el artículo 13 de la Ley de Costas porque «se reconoce, de modo quizá innecesario, el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, acciones que podrán ser objeto de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad», considera que tales acciones «podrán seguirse tanto en la vía contenciosa

(64) BDJC, ref.-núm. 149/1991, y, repitiendo lo dispuesto por ésta, la STS (Sala 3.^a), de 31 de marzo de 1998 (BDLLA, Jurisprudencia).

Vid. también las RDGRN de 2 y 4 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996/7344; 7346), y de 14 de octubre de 1996 (BDA, m. RJ 1996/7352).

como en la civil, aunque sólo a estas últimas se refiere el artículo 14 (no impugnado) de la misma ley».

D) La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en la legislación de aguas

La anotación preventiva de la demanda que interpongan los titulares de los derechos inscritos afectados en defensa de sus derechos contra la resolución de aprobación del deslinde de los cauces de dominio público, está contemplada en el artículo 87 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (65):

1. El apeo y deslinde de los cauces de dominio público corresponde a la Administración del Estado, que los efectuará por los Organismos de cuenca, según el procedimiento que reglamentariamente se determine.

2. El deslinde aprobado declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento.

3. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar las inscripciones del Registro de la Propiedad contradictorias con el mismo, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, siempre que haya intervenido en el expediente el titular registral, conforme a la legislación hipotecaria. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público cuando lo estime conveniente. En todo caso, los titulares de los derechos inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial.

2.2.2. *El acreditamiento de la situación jurídica cautelable:
La apariencia de buen derecho*

Aunque al *fumus boni iuris* o al acreditamiento de la situación jurídica cautelable, como presupuesto de la tutela cautelar, no se refiere expresamente ningún precepto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (66), ya se ha visto que el mismo incide doblemente en la necesaria

(65) El artículo único, apartado trigésimo primero, de esta última ley, dispone que el texto originario del artículo 87 pasa a ser su apartado 1, y crea los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

(66) La existencia de *fumus boni iuris* en la pretensión del actor implica, recíprocamente, que la actuación administrativa presenta apariencias de desconformidad a Derecho, y viceversa.

Esto se observaba claramente en el artículo 124-2 del Proyecto de la LJCA, en el que se disponía que «la adopción de medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas

valoración de intereses que debe realizar el órgano jurisdiccional para decidir sobre la adopción de la medida (67):

- a) Por un lado, el hecho de que el juicio de ponderación de intereses haya de ser circunstanciado, concreto y motivado, da lugar a que el mismo se deba realizar también «en atención a los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión que resulten acreditados» (68).
- b) Por otra parte, por la circunstancia de que «entre los criterios atendibles para determinar el derecho o interés preferentemente merecedor de la tutela cautelar deben estar, aunque no sea con carácter exclusivo, las normas materiales y, consecuentemente, el pronóstico de cuál de los derechos o intereses en conflicto será previsiblemente tutelado» (69).

En consecuencia, se debe precisar que el legislador no considera la valoración del *fumus boni iuris* como un criterio de decisión que, de concurrir en el caso concreto, determinaría la adopción de la medida cautelar, sino como

razonables sobre la legalidad de la actuación administrativa a que se refieran, y deberá fundarse en una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto». Para RIVERO ORTEGA, R., *Medidas...*, cit., pág. 279, en la primera parte de este precepto se recibía «la doctrina del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho».

(67) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 81-82.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., págs. 571 y 581-594, esp. pág. 593, pone de manifiesto que el legislador ha instaurado una concepción de la tutela cautelar basada en el *periculum in mora*, rechazando una concepción de la misma inspirada en el *fumus boni iuris*, pero se muestra crítica con tal postura, defendiendo que es necesario ponderar los tres elementos característicos de la tutela cautelar: la necesidad de ejecución del acto administrativo, el peligro de pérdida de efectividad de la tutela judicial, y las posibilidades de éxito de la demanda.

Por ello destaca que «sorprende, por ello, que el artículo 130 de la Ley, que es el precepto que define los presupuestos de la adopción de las medidas cautelares, haya omitido toda referencia al *fumus boni iuris*, porque si bien es cierto que la apariencia de buen derecho no debe ser por sí sola la causa determinante de la adopción de medidas cautelares, no lo es menos que es un criterio más, y muy importante, a tener en cuenta por el órgano judicial para fundamentar su decisión».

En la misma línea, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2045 y 2047, respectivamente, apunta que «parece evidente, sin embargo, que, pese al texto literal del artículo comentado, el órgano jurisdiccional no puede prescindir de valorar la apariencia de buen derecho» y que «es indudable que, aunque la nueva Ley tampoco alude a este requisito de las medidas cautelares, no supone que pueda prescindirse de él al decidir sobre la adopción de cualquiera de ellas. El *fumus boni iuris* es un requisito que deriva de la naturaleza de la institución y de la aplicación de los principios generales», y FALCÓN Y TELLA, R., *La Ley...*, cit., pág. 7, sostiene que «la apariencia de buen derecho —*fumus boni iuris*— puede y debe jugar un papel primordial a la hora de decretar la suspensión sin garantía».

(68) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 81.

(69) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 81-82.

un factor más en el juicio de valoración de intereses que debe fundamentar el sentido de la resolución sobre la medida cautelar (70).

Por ello, si en favor del actor existe un *fumus boni iuris*, ello no implica que necesariamente se deba adoptar la medida, pero, por el contrario, si a favor de aquél no concurre apariencia alguna de buen derecho, se deberá denegar la medida solicitada (71).

Por el contrario, el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, sí que se refiere expresamente al *fumus boni iuris*, al requerir para la adopción de la anotación por él prevista, la existencia de una «justificación suficiente» (72).

Esta justificación suficiente viene a ser el documento bastante al prudente arbitrio del juzgador a que se refiere el artículo 43.I LH, pero con la ventaja que no exige que dicho acreditamiento tenga que ser exclusivamente documental.

Esta amplitud de los medios de acreditamiento admisibles es importante, pues en los casos en que se ejerciten pretensiones de tipo impugnatorio, y, en concreto, las recogidas en el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, posiblemente no se podrá disponer de ningún principio de prueba por escrito, con independencia del papel que pueda desempeñar la certificación de dominio y cargas que se debe acompañar a la solicitud de anotación, según dispone el artículo 68 de la citada norma.

2.3. EL PELIGRO EN LA DEMORA. ANÁLISIS DE RIESGOS CONCRETOS

2.3.1. *El peligro en la demora*

El presupuesto del *periculum in mora* viene exigido, no expresamente, pero sí implícitamente por el artículo 129-1 LJCA, al disponer que «los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia», y por el artículo 130-1 de la misma norma, según el cual, «la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (73).

(70) En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 82.

(71) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 85-86.

(72) Vid., al respecto, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319.

(73) Vid. CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 305; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 254; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1022; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1322; RUIZ PINEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 324, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2061.

También en este sentido, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 1 de septiembre de 1999, y la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Admi-

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el orden procesal civil, el carácter decisivo que la valoración de los intereses en conflicto desempeña para determinar el sentido de la resolución sobre la medida cautelar, impone una concepción bilateral del peligro en la demora, ya que el artículo 130-2 LJCA impone al órgano jurisdiccional la denegación de la medida cautelar solicitada, si de ser adoptada «pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (74).

Es decir, siguiendo a ORTELLS RAMOS, «la ley no le da al peligro en la demora una funcionalidad unilateral —esto es, no considera sólo el riesgo que afecta a la posición jurídica del actor para disponer que la medida debe ser adoptada si el peligro en la demora concurre—, sino que atiende a su inevitable bilateralidad —es decir, el peligro en la demora también es operativo para la resolución de la medida si ese riesgo puede afectar a la posición jurídica del demandado a causa, precisamente, de haberse adoptado la medida cautelar—. El objetivo del juicio de valoración o ponderación es determinar cuál de las posiciones jurídicas ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal y cuál, por el contrario, ha de ser protegida frente al mismo» (75).

nistrativo), de 16 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 327-332).

Sin embargo, PECES MORATE, J. E., «Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial. Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, Centro de Documentación Judicial-CGPI, 1999, pág. 151, entiende que el artículo 130-1 LJCA impulsa a un examen, aunque sea sumario, de la cuestión de fondo, es decir, del *fumus boni iuris*.

(74) No obstante, siguiendo a LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 739, se debe destacar que, «dado que la concurrencia del interés general juega como una excepción a la adopción de una medida cautelar respecto a la cual el actor ha cumplido con las cargas que venía gravado, será la Administración la que sufra la carga de alegar y acreditar la concurrencia del interés general». En el mismo sentido se pronuncia CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 309, al señalar que deberá ser la Administración Pública quien deba demostrar la «concurrencia específica y concreta de un interés general que pueda verse afectado por la adopción de la medida» o de un interés de los terceros que puedan resultar afectados por dicha adopción.

OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 372, sostiene una concepción unilateral del *periculum in mora* centrado en la posición de las partes demandadas, al considerar que «el peligro en la demora viene recogido en el artículo 130.2 de la LJ», y que «se ha invertido el sentido que venía manteniendo en la LJ derogada en el cual los daños o perjuicios se tenían que predicar de la actuación administrativa».

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., págs. 257-258, critica que se puede denegar una medida cautelar cuando de la misma se pueda derivar una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, salvo que esos intereses se refieran a derechos fundamentales de un tercero o que estén protegidos específicamente por la concreta actuación de la Administración de que se trate, ya que en el otro lado está en juego el derecho a la tutela cautelar y, en consecuencia, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

(75) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 83.

Desde la óptica de los intereses del actor, los riesgos que trata de conjurar la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo son de dos clases (76):

- a) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica. Por ejemplo, en los procesos de reversión de expropiaciones, cuando el expropiado solicita la reversión de los bienes expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa de expropiación, ya que la transmisión de los bienes inmuebles implicados durante el proceso podría atentar contra la ejecución específica de la sentencia frente a terceros adquirentes de buena fe.
- b) Riesgos que atentan contra la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Es el caso de los procesos en que se ejercita una pretensión declarativa, solicitándose la anulación de instrumentos de planeamiento, de instrumentos de ejecución del mismo o de licencias, y determinadas consecuencias derivadas de la anulación del acto o disposición (art. 31 LJCA), en los que la eventual sentencia estimatoria podría resultar inútil porque, durante la tramitación del proceso, se hayan transmitido los bienes inmuebles afectados a terceros de buena fe.

Desde la perspectiva contraria, para determinar los riesgos que atenten contra la efectividad de la eventual sentencia desestimatoria, se deberá analizar si la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo causa una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero» (art. 130-2 LJCA), y, en concreto, si la adopción de esta medida cautelar impide que sea posible la ejecución del acto o la aplicación de la disposición objeto de la impugnación cuando sea desestimada la demanda, y produce una insatisfacción de los intereses generales durante la pendencia del proceso (77).

Como se ha visto con anterioridad, la anotación preventiva cautelar no produce dichos efectos, por lo que difícilmente causará «una perturbación grave de los intereses generales o de tercero».

Por lo general y salvo excepciones —como, por ejemplo, con la anotación preventiva cautelar— (78), no bastará con que el demandante alegue simple-

(76) ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 30, pone de manifiesto que «si no se hubiere tomado la anotación, lo que podría ocurrir, lo mismo que en el puro ámbito del proceso civil, es que, en el plazo que media desde la iniciación del procedimiento hasta la fecha de la presentación en el Registro del testimonio del fallo, hubiese surgido un tercero protegido, cuya inscripción impida la de la resolución judicial, por aplicación de los principios de fe pública, tracto sucesivo o prioridad registral».

(77) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 84.

(78) En este caso entiendo que bastará con alegar simplemente que la no adopción de la medida puede dar lugar, con relativa facilidad y automaticidad, a la aplicación del

mente que la no adopción de la medida cautelar puede hacer que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición haga perder al recurso su finalidad legítima, sino que deberá acreditar ese *periculum in mora* para que el órgano jurisdiccional adopte la medida cautelar (79).

Por su parte, la parte demandada también deberá acreditar que con la adopción de la medida cautelar solicitada pueda seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero (80).

El presupuesto del *periculum in mora* no se exige de una manera expresa por el Real Decreto 1093/1997 para la anotación preventiva de demanda, pues forma parte de la *ratio iuris* de las normas que establecen este tipo de medidas cautelares registrales (81).

Se debe destacar que aunque en algunos de los procesos contencioso-administrativos en los que se podría adoptar la anotación preventiva del recurso o de la demanda no se correría el riesgo de actualización del *periculum in mora*, pues el vigente artículo 65 de la Ley del Patrimonio del Estado prohíbe a éste promover la venta de bienes litigiosos, «podría suceder que se infringiera dicha disposición y cristalizara la imposibilidad de ejercitar el derecho de reversión o de reivindicar los bienes a terceros adquirentes de buena fe, fenómeno éste que quedaría totalmente limitado si se adoptara cautelarmente la anotación preventiva del recurso, impidiendo así el nacimiento de la buena fe registral» (82).

2.3.2. Riesgos concretos

ORTELLS RAMOS, al referirse a la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de los instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, ha destacado que «tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas

principio de fe pública registral y a la protección de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe. Véase, al respecto, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 176-179.

(79) Vid. GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1043, y DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1027.

(80) Vid. DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1027.

(81) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 176 y sigs.

(82) GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *Derecho procesal administrativo*, Valencia, Bosch, 1993, pág. 695.

contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de bienes de las Administraciones Públicas».

Al estudiar la situación jurídica cautelable se han apuntado determinadas situaciones respecto de las cuales podría ser útil la anotación preventiva del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente y se han expuesto otras situaciones respecto de las cuales la ley prevé expresamente dicha anotación preventiva.

Se trata de analizar ahora si, en determinados casos concretos, tales anotaciones contrarrestan un real riesgo de ineffectividad de la eventual sentencia estimatoria —en cuyo caso merecerían la calificación de medidas cautelares— o no neutralizan un riesgo de ese tipo, al no existir el mismo —en cuyo caso sólo cabría calificarlas de anotaciones preventivas de publicidad-noticia o de mera publicidad—.

2.3.2.1. En los procesos de reversión de expropiaciones, cuando el sujeto expropiado solicita la reversión de los bienes expropiados por la desaparición sobrevenida de la causa de expropiación

Se trata de determinar si la transmisión de los bienes inmuebles expropiados durante la tramitación del proceso por reversión podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria frente a los terceros adquirentes. Para ello se debe resolver previamente la siguiente pregunta: ¿qué ocurre respecto de los terceros hipotecarios que adquieren parcelas resultantes de una expropiación cuando se declara el derecho del sujeto expropiado a la reversión del bien expropiado?

Parte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, de acuerdo con el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), quedarían afectados por la reversión dichos adquirentes (83).

En concreto, en el artículo 69 REF, se dispone que:

1. Cuando se dé alguna de las causas legitimadoras de la reversión, procederá ésta, aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros

(83) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 85, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., págs. 249-250. El primero de los autores citados recoge distintos supuestos en los que la no adopción de la medida cautelar no haría perder al recurso su finalidad legítima, y, entre otros ejemplos, señala el caso de «reversión de un bien expropiado actualmente integrado en el dominio público, en cuanto el régimen de protección del dominio público impedirá la transmisión a tercero con el carácter de irreivindicable». El segundo sostiene que conforme al mencionado precepto, los terceros adquirentes posteriores quedarían afectados por la reversión.

adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados.

2. En todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma.

No obstante, no comparto plenamente la opinión de dicha doctrina en relación con la reversión de la expropiación y la protección de los terceros adquirentes.

Es cierto que el Reglamento de Expropiación Forzosa contempla en su artículo 69-1 una reserva autenticada, que se justifica por el hecho de que la propia naturaleza del asiento de la expropiación testimonia la eventual existencia de la reversión (84). Sin embargo, considero que se deben tener en cuenta estas precisiones:

- a) A mi parecer, el artículo 69-1 REF, que tiene carácter reglamentario, no puede prevalecer sobre una norma de rango legal que establece la protección de los terceros adquirentes de buena fe que hayan inscrito su derecho (art. 34 LH), y de ahí la utilidad de la anotación preventiva del correspondiente recurso contencioso-administrativo para que la eventual sentencia estimatoria les pueda ser oponible.
- b) Refiriéndose a la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo por reversión de la expropiación, LASO MARTÍNEZ señala que aun con la justificación anterior «no quedarían cubiertos los efectos procesales que facilita la anotación que por dar noticia inmediata del proceso en marcha da idea plena también de que no se está ante una eventual claudicación del derecho inscrito, sino ante una efectiva pretensión en curso. Esto es, aun cuando la causa de la adquisición por expropiación es oponible a terceros si el título del que tiene su origen es la expropiación, esta oponibilidad no es bastante para la eventual cancelación del asiento del tercer adquirente, porque el proceso tiene que haberse seguido contra él, o dándole audiencia, y sólo si esto se acredita la sentencia sería inscribible y aún más cancelables los asientos intermedios contradictorios, según el artículo 198 del Reglamento Hipotecario» (85).

(84) Así, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 76, quien apunta que «la oponibilidad a terceros de las acciones resolutorias puede surgir de que la causa esté anunciada en el propio régimen jurídico de la titularidad inscrita, cuando resulta embebida en el asiento, según una terminología clásica hipotecaria».

(85) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 76.

Por mi parte, tampoco puedo compartir la solución de este autor, pues entiendo que la mencionada anotación preventiva no es necesaria por simples razones de economía procesal —para evitar un nuevo proceso contra el tercer adquirente—, sino para que el resultado del proceso relativo a la reversión de la expropiación pueda ser oponible a dicho tercer adquirente (86).

La jurisprudencia no se ha pronunciado uniformemente acerca de la preferente aplicación o no del artículo 34 LH sobre el artículo 69-1 REF.

Es cierto que la jurisprudencia más antigua que se ha podido encontrar sobre la cuestión se muestra partidaria de proteger al sujeto con derecho a la reversión del bien expropiado sobre el tercer adquirente. Así, la STS (Sala 3.^a), de 21 de diciembre de 1979 (87):

Considerando.—Que la representación de «Construcciones Escolares, S. A.» que comparece en autos en concepto de coadyuvante de la Administración, abunda en las mismas alegaciones del Abogado del Estado que se recogen y desestiman en los anteriores Considerandos, añadiendo otra sobre la protección registral de los terceros adquirentes conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 37 de la LH, lo cual, según su parecer, constituye un evidente obstáculo a la eventual efectividad de la revisión declarada por la sentencia de primera instancia; punto éste también tratado y con acierto por ésta, declarando que la

(86) AVILA NAVARRO, P., *Comentarios...*, cit., págs. 72-73, se muestra partidario de permitir al propietario expropiado la obtención de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, sobre la finca inscrita a nombre de la Administración expropiante, para garantizar así, frente a tercero, el resultado del recurso.

También admiten esta anotación preventiva DE GUAYO CASTIELLA, I. — DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1017, nota 58 *in fine*, y 1022, nota 73, respectivamente, al escribir que «esta medida evitaría imposibilidades materiales y jurídicas de ejecución de sentencias, como las que suscita la reversión de los bienes expropiados que han sido adquiridos por terceros de buena fe que inscriben su derecho en el Registro», y que sin la misma se corre el peligro de que «la estimación de una pretensión declarativa de derechos —derecho a la reversión de bienes expropiados— no pudiera ejecutarse ante la existencia de terceros adquirentes de buena fe que hubieran inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad».

El ATS (Sala 3.^a), de 24 de septiembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999/7510), inadmitió un recurso de casación en el que se impugnaba un auto en el que se denegaba la adopción de la anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución de un Ayuntamiento desestimatoria de la pretensión de reversión de unos terrenos cedidos gratuitamente para la implantación de una plaza, como consecuencia de la modificación del planeamiento y posterior enajenación a una compañía mercantil, pero porque con arreglo a la normativa procesal en ese momento vigente no cabía recurso de casación en materia de medida cautelar de anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

(87) BDA, m. RJ 1979/4463. En cualquier caso, la jurisprudencia siempre ha entendido que en el expediente de reversión deben ser oídos los terceros adquirentes para aportar los datos y formular las alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma. Así, la STS (Sala 5.^a), de 14 de noviembre de 1964 (RJA, m. 1964/5043), y la STS (Sala 3.^a), de 26 de marzo de 1981 (BDA, m. RJ 1981/986), que estimaron sendos recursos de casación por infracción del artículo 69-2 REF.

circunstancia de que los bienes afectados por la reversión hayan pasado a poder de terceros no constituye tal obstáculo, tanto porque según el artículo 33 de la citada LH, la inscripción en el Registro de la Propiedad no purga de defectos ni convalida actos nulos, cuanto porque el artículo 69 del Reglamento de la L. Ex. For., con carácter cualificadamente especial dispone que procederá la reversión por consecuencia de las causas legitimadoras de ella aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la citada LH, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados.

A mi juicio, esta resolución es doblemente criticable: no sólo porque aplica un precepto reglamentario en contra de lo dispuesto por un precepto legal, sino porque desconoce el artículo 33 LH. Este precepto es de aplicación cuando es nulo el negocio jurídico entre el transmitente y tercer adquirente que inscribe. Pero en el caso contemplado el negocio entre el sujeto expropiante y el tercer adquirente es perfectamente válido, estando únicamente viciada de nulidad la expropiación.

En la misma línea se pronunció, desconociendo de nuevo el principio de jerarquía normativa, la STS (Sala 3.^a), de 3 de mayo de 1990 (88):

Cuarto.—(...) y, en fin, que la reversión, según el artículo 69, procede cuando se den las causas legitimadoras de aquélla, cual aquí ocurre, aunque los bienes hayan pasado a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, sin perjuicio del derecho de repetición de los mismos contra quien proceda, advirtiendo que los titulares actuales fueron oídos en el expediente tramitado.

Quinto.—Por mor de todo lo expuesto y toda vez que no reputamos necesario en el proceso el emplazamiento de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pues la relación expropiación-reversión afecta exclusivamente al Ayuntamiento expropiante, aunque aquélla sea titular actual de los terrenos a la que sería aplicable, como tercer adquirente, cuanto hemos consignado en el apartado anterior *in fine*, en el que también señalamos que fue oída en el expediente, en virtud de lo argumentado, decimos, deviene obligada la desestimación del recurso que decidimos y la confirmación de la sentencia apelada, aunque no son de apreciar méritos especiales para hacer pronunciamiento expreso sobre costas.

En términos similares se manifestó la STS (Sala 3.^a), de 5 de febrero de 1991 (89):

Tercero.—(...) pero es que, además, no podemos dejar de ponderar que la reversión, como institución que deja sin efecto la anterior expropiación, produce exclusivamente efectos entre la Administración expropiante y el particular expropiado, que son en verdad las partes de la relación jurídica subyacente y

(88) BDA, m. RJ 1990/3770.

(89) BDA, m. RJ 1991/721.

que, en nuestro derecho positivo, el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa declara procedente la reversión, incluso en el supuesto de que los bienes hubieran pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien proceda, y si esto es así, si procede la reversión no obstante existir terceros hipotecarios, con mayor razón habrá de darse lugar a ella cuando los bienes expropiados son parcialmente ocupados a precario merced a relaciones ajenas a la relación jurídica que integran la expropiación-reversión, de lo cual resulta que tales poseedores son extraños y no existe ni tan siquiera necesidad de que sean oídos en el expediente, audiencia prevista en el artículo 69.2 para los terceros adquirentes, en razón de que la propia naturaleza de la ocupación les veda aquella audiencia. En definitiva y en resumen, ni se ha causado la indefensión esgrimida, ni se ha quebrantado el derecho constitucionalmente reconocido a la tutela efectiva, vistos la posición del Obispado respecto que los terrenos expropiados y la propia conducta observada, falta de toda diligencia para la defensa en su caso, de sus derechos.

Estas dos últimas sentencias apoyan la segunda de mis críticas a la primera resolución citada, pues, al menos, ponen de manifiesto que la relación expropiación-reversión afecta únicamente al sujeto expropiado y a la entidad expropiante, y no al tercer adquirente, de donde se deduce que no cabe aplicar al supuesto el artículo 33 LH.

Sin embargo, es significativo que la jurisprudencia posterior ha resuelto la concreta controversia planteada pero, pudiendo haberlo hecho, no se ha pronunciado claramente sobre la cuestión que nos ocupa:

Así el ATS (Sala 3.^a), de 6 de abril de 1992 (90):

Cuarto.—La sociedad recurrente invoca como cuarto motivo del recurso el hecho de que, habiendo formulado su solicitud de reversión el 27-12-1978, la permuta de la parcela cuya reversión se pedía no se acordó por el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona hasta el año 1980, por lo que se estima que tal permuta es radicalmente nula, por cuanto tuvo una causa ilícita, por aplicación del artículo 1.275 del Código Civil. Frente a este argumento ha de significarse que para que la causa ilícita pudiese actuar, viciando el contrato, sería necesario que fuese conocida de quienes adquirieron la parcela objeto de la litis en virtud de la permuta y, en este sentido, falta cualquier elemento de prueba que permita acreditar, siquiera sea por simples indicios, que se cumplió este requisito. La cuestión se centra entonces en determinar si la adquisición de la parcela objeto de la reversión por un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es o no causa de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de 20-5-1985. El artículo 69.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa de 26-4-1957, establece que la reversión es procedente aun cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio del derecho de repetición de los

(90) BDA, m. RJ 1992/2630.

mismos contra quien proceda por los daños y perjuicios ocasionados, añadiendo el apartado 2 que, en todo caso, los terceros adquirentes tendrán derecho a ser oídos en el expediente de reversión para aportar los datos y alegaciones que consideren oportunos en contra de la misma. Ahora bien, este precepto, que tiene carácter reglamentario, no puede prevalecer absolutamente sobre lo prevenido en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, que parte del principio de que no podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causas de imposibilidad material o legal de ejecutarla, pero a continuación reconoce que este caso puede llegar a presentarse, facultando al Tribunal para que, con audiencia de las partes, acuerde la forma de llevar a efecto el fallo. La Sala entiende que en el supuesto que ahora se somete a su consideración debe tomarse como circunstancia relevante el hecho de la pequeña extensión superficial de la parcela objeto de la litis, que es sólo de 9,20 m², lo que impone que deba calificarse como inedificable y únicamente susceptible de aprovechamiento urbanístico agregándola a una finca colindante, lo que determinó que el Excmo. Ayuntamiento de Barcelona acordase su permuta en 22-12-1980. Es cierto que tal operación se llevó a cabo después de que la sociedad recurrente hubiera solicitado la reversión, pero también lo es que la resolución autorizando la permuta se adoptó antes de que se hubiese resuelto la procedencia de la reversión, lo que únicamente tuvo lugar en virtud de la sentencia de 20-5-1985, y aun antes de que se hubiese promovido el recurso contencioso-administrativo correspondiente. En suma, la aludida extensión mínima de la parcela conduce a entender que ello obligó a su permuta, lo que trae como consecuencia que nos encontremos ante el supuesto, verdaderamente excepcional, de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia de 20-5-1985, conforme al artículo 107 de la Ley Jurisdiccional, lo que a su vez determina la procedencia de desestimar este motivo del recurso.

No obstante, de este auto se deben reseñar que: a) Destaca que un precepto reglamentario no puede prevalecer absolutamente —a mi juicio, lo de absolutamente sobra— sobre lo dispuesto por un precepto legal. b) Considera que el negocio jurídico entre la entidad expropiante y el tercer adquirente no es nulo, aun teniendo una causa ilícita, pues para ello sería necesario que ésta fuese conocida por el tercer adquirente y faltan elementos probatorios que permitan acreditar, aun por simples indicios, que tuvo ese conocimiento. A mi juicio, es aquí donde juega la utilidad de la anotación preventiva del proceso por reversión.

Respecto de este auto, lo que no entiendo muy bien es por qué considera preferentemente aplicable el antiguo artículo 107 LJCA de 1956 sobre el artículo 69 REF, aduciendo el carácter reglamentario de este último, y no sigue el mismo razonamiento en relación el artículo 34 LH.

Tampoco la STS (Sala 3.^a), de 12 de febrero de 1996 (91), aclara la contradicción existente entre los artículos 34 LH y 69-1 REF:

(91) BDA, m. RJ 1996/1070.

Cuarto.—Se alega como tercer motivo de casación (art. 95.1.4.º) la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y del artículo 69 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuanto el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida entiende que la reversión *in natura* es imposible por la existencia de terceros registrales amparados por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siendo así que el artículo 69.1 del Reglamento, de 26 abril de 1957, prescribe que procederá la reversión aun cuando los bienes hayan pasado a poder de terceros adquirentes protegidos por el citado artículo 34, y añadiendo que, además, el apartado 2 del artículo 69 del texto reglamentario establece el derecho de los terceros adquirentes de ser oídos en el expediente de reversión, precepto que la sentencia combatida no ha tomado en cuenta. Efectivamente, la sentencia de 28 diciembre 1992 señala que el hecho de haberse vendido los terrenos a terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica que la reversión *in natura* de los bienes es imposible. Con ello, en nada contradice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero en cambio no tiene presente lo dispuesto en el artículo 69.1 del Reglamento expropiatorio. Ahora bien, el hecho decimosegundo del escrito de demanda no solamente indica que existen terceros adquirentes, sino que expresa claramente, sin que tal afirmación haya quedado desvirtuada o haya sido negada por la contraparte, que en el Area Residencial A, objeto de la reversión, se había iniciado la construcción de las viviendas, las cuales se encontraban en la fecha de la demanda (8 de noviembre de 1991) «totalmente acabadas». Es evidente que ello hace imposible la devolución de los terrenos sobre los que tales viviendas han sido edificadas, por lo que la sentencia de instancia ha aplicado acertadamente el artículo 66.2 del Reglamento de 1957, ordenando sustituir la reversión *in natura* por la indemnización de daños y perjuicios, con la consecuencia de que el motivo casacional no puede prosperar, porque la solución a que llegaríamos sería la misma que establece la sentencia impugnada, no teniendo virtualidad aquellos motivos de casación que, aun justificando un razonamiento desacertado de la resolución que se recurre, no pueden incidir en el resultado final a que dicha resolución conduce. Tampoco podemos estimar que exista infracción del apartado segundo del repetido artículo 69, puesto que, sustituyéndose la devolución de los terrenos expropiados por una indemnización de daños y perjuicios, los terceros adquirentes de los terrenos o de las viviendas en nada quedan afectados por el litigio ni por el fallo que se pronuncie. Procede, pues, desestimar el motivo de casación.

Por su parte, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de abril de 1999 (92), considera procedente «reconocer al actor su derecho a obtener la reversión de la parcela que reclama, abonando a la Administración su justo precio, de conformidad con los criterios que al respecto se establecen en el artículo 54 LEF, y normativa concordante, sin que pueda esta jurisdicción hacer pronunciamientos relativos a la nulidad de títulos de adquisición del dominio por parte de terceros, que competen a la Jurisdicción Civil».

(92) BDA, m. RJCA 1999/4180.

Por último señalar que la STS (Sala 3.^a), de 25 de mayo de 1999 (93), en un supuesto en el que se interpusieron dos recursos de casación contra la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Málaga), de 30 de noviembre de 1994 —que declaró el derecho a la reversión del sobrante de la parcela expropiada y rechazó hacer el pronunciamiento solicitado de nulidad de la escritura de venta de ese sobrante entre el sujeto beneficiario de la expropiación y un tercero, argumentando que la declaración de nulidad no alcanzaba la competencia de la Sala ni siquiera por vía prejudicial, pues eran muchos los problemas planteados y no podía procederse a la anulación de un contrato privado, por lo que de no ser posible la reversión se procedería a la indemnización de los daños y perjuicios—, ha estimado el recurso de casación interpuesto por el sujeto beneficiario de la expropiación y ha resuelto que el derecho de reversión ha sido reconocido indebidamente en la sentencia impugnada y que no procede la restitución *in natura* de la parcela sobrante, pues dicho derecho no procede por no ser dicha parcela susceptible de aprovechamiento urbanístico independiente.

2.3.2.2. En los procesos de impugnación de los actos de aprobación de licencias

Se trata ahora de analizar si la transmisión de bienes durante la tramitación del proceso en el que se impugna un acto de aprobación de una licencia urbanística podría atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria. Para ello se debe resolver previamente la siguiente pregunta: ¿qué sucede respecto de los terceros hipotecarios que adquieren bienes inscritos con todos los requisitos exigidos por el artículo 37 TRLRSOU, cuando se declara ilegal la licencia municipal de edificación?

El artículo 37 TRLRSOU, tratando de coordinar el Registro de la Propiedad con el urbanismo, requiere para la inscripción de las declaraciones de obra nueva que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia municipal de edificación y la expedición por el técnico competente de la certificación oportuna. De esta forma, si la licencia y la certificación son correctas, se podrá inscribir en el Registro la declaración de obra nueva con la expresión registral de que la edificación se ha realizado conforme al proyecto para el que se concedió la licencia.

Partiendo del precepto señalado, y siguiendo a GARCÍA GARCÍA, «cuando el tercero hipotecario realiza una adquisición, apoyándose no sólo en una inscripción registral, sino además en una licencia municipal de edificación o de parcelación que, con posterioridad, es declarada ilegal, sin constar

(93) BDA, m. RJ 1999/5076.

anotada ni inscrita la declaración de nulidad de dicha licencia», «dado el supuesto de *nulidad* que se plantea en este caso y la *confianza del tercero hipotecario* no sólo en la apariencia de legalidad que resulta de los asientos del Registro, sino también en la apariencia de legalidad de los actos administrativos, habría base para defender en este supuesto especial la protección del tercero hipotecario del artículo 34 LH, frente a la nulidad de la licencia, enfocando la cuestión no como el mantenimiento de una edificación ilegal a ultranza, sino sobre la base de necesidad de indemnizar al tercero hipotecario, si se pretende demoler su edificación» (94).

El problema se plantea como resultado de la comparación de los artículos 40 y 41 TRLRSOU. Mientras el primer precepto señalado contempla el supuesto de licencia ilegal, el segundo se encarga del de la licencia que ha dado lugar a un exceso de aprovechamiento pero que es conforme con la ordenación urbanística.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 41 TRLRSOU, el tercero del artículo 34 LH queda indemne y protegido frente a una licencia que sea declarada con exceso de aprovechamiento, aun siendo conforme con la ordenación urbanística. Pero el artículo 40 de la misma norma guarda silencio en el supuesto de licencia ilegal respecto de los terceros de buena fe amparados por la protección registral.

En el supuesto de que sea declarada ilegal la licencia, el propietario del terreno que obtuvo la licencia no es tercero protegido y, por consiguiente, por aplicación del artículo 40-1 TRLRSOU, «la edificación realizada al amparo de licencia, posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno» (95).

(94) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario (El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad)*, II, Madrid, Civitas, 1993, págs. 216-218, esp. pág. 216.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica...*, cit., págs. 64-65, recoge un supuesto práctico en el que se practicó la anotación preventiva de una sentencia firme que declaraba la nulidad de una licencia urbanística, pero sólo en relación con los propietarios que habían intervenido en el proceso. Como señala dicho autor, «efectivamente, respecto a los terceros que no han intervenido en el juicio no cabe constancia de anotación preventiva, pues han sido ajenos a la declaración de nulidad. Pero respecto a los que han intervenido, la constancia de tal extremo es importante para evitar que surjan nuevos terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 LH, pues, caso de que el Ayuntamiento inste la correspondiente expropiación forzosa del edificio por razones urbanísticas, la indemnización será diferente según el piso haya o no ingresado en el patrimonio del propietario a efectos urbanísticos, pues, en cuanto a los que han intervenido en el proceso y sucesivos adquirentes en que conste la anotación, la indemnización no comprenderá la parte correspondiente a la edificación. Y lo mismo si se insta un expediente de demolición».

(95) Como señala LASO MARTÍNEZ, J. L., «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, de 25

Pero, ¿qué pasa con los terceros adquirentes? En este caso, dos órdenes jurídicos entran en contradicción: «el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, exige la protección del tercero y sacrifica a veces derechos patrimoniales legítimos si se dan las condiciones de protección; el orden administrativo y urbanístico exige, en materia de disciplina urbanística, la defensa a ultranza de la legalidad basada, además, en la autotutela de la Administración para su restablecimiento» (96).

El comentado silencio del artículo 40 TRLRSOU —sobre todo si se tiene en cuenta, *a sensu contrario*, la previsión expresa contenida en el precepto siguiente para la protección de los terceros— ha dado pie para que una parte de la doctrina defienda la tesis de que los terceros hipotecarios han de quedar afectados por la declaración de ilegalidad de una licencia, aunque no resulte del Registro, es decir, aunque no se haya anotado el proceso de impugnación correspondiente o inscrito la declaración de nulidad de la licencia. LASO MARTÍNEZ, aun con dudas y aportación de argumentos en sentido contrario, es un claro exponente de esta doctrina, que se resume en los siguientes argumentos (97):

- a) «A favor de su vinculación por la nulidad está el argumento de que la inscripción supondría la quiebra de la legalidad, haciendo que actos ilícitos perdurasen por el mero hecho de haberse conseguido la inscripción, ya que tanto los principios de igualdad como de seguridad jurídica lo son de acuerdo con la ley, pero no frente a ella. A su vez, que del texto de 1990 no se deduce la derogación de la subrogación legal del artículo 88. Por fin, los artículos 27 y 28 de la nueva Ley —los arts. 40 y 41 TRLRSOU— (98): el primero, porque declara que “no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno” la edificación realizada al amparo de licencia “posteriormente declarada ilegal”, y el segundo, porque deja sólo indemne al tercero hipotecario en el caso de edificaciones amparadas en licencia conforme con la ordenación urbanística, pero que excede “de la correspondiente al aprovechamiento urbanístico a que tiene derecho su titular”».
- b) «Quizá por ello la contradicción es más aparente que formal, ya que la prevalencia de los efectos del Registro, en aras del principio de seguridad jurídica, se hace en relación con conflictos de derecho

de julio de 1990», en *RCDI*, noviembre-diciembre, 1990, núm. 601, pág. 543, «es evidente que, de no existir terceros, por estar únicamente inscrita la obra nueva a favor de quien la hizo, respecto a él, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no convalida el acto nulo, sin perjuicio de las responsabilidades que frente a él se contraigan por la anulación».

(96) LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 544.

(97) LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., págs. 543-545.

(98) La inserción de los guiones es mía.

de contenido patrimonial paralelo. Tal sería el caso, incluso en la relación con la Administración, en el supuesto de embargos por débitos fiscales no anotados frente al tercer adquirente posterior. Pero no existe igual simetría cuando, de un lado, está un interés patrimonial de conservar un bien y, en el otro, un pronunciamiento judicial o administrativo del que resulta que tal bien es ilícito y contrario al principio de legalidad. El orden público parece demandar, en tales casos, que prevalezca la legalidad material, incluso frente a terceros, sin perjuicio de que éste tenga derecho a ser compensado por la ruptura de la apariencia de legalidad resultante de la licencia indebida e incluso de la negligencia de la Administración, al menos, que pudiendo utilizar las medidas cautelares de aviso a los terceros no lo hizo».

Por el contrario, GARCÍA GARCÍA expone diversas razones a favor de la protección de los terceros adquirentes (99):

- a) Ante todo, «el artículo 40 se refiere exclusivamente al *propietario del terreno*, que es “parte” respecto a la licencia ilegal concedida. En cambio, *los adquirentes de ese propietario son terceros a los que no se refiere el artículo 40 del Texto refundido, sino en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, que es de general aplicación en estos casos».
- b) En segundo lugar, «tanto el artículo 40.1, al aludir a que la “resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad *para su debida constancia*”, como el artículo 307 en sus números 6 y 7, al prever como actos inscribibles la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de licencias y las sentencias firmes en que se declare la anulación de las mismas, significan, si es que han de tener algún sentido, que han de sujetarse a los efectos previstos en la legislación hipotecaria. Y así resulta, efectivamente, del artículo 309 del propio Texto refundido, pues, a diferencia de las *notas marginales*, a las que se *asigna el mero efecto de dar a conocer la situación urbanística de las fincas, las inscripciones y anotaciones preventivas siguen las reglas y efectos ordinarios al no hacerse ninguna salvedad*».
- c) En tercer lugar, «*el silencio del artículo 40, en relación con los terceros del artículo 34 LH, debe llenarse a través de otros preceptos, que son:*

(99) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho... (II)*, cit., págs. 451-455, esp. págs. 454-455. Algunos de estos argumentos ya habían sido apuntados por el propio LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 544.

- *El propio artículo 34 LH*, que es el precepto específico sobre esta cuestión, y del que resulta la plena protección a los terceros cuando en el Registro no conste la causa de la nulidad que se decreta. Precisamente, la forma de hacer constar la nulidad es a través de la anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la inscripción de la resolución administrativa o judicial que declare la nulidad de la licencia (arts. 40.1 y 307, núms. 6 y 7).
- *También está el importantísimo artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo*, que dice: «Las facultades de anulación y revocación no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias, *su ejercicio resultase contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes*». En el presente caso, nos parece bastante claro que la anulación de la licencia en perjuicio de terceros *va en contra de una «ley»*, la Ley Hipotecaria, que *protege el derecho de esos terceros*. Y además, *va en contra de la equidad*, pues dichos adquirentes de buena fe no tienen ninguna culpa de la ilegalidad de la licencia, y sería poco equitativa la demolición y desalojo del edificio en perjuicio de ellos.
- Por otra parte, si cuando la Administración urbanística no ejerce las medidas de protección de la legalidad urbanística en el plazo de cuatro años, ya no cabe, *en general*, la demolición de lo edificado, el caso ahora planteado *es más grave que el del transcurso de los cuatro años, pues hay terceros de buena fe, y encima con una doble situación de negligencia*: al concederse una licencia ilegal, y al no inscribirse o anotarse el acto de anulación de tal licencia o la pretensión de tal anulación.
- En fin, *el artículo 41 del Texto refundido*, transcrito anteriormente, aunque hemos visto que se refiere a un *distinto supuesto*, es más bien *un argumento de analogía* en relación con el caso del artículo 40, *en lo que se refiere a terceros*, pues en cuanto a la protección de éstos, existe la misma ratio en uno y otro caso».

Para concluir, GARCÍA GARCÍA entiende que «la supuesta contradicción entre el orden registral, fundado en el principio de seguridad jurídica, y el orden administrativo de disciplina urbanística, que señala LASO, ha de resolverse en consecuencia sobre las siguientes bases:

- *Protección al tercero hipotecario* como titular *a non domino* de bienes que han ingresado en su patrimonio conforme al artículo 34 LH, aunque no hayan ingresado, a efectos urbanísticos, en el patrimonio de su

transmitente, el propietario del terreno, pues ése es el supuesto del citado artículo 34.

- *Posibilidad de que la Administración urbanística restablezca la legalidad infringida, pero a través de un expediente de expropiación forzosa o de demolición en que no se prescinda de los valores del inmueble adquirido por el tercero en la realidad, sin perjuicio de que dicha Administración pueda ejercitar al mismo tiempo una acción personal de reclamación dineraria contra el vendedor de los pisos, antiguo propietario del terreno, por no ser tercero, exigiéndole la cantidad que exceda de la que la Administración hubiera tenido que pagar por existir tales terceros. Y ello por analogía con el supuesto del artículo 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y por aplicación de la normativa del enriquecimiento injusto, atendiendo a que el propietario ha vendido un bien que en parte —en cuanto a la edificación— no había ingresado en su patrimonio (art. 40.1)».*

Personalmente, me muestro partidario de la protección del adquirente en cuanto tercero hipotecario, y de ahí la utilidad, como medida cautelar (100), de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo de impugnación de los actos de aprobación de licencias, para que la eventual sentencia estimatoria afecte también a dichos terceros.

2.3.2.3. En los procesos de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo-terrestre

La anotación preventiva de la demanda de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde sobre el dominio público marítimo-terrestre, por parte de los particulares afectados por dicho deslinde en defensa de sus derechos, está prevista en el artículo 13.II de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988.

(100) En contra, LASO MARTÍNEZ, J. L., *La inscripción...*, cit., pág. 545, quien no considera esta anotación una medida cautelar, pero entiende que la misma cumple una función de economía procesal, al no ser entonces necesario un nuevo proceso contra los adquirentes legalmente sujetos a los efectos de la resolución judicial que declare la ilegalidad de la licencia: «En todo caso (...) la anotación (...) del proceso contencioso no es de mera noticia para terceros de su existencia. Sirve también para trasladar a los eventuales adquirentes posteriores la carga de acudir al proceso y releva al actor de la necesidad de incoar nuevo proceso contra ellos, aunque estén sujetos legalmente a los efectos de la resolución administrativa o judicial, frente al riesgo de que, por no constar la anotación, estuviera indebidamente formulada la relación jurídica procesal, dada la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha declarado insuficiente el llamamiento por edictos de la Ley de Jurisdicción contenciosa y exige la citación de quien esté interesado en el mantenimiento del acto».

Por su parte, el artículo 29 del Reglamento de Costas de 1989, contempla los efectos de dicha anotación preventiva, disponiendo que «si en el plazo de un año desde la notificación no se produce el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demandas derivadas de las acciones promovidas por los titulares inscritos, la anotación del deslinde se cancelará o se convertirá en inscripción, a criterio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, rectificándose las inscripciones existentes contradictorias con el dominio público conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. En otro caso se estará al resultado del juicio correspondiente».

A mi juicio, esta anotación preventiva no puede calificarse propiamente como medida cautelar, pues su no adopción no constituirá un peligro para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

Es cierto que si dicha anotación no se practica en el Registro, la Administración podrá cancelar la anotación del deslinde o convertirla en inscripción, rectificando las inscripciones existentes contrarias con el dominio público. Pero si en el proceso en cuestión se dicta una sentencia estimatoria, no habrá dificultad alguna para su efectividad, por ser imposible la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, ya que el artículo 7 de la Ley de Costas dispone que «conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre, definidos en esta Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

Dicho de otro modo, como no puede aparecer ningún tercero protegido (101), si la sentencia estima la impugnación del deslinde no habrá ningún obstáculo para rectificar el registro conforme con lo previsto en la legislación hipotecaria, es decir, para cancelar el asiento practicado a favor de la Administración y para practicar una inscripción de dominio a favor del impugnante que ha visto reconocido su derecho.

2.3.2.4. En los procesos de impugnación contra la resolución aprobatoria del deslinde de los cauces de dominio público

La anotación preventiva de la demanda que interpongan los titulares de los derechos inscritos afectados en defensa de sus derechos contra la resolución de aprobación del deslinde de los cauces de dominio público, está con-

(101) Señala GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho... (II)*, cit., pág. 473, que «al ser de dominio público la zona marítimo-terrestre, según la Constitución Española (art. 132) y ser los bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables, *no caben derechos privados sobre dicha zona, que tampoco cabría consolidar a través de inscripciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. Más que una excepción al artículo 34, se trata de un supuesto en que por definición no puede operar el artículo 34».

templada en el artículo 87 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (102).

Repitiendo el argumento expuesto en el apartado anterior, también aquí hay que señalar que la mencionada anotación no cumple una función cautelar, pues según el artículo 2-c) de la Ley de Aguas, «constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley (...) los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas», y de acuerdo con el artículo 132-1 CE, los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

2.3.2.5. Conclusión

A la vista de lo expuesto, podemos concluir que la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo única y propiamente desempeñará una función cautelar en aquellos supuestos en que como consecuencia de la actuación administrativa puedan surgir terceros adquirentes —distintos de la Administración— protegidos por el principio de fe pública registral, es decir, cuando exista el *periculum in mora* de aparición de terceros adquirentes protegidos que pueda atentar contra la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.

En los restantes casos —ya que según el art. 132-1 CE, los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables—, dicha anotación preventiva, de ser adoptada, únicamente desempeñará una función de publicidad o de publicidad-noticia.

Sentado esto, podemos concluir lo siguiente:

- a) El órgano jurisdiccional únicamente deberá acordar una anotación preventiva cuando la misma resulte procedente, esto es, cuando vaya a desempeñar una función cautelar en garantía de la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.
- b) En los casos en que la anotación preventiva solicitada no tenga una utilidad cautelar, el órgano jurisdiccional deberá denegar su adopción, salvo en los supuestos en que expresamente esté prevista por la ley, en cuyo caso, de ser acordada, cumplirá una función de publicidad o de publicidad-noticia, sin perjuicio de los efectos legalmente previstos —en todo caso, no cautelares— que se deriven de su práctica.

(102) El artículo único, apartado trigésimo primero, de esta última ley, dispone que el texto originario del artículo 87 pasa a ser su apartado 1, y crea los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

2.4. LA CONTRACAUTELA DEL SOLICITANTE DE LA MEDIDA CAUTELAR

A la caución se refiere el artículo 133 LJCA, al disponer que:

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente (...).

En el propio Preámbulo del Real Decreto 1093/1997 se destaca que «la anotación preventiva en estos casos ha de estar rodeada de las necesarias cautelas a fin de evitar que la actuación pública se resintiere injustificadamente, por ello se establece (...) que los Tribunales deban exigir caución adecuada».

En efecto, el artículo 67 de la mencionada norma dispone, para la práctica de la anotación preventiva, que, quien promueva recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración pública, deberá ofrecer una «indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse, en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación» (103).

En relación con este mismo presupuesto, el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, establece que «será requisito para la práctica del asiento (...) la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior», y el artículo 69 del mismo prescribe que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigne literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, en su caso, la caución correspondiente».

Los anteriores preceptos introducen un régimen jurídico para la caución que se puede concretar en los siguientes aspectos (104):

(103) En relación con este Real Decreto, BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las medidas...*, cit., pág. 266, advertía que «es lógico para prevenir el uso torticero de los recursos contenciosos en materia urbanística, pero cuya legalidad es más que discutible al no tener base bastante en la Ley Hipotecaria y suponer una mediatización de las potestades del Juez o Tribunal de lo contencioso».

(104) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 647, para quien «en esta regulación reglamentaria del requisito de la caución se ha tenido en cuenta la analogía con lo dispuesto para anotaciones de demanda, en general, en el artículo 139.1 del Reglamento Hipotecario».

Sobre el presupuesto de la caución, puede consultarse, con mayor profundidad, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 180 y sigs.

- a) Obsérvese que el legislador ha elaborado una escala sobre la intensidad de los perjuicios que pueda causar la adopción de la medida cautelar, intensidad que puede condicionar la adopción de la medida o la necesidad de que el actor preste una contracautela.

Si la adopción de la medida cautelar puede dar lugar a una «perturbación grave de los intereses generales o de tercero», el órgano jurisdiccional deberá denegarla (art. 130-2 LJCA). Por el contrario, si de su adopción pueden derivarse «perjuicios de cualquier naturaleza», la concreta medida cautelar podrá ser concedida pero con contracautelas (art. 133-1 LJCA) (105).

- b) El previo ofrecimiento de caución por el sujeto solicitante de la anotación preventiva constituye un requisito formal, que difícilmente condicionará que el órgano jurisdiccional resuelva sobre la adopción de la medida y se pronuncie, en caso afirmativo, sobre la exigencia de caución (106).

No obstante, la previsión de este ofrecimiento puede ser oportuna para que el actor muestre sus preferencias sobre la clase de caución a prestar, y justifique el importe propuesto.

- c) La exigibilidad de caución es potestativa y discrecional para el órgano jurisdiccional («podrá exigirse» y «en su caso», establecen los artículos transcritos), en función de la apreciación que realice acerca de si la actuación de la medida puede ocasionar daños o perjuicios para el interés público o para terceros (107).

La imposición de la caución la puede realizar el órgano jurisdiccional de oficio, sin que sea necesaria al efecto la previa solicitud de la parte demandada (108).

(105) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 76 y 87.

(106) Así, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 9.

(107) Con anterioridad a esta norma, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, sostenía que debía ser siempre necesaria la prestación de la caución correspondiente, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 87-88, defendía la conveniencia de la caución, pues aunque la anotación preventiva no impide la ejecución del acto impugnado, puede suponer al titular registral afectado un manifiesto quebranto patrimonial (restricciones para la enajenación de la finca, para la obtención de facultades crediticias, etc.).

Sobre la conveniencia de la caución, también se manifiesta el último autor citado, en *Registro...*, cit., pág. 285, y en *Urbanismo...*, cit., págs. 196-197. Por su parte, RUIZ RISUEÑO, F., *El proceso...*, cit., págs. 436-437, entiende que se debería haber establecido un régimen de caución obligatoria. Véanse, también, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 647 y 650; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1337; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1040 y 1042; y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744.

(108) Así, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1041.

- d) La prestación de dicha caución constituye, al mismo tiempo que una carga procesal para el solicitante de la medida cautelar, un presupuesto de ejecución o efectividad de la misma y no de su concesión (109), pues, como prescriben las citadas normas, la no prestación de la caución no impedirá la adopción de la medida, sino la emisión del correspondiente mandamiento judicial y su práctica en el registro.
- e) La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que la caución «podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho», sin establecer limitación alguna. Por lo tanto, en principio, podrá consistir en metálico, en un aval bancario, en un depósito irregular de dinero, en un seguro de caución, en valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, en una garantía hipotecaria —inmobiliaria o mobiliaria— o pignoraticia —con o sin desplazamiento de la posesión—, etc. (110).

(109) Así GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2075-2076 y 2087; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 650; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1101; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1339; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1046 y 1052, nota 152; LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744; RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 346; y ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MANCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 61.

(110) No obstante esto GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2086, apunta que «la más frecuente será el aval bancario. No parece, sin embargo, admisible la fianza personal, aunque esté admitida por el Derecho (art. 1.822 del Código Civil), siempre que el fiador «tenga capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza» (art. 1.828 del Código Civil), por estar excluida expresamente por el artículo 1.428, último párrafo, LEC». Tampoco admite la fianza personal LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 744. Sí la admiten CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 319; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1044; y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pág. 1072.

Los ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 de febrero de 1999, de 13 de abril de 1999, y de 10 de junio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 349-352), han admitido la constitución de una hipoteca como una forma de caución para garantizar los perjuicios que puedan ocasionarse por la adopción de la medida cautelar adoptada.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de mayo de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 352-355), ha denegado, no en cuanto a su procedencia en abstracto, sino en relación con el caso concreto planteado, la constitución de una prenda sin desplazamiento de ciertos bienes como forma de garantía o caución, teniendo en cuenta, entre otros criterios, que se estaba ante «un tipo de garantía en el que la solvencia y liquidez de la misma se presenta como, al menos, complicada en relación con otras posibles garantías de las admitidas en Derecho», y que no se había acreditado por la parte solicitante de la medida que «no se haya podido aportar otro tipo de garantía, siendo, como venimos señalando en supuestos análogos, sin duda preferentes y mejor cumplidoras de la finalidad de la norma las garantías consistentes, bien en aval bancario o, en su caso, la garantía hipotecaria».

No obstante, hay que recordar, sobre este punto, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil —Disposición Final primera LJCA— y que el artículo 728-3.III LEC remite al artículo 529-3.II de la misma norma en cuanto a las posibles formas para otorgar la caución: «en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate».

En cuanto a la cuantía de la caución, según el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, la misma estará en función de los probables daños y perjuicios que la anotación pueda causar al titular de la finca o derecho anotado.

A mi juicio, para calcular el importe de la caución, también se deberá tener en cuenta, por una parte, los daños y perjuicios que la anotación pueda causar a la Administración demandada (111) y a los terceros interesados en la actuación administrativa (112), y, por otro lado, el concreto acto administrativo impugnado, pues, por ejemplo, no es lo mismo que se impugne un plan general de ordenación urbana o un plan parcial o un plan de actuación o la concesión de una licencia, o que se impugne todo el plan o una parte del mismo.

- f) La prestación de caución no constituye la única y exclusiva contracautela que puede adoptar el órgano jurisdiccional, ya que el legislador ha establecido «una cláusula abierta de medidas contracautelas» (113), aunque para el caso de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo entiendo que la caución será la contracautela más usual.
- g) Por último, señalar que la prestación de la caución no podrá suplir en ningún caso la concurrencia de los restantes presupuestos exigibles para la adopción de la medida cautelar (114).

Por último, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de febrero de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 35-356), no ha admitido la fianza personal como forma de caución por su discutible solvencia.

(111) GARBERÍ LLOBREGAT, J., en AA.VV., *Derecho...*, cit., pág. 695, entiende que esta anotación no produce perjuicio alguno a la Administración.

(112) Para ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, se deben tener en cuenta tanto los posibles daños que pueda sufrir el demandado como los perjuicios que pueda padecer el interés colectivo, por la paralización o por la duda originada sobre la eficacia de actos cuya trascendencia económica puede ser muy elevada. También así, DE GUAYO CASTIELLA, I. — DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1040.

(113) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 580.

(114) ASÍ, TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1339-1340.

- h) La prestación de caución por el solicitante de la medida cautelar la podrá acordar el órgano jurisdiccional tanto si el incidente cautelar sigue la tramitación prevista por el artículo 131 LJCA, como la configurada por el artículo 135 de la misma norma (115).

2.5. LA NECESARIA PENDENCIA DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La necesidad de la previa o simultánea interposición del recurso contencioso-administrativo se deduce claramente del artículo 129-1 LJCA, según el cual, «los interesados podrán solicitar *en cualquier estado del proceso* la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»; del artículo 136 de la misma norma, que sólo prevé la tutela cautelar *ante causam* para unos determinados supuestos distintos de los aquí contemplados; y del artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, cuando dispone que «el que *promoviera* recurso contencioso-administrativo (...), podrá solicitar, *con el escrito de interposición o después* (...), que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado» (116).

Hay que tener en cuenta que los artículos 1-6 y 70 del Real Decreto 1093/1997 contemplan también la posibilidad de que se anote preventivamente *la demanda formulada* en el recurso contencioso-administrativo.

En relación con esta última cuestión, es necesario poner de manifiesto que según el artículo 45-4 LJCA, «el recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1, que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán, en todo caso, la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras *a)* y *d)* del apartado 2 de este artículo», y que el artículo 45-5 de la misma norma dispone que «el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de

(115) En contra, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1055, para quienes, en este último caso, «no se dará trámite de audiencia ni se exigirá caución».

(116) La cursiva es mía.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2034, justifica la inadmisibilidad, con carácter general, de la tutela cautelar *ante causam*, poniendo de manifiesto que «así como en el proceso civil, que se inicia con la presentación de un escrito de demanda que contiene la pretensión, puede ofrecer dificultades para el actor su preparación, siendo aconsejable un procedimiento expedito para poder obtener previamente la decisión del Juez decretando la medida cautelar, el proceso administrativo se inicia con tal simplicidad de trámites que aquél que pretende la suspensión de la ejecución no tiene dificultad alguna en cumplir este requisito para promover el incidente de suspensión».

hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su disconformidad a derecho».

No obstante, en la mayoría de los supuestos a los que nos hemos referido en este trabajo siempre existirá un tercer interesado. Así pues, lo que podrá anotarse será: *inicialmente* la interposición del recurso contencioso-administrativo y, en su caso, la interposición de la demanda, y *después*, atendiendo a las circunstancias, o bien la demanda formulada o bien un escrito independiente en el que se solicite la anotación, pero nunca se podrá anotar *ante causam* un escrito en el que se solicite dicha medida cautelar (117).

2.6. QUE SE TOME LA ANOTACIÓN PREVENTIVA SOBRE FINCAS CONCRETAS Y DETERMINADAS QUE RESULTEN AFECTADAS POR EL ACTO IMPUGNADO

El artículo 67 del Real Decreto 1093/1997 requiere que la anotación preventiva se tome «sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado».

Esta exigencia de que la anotación preventiva se deba practicar sobre fincas o derechos reales concretos y determinados, encaja con lo dispuesto por la Disposición Adicional décima (Primero-7 y Segundo-1) LRRUVS; por los artículos 307-7 y 309-1 TRLRSOU; y por el artículo 1-7 del Real Decreto 1093/1997, según los cuales la sentencia firme en la que se declare la anulación de un instrumento de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, cuando se concrete a fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento, será inscribible en el Registro de la Propiedad.

Por su parte, el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, al regular la tramitación de la solicitud de la anotación, dispone que:

La solicitud de la anotación, acompañada de certificación registral de dominio y cargas, se sustanciará por los trámites establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior.

Al ser la anotación preventiva un asiento tabular, requiere siempre la previa identificación de las fincas concretas y determinadas sobre las que se haya de practicar, lo que implica que el proceso en el que la misma se haya solicitado y adoptado, por una parte, se debe haber impugnado un acto administrativo y demandado a la Administración Pública correspondiente, y, por

(117) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 646.

otro lado, se debe haber demandado a los titulares registrales de las fincas o derechos reales inscritos sobre las que ha de practicarse la anotación, en cuanto que pueden resultar afectados o perjudicados por la anulación del mencionado acto administrativo (118).

Dicho de otro modo, el actor únicamente podrá solicitar y el órgano jurisdiccional adoptar la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad cuando ésta se refiera a algunos o a todos de los bienes o derechos reales que puedan verse afectados por la anulación del acto administrativo impugnado (119).

LASO MARTÍNEZ especifica las implicaciones que tiene la necesaria referencia a bienes concretos y determinados:

- a) Proporciona al órgano jurisdiccional un elemento doble de valoración; «activamente, reflejará el interés verdadero protegible, dándole

(118) Como señala ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., págs. 4 y 28, la exigencia de que la anotación se practique sobre fincas concretas y determinadas deriva del principio de especialidad registral y del sistema de folio real —el registro funciona tomando como unidad de cuenta la finca—, en virtud de los cuales no cabe practicar asientos registrales si el título correspondiente no se refiere a inmuebles determinados y concretos.

Con todo, téngase presente que en el proceso contencioso-administrativo el actor no elige a los demandados. Al menos no a todos —arts. 21.1.b) y 49 LJCA—.

(119) En esta línea se ha pronunciado el ATS (Sala 3.^a), de 25 de octubre de 1994 (BDA, m. RJ 1994/7820), que ha denegado la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo que había aprobado un proyecto de actuación urbanística, ya que el solicitante de la misma no había expresado las fincas sobre las que debía recaer, argumentando que «la anotación preventiva de referencia ha de recaer sobre fincas determinadas y por ello, para que el órgano jurisdiccional pueda decretarla y librar el oportuno mandamiento, debe saber, indudablemente, sobre qué fincas ha de recaer su decisión, sin que sea procedente acordarla de forma indeterminada para luego concretar su objeto, ya que pudiera ocurrir que, conocido éste, no procediese sobre el mismo, produciéndose una resolución inútil».

Como señala LASO MARTÍNEZ, J. L., *Urbanismo...*, cit., págs. 188, nota 3, y 196, respectivamente, no es admisible «la anotación preventiva en el proceso contencioso (...), sobre bienes que son ajenos a la pretensión que se mantiene», por lo que «la concesión de la anotación debe estar referida de modo adecuado a las fincas o derechos afectados de que se trate y no con carácter general a todos los implicados en el acto impugnado».

El mismo autor citado, en *Cautelas...*, cit., pág. 78, pone de relieve que «no parece razonable entender que por el mero hecho de que todo proceso por razón de urbanismo tenga como punto de referencia un soporte territorial pueda, ambivalentemente, acogerse a la anotación el recurrente si no existe una relación directa con un inmueble determinado que legitime la pretensión de la anotación», y en *Las anotaciones...*, cit., págs. 253-254, manifiesta que no sería posible solicitar una anotación preventiva de demanda sobre bienes de un Ayuntamiento por una cuestión de personal debida a algún funcionario dependiente del mismo. Tampoco cuando se ejercitan acciones de responsabilidad contra alguna Administración Pública, cualquiera que sea su causa, ya que la prohibición de embargo de sus bienes y la inexistencia de una relación jurídica de contenido patrimonial identificable sobre bienes concretos, excluiría su eventual utilización, que, en todo caso, correspondería a la medida cautelar de embargo y a su anotación preventiva.

elementos de juicio para contrastar la legitimidad de la petición; pasivamente, le proporcionará, igualmente, la medida del interés en juego para evaluar la garantía que impida su abusivo ejercicio» (120).

- b) A su vez, con esa identificación «se requerirá la llamada cierta del titular del bien amenazado para que acceda al proceso y utilice los medios de defensa adecuados» (121).

Al hilo de las anteriores consideraciones, el citado autor se plantea las siguientes cuestiones y ofrece las correspondientes conclusiones:

- a) Cuando se impugne un acto de planeamiento, no en la parte relativa a la gestión (vg. delimitación de sectores o unidades de ejecución, fijación del sistema de actuación, etc.), sino en la que se refiere a la zonificación, al aprovechamiento o a las normas urbanísticas, también es posible la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo cuando las decisiones para su gestión impliquen, directa o indirectamente, consecuencias patrimoniales (122).

(120) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 78-79 y 82-83, esp. pág. 78.

(121) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 78-79 y 83, esp. pág. 78.

(122) Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 81, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 642-643, quien sigue la postura del anterior. Para este último autor (pág. 643), «junto a estas observaciones, también hay que añadir que en fincas registrales concretas se han podido consignar a instancia de la Administración actuante determinaciones o descripciones derivadas del planeamiento, conforme al número 8 del artículo 307 del TRLS de 1992, con las que el propietario o titular registral no estuviera de acuerdo y pretendiera impugnarlas a través del recurso contencioso-administrativo».

En el precepto citado se dispone que será inscribible en el Registro de la Propiedad «cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas».

(123) En este sentido, LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 81. Por su parte, ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 10, precisa que no le «parece posible la anotación preventiva de demanda cuando el objeto del proceso sea la impugnación de un instrumento de planeamiento que abarca o todo el conjunto de fincas de un municipio, como ocurre con el Plan General o las Normas Subsidiarias del Planeamiento o con un conjunto de fincas no bien precisado, como ocurre con los instrumentos subordinados: Planes Especiales o Planes Parciales o, incluso, con los instrumentos de ejecución como los acuerdos de Reparcelación, Unidades de Actuación, Proyectos de Delimitación y Programas de Actuación Urbanística. No resulta posible la anotación en todas y cada una de las fincas del municipio que se encuentren inscritas, aunque todas ellas resulten afectadas por el PGOU o por los diferentes instrumentos de planeamiento a que se hizo referencia. Ahora bien, si la impugnación se concreta a las determinaciones, aunque sea de un PGOU, respecto de fincas concretas y determinadas parece posible que se pueda acordar y llevar a cabo la anotación preventiva. Por el contrario, si se impugna, como ocurre con frecuencia, *in totum* el plan, aunque sea por motivos formales no resulta factible llevar al registro una anotación preventiva tan genérica que debería afectar al conjunto del territorio del municipio. El desarrollo reglamentario de la LS deberá abordar la compleja problemática

- b) Podrá darse la circunstancia de que un instrumento de planeamiento o un acto de ejecución de dicho planeamiento, por su generalidad y abstracción, no se concrete sobre bienes perfectamente individualizados o que afecte a una pluralidad de fincas, pero lo importante es que el propio acto impugnado (vg. el acto aprobatorio de una reparcelación o de un proyecto de compensación, etc.) y la sentencia anulatoria del mismo puedan afectar a fincas concretas y determinadas (123).
- c) Normalmente una licencia (vg. de obras nuevas o de parcelación) siempre se concretará en una finca, y su anulación afectará a la misma (124).
- d) También será anotable la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente cuando se impugne un acto administrativo, ya sea por la Administración en cada caso competente, cuando se encuentre legitimada por la legislación para soli-

que plantea una normativa tan abierta, dada la necesidad de cohonestar los principios de dicha ley con los propios de la legislación hipotecaria, basada en el folio real y en los principios de legitimación registral, especialidad y determinación y tracto sucesivo».

ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, después de destacar que «el planeamiento urbanístico concibe el suelo en función de su capacidad de acogida de tejido urbano y utiliza como medio de determinación del mismo conceptos como el de zona, área o parcela que, en principio, son ajenos al Registro, en la medida en que éste se lleva por fincas, es decir, por unidades objetivas de derechos delimitadas en función de su pertenencia a un titular o a una colectividad de titulares en régimen de comunidad», concluye que es «difícil pensar que la impugnación de un instrumento de planeamiento pueda referirse a fincas determinadas, si bien ello no es imposible, sobre todo cuando se trata de planeamiento de detalle o determinadas figuras de Plan Especial, especialmente si tienen por objeto la rehabilitación de sectores urbanos. Lo cierto, no obstante, es que la ley no limita el supuesto».

Respecto de la impugnación de los instrumentos de ejecución, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 643, advierte que «es más factible comprobar la conveniencia de la anotación, al referirse siempre a actos administrativos concretos sobre fincas determinadas, como podría ser la impugnación de expedientes de reparcelación, compensación, expropiación, o cualquier otro de equidistribución previsto por la respectiva legislación urbanística autonómica. Se producirá, no obstante, una dificultad de tipo práctico para la anotación, cuando exista una multiplicidad de fincas y titulares, que, en principio, al formar parte todas ellas de la unidad de ejecución, exigiría la práctica de la anotación preventiva sobre todas ellas, con el consiguiente incremento de gastos de todo tipo. No obstante, podría plantearse la posibilidad de impugnar el instrumento de ejecución en su totalidad, pero sólo solicitar anotación preventiva respecto de una o varias fincas concretas, de acuerdo con el principio de rogación, si el interesado excluye, por ejemplo, las fincas de su propiedad, y las de otras personas respecto a las que tiene seguridad que no se van a producir terceros o titulares ulteriores».

Para ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 29, será posible la anotación preventiva de la impugnación de actos de ejecución del planeamiento «siempre que el contenido del acto impugnado suponga una modificación, alteración o desaparición de elementos propios del derecho inscrito o del contenido económico de las facultades que pueda ejercer el titular de la finca».

(124) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426.

citar su anulación o revisión (125), ya sea mediante el ejercicio de la acción pública (vid. arts. 19 LJCA y 304 TRLRSOU), siempre que recaiga sobre fincas concretas y determinadas, pues la eventual resolución estimatoria, aunque no origine una ventaja patrimonial para el recurrente, «provocará un efecto patrimonial al menos en el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de apropiación, bien sea anulando una expectativa, obligando a someterla a un régimen de ejecución determinado, etc.» (126).

3. EFECTOS DE LA ANOTACION

Para los efectos genéricos de este tipo de anotaciones se puede hacer una remisión a lo desarrollado para la anotación preventiva de los artículos 42-1 LH y asimilados (127).

En concreto, en relación con la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo en materia urbanística, la Disposición Adicional décima (Primero-7 y Segundo-1) LRRUVS; los artículos 307-7 y 309-1 TRLRSOU, y el artículo 1-7 del Real Decreto 1093/1997, disponen que la sentencia firme (128) en la que se declare la anulación de un plan de ordenación, de un instrumento de ejecución del mismo o de alguna licencia, cuando se concrete sobre fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento (129), será inscribible en el Registro de la Propiedad.

(125) Así, GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 643-644.

(126) LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 82-83, esp. pág. 83. Véase también GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 643-644.

(127) Esto es, como apunta ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 30, el efecto fundamental de la anotación «será el de la publicidad, dirigido a romper la posible buena fe del tercero, que convertiría su posición en inatacable, pero también dará lugar, si la pretensión triunfa y su contenido es suficiente, a la inscripción de nuevos derechos o a la cancelación de otros, en los términos que resulten de la sentencia firme».

Sobre dichos efectos genéricos puede consultarse MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 202 y sigs.

(128) Exige también la firmeza de la resolución CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., «Connotaciones hipotecarias de la Ley del Suelo», en *RCDI*, 1991, pág. 967.

No se puede compartir la postura de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, cuando sostiene que «parece evidente que asimismo sería admisible la inscripción si la sentencia, aunque no fuese firme, tuviera fuerza ejecutiva, bien porque el recurso no produjera por ley efectos suspensivos o porque sólo se admitiera en un solo efecto», pues sólo son susceptibles de inscripción las situaciones o actos que presentan un carácter definitivo.

(129) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, comenta que no es necesaria una participación efectiva en el proceso del titular de la finca o derecho afectados, sino que basta que, de acuerdo con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, haya tenido la oportunidad de hacerlo, para lo que se requerirá que el emplazamiento se haya efectuado con los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Con la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo, lo que se pretende es garantizar la completa efectividad de esa sentencia para el caso de que llegara a dictarse.

El artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, al regular los efectos de esta anotación preventiva en relación con la eficacia de la sentencia que ponga fin al proceso, dispone que:

La sentencia firme que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo, en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva, producirá los siguientes efectos (130):

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 967, advierte que «el precepto parece claro en su inciso final, que aplicado literalmente nos podría llevar a la conclusión de que la actuación judicial en esos supuestos quedaba al arbitrio, o sea, a la voluntad, conforme del titular perjudicado; pero esto no es cierto».

Los litigios están sometidos al principio de derechos de que «nadie puede ser condenado sin ser oído», pero en ningún modo puede exigirse para la validez de un litigio la comparecencia de uno de los litigantes; la problemática de los juicios en rebeldía de los artículos 762 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como su complemento, las notificaciones en estrados recogidas en el 821 y siguientes de la misma, son plenamente bastantes para sostener que no existe indefensión, pese a no participar en el litigio una de las partes, la en situación de rebeldía. Lo que quiere la Ley del Suelo es sólo que se cite al titular».

GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Práctica...*, cit., págs. 64-65, recoge un supuesto práctico en el que se practicó la anotación preventiva de una sentencia firme que declaraba la nulidad de una licencia urbanística, pero sólo en relación con los propietarios que habían intervenido en el proceso. Como señala dicho autor, «efectivamente, respecto a los terceros que no han intervenido en el juicio no cabe constancia de anotación preventiva, pues han sido ajenos a la declaración de nulidad. Pero respecto a los que han intervenido, la constancia de tal extremo es importante para evitar que surjan nuevos terceros adquirentes protegidos por el artículo 34 LH, pues, caso de que el Ayuntamiento inste la correspondiente expropiación forzosa del edificio por razones urbanísticas, la indemnización será diferente, según el piso haya o no ingresado en el patrimonio del propietario a efectos urbanísticos, pues, en cuanto a los que han intervenido en el proceso y sucesivos adquirentes en que conste la anotación, la indemnización no comprenderá la parte correspondiente a la edificación. Y lo mismo si se insta un expediente de demolición».

(130) Como precisan ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 62, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 259, no es la anotación, sino la sentencia estimatoria la que, apoyándose en dicha anotación, produce los efectos siguientes. El último autor citado, *Cautelas...*, cit., pág. 89, señala que no mediando la anotación preventiva, la sentencia estimatoria sería completamente efectiva siempre que no se hubiere transmitido el bien litigioso a un tercero de buena fe durante la pendencia del proceso.

El Real Decreto 1093/1997, al afirmar la eficacia cautelar de esta anotación preventiva, contradice la opinión sostenida por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo...*, cit., pág. 2426, que parecía negar una virtualidad cautelar a dicha anotación. Según éste, «aun cuando no hubiese tenido acceso al Registro la anotación de la demanda, de conformidad con el número 6 de este artículo 307, en todo caso tendría acceso al Registro una sentencia por la que se anula alguno de los instrumentos y actos a que se refiere».

La eficacia cautelar de esta anotación preventiva es reconocida en la actualidad por la mayoría de la doctrina. Véanse DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Las anotaciones...*, cit., pág. 249.

1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.
2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida por el artículo 198 del Reglamento Hipotecario (131). Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda de actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales Contencioso-Administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.
3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación.

Como se puede apreciar, en virtud de lo dispuesto por este precepto, los efectos de esta anotación preventiva serán similares a los de la anotación preventiva de la demanda de propiedad o de derechos reales recogidos en el artículo 198 RH, con la única salvedad de la particularidad contenida en el segundo párrafo *in fine* de aquél.

Una explicación posible a esta particularidad puede encontrarse en el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, en el que se explica que, «por lo demás, en cuanto a la práctica de asientos derivados de la anotación preventiva, se ha tenido en cuenta la posible confluencia de distintos órdenes jurisdiccionales».

Así pues, interpretando *a sensu contrario* el anterior precepto, parte de la doctrina entiende que cuando la titularidad de los derechos inscritos que deriven de títulos de fecha anterior a la de la anotación preventiva no proceda de actos sujetos al control de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, será necesario acudir a la jurisdicción ordinaria —la civil— para la tramitación del incidente previsto en el artículo 198 RH (132).

(131) Esta aplicación supletoria del artículo 198 RH ya la habían sugerido CAMY SÁNCHEZ-Cañete, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 968, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., págs. 89-93.

Por otro lado, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 652-653 y 656, critica la redacción de este precepto, pues, por una parte, la sentencia estimatoria de la pretensión de impugnación no siempre dará lugar, al menos de una forma directa e inmediata, a la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, y, por otra parte, pueden darse supuestos en los que, aún no dándose directa o indirectamente las anteriores situaciones, pueda ser conveniente la publicidad registral de la sentencia estimatoria.

(132) En este sentido, ROCA SASTRE, R. M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...* (VII), cit., pág. 62.

Otra interpretación puede ser la de entender que se está excepcionando el régimen de caducidad de la acción contencioso-administrativa, permitiéndose la impugnación de actos anteriores, ya inscritos, y que la acción de impugnación, en este caso, no deberá sustanciarse en un proceso contencioso-administrativo, sino en el incidente a que se refiere la propia norma.

También se debe señalar que, según el precepto transcrito, la ejecutoria o un testimonio de la sentencia firme será título bastante para practicar las inscripciones y las cancelaciones correspondientes, sin necesidad de mandamiento judicial (133), aunque, como ya se puso de manifiesto al estudiar los efectos previstos en el artículo 198 RH (134), en ocasiones será necesario un mandamiento judicial (135).

Por su parte, el artículo 107 LJCA regula la ejecución impropia de la sentencia estimatoria, disponiendo que:

Para GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., pág. 654, «quiere decirse que las transmisiones ordinarias de derechos entre particulares, que no se discuten en la vía contencioso-administrativa, quedan a salvo de cualquier cancelación, pues son indiferentes para la cuestión planteada en el procedimiento. Pero la línea de separación entre lo meramente civil y lo contencioso-administrativo no es clara, a estos efectos, pues una transmisión de finca resultante de una parcelación, estando impugnado el expediente de reparcelación por la vía contencioso-administrativa, puede dar lugar a la cancelación de dicha transmisión, si se anula la reorganización de la propiedad resultante del citado expediente de equidistribución.

El problema también se plantea respecto a una inscripción de declaración de obra nueva basada en una licencia ilegal, habiéndose vendido los departamentos del edificio, unos con título anterior a la anotación y otros posteriores a ella. En realidad, ninguna trascendencia debería tener aquí que el título o documento fuera de fecha anterior o posterior a la anotación, pues debatiéndose un problema de ilicitud o ilegalidad de la licencia, se entra de lleno en el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que sólo protege a los titulares registrales que hayan inscrito en el Registro con anterioridad a la anotación, y no los que lo hayan hecho después, aunque la fecha de su título sea anterior.

Entendemos que este párrafo del artículo 198 del Reglamento Hipotecario está pensado para un conflicto entre particulares, y concretamente entre el titular de una anotación preventiva de demanda y titulares de dominio y demás derechos reales.

Pero es difícil trasladarlo al supuesto que nos ocupa, en que se pretende la impugnación de actos administrativos en relación con una finca concreta y frente a unos titulares registrales concretos, por lo que los titulares que no hayan inscrito su título en el momento de la anotación de la interposición del recurso contencioso-administrativo carecen de legitimación pasiva procesal, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que huelga reproducir de nuevo el procedimiento, aunque sea por la vía de los incidentes, por el hecho de que aparezcan en el Registro titulares que no inscribieron a su debido tiempo, y que por ello, deberían soportar las consecuencias de su propia negligencia.

No obstante, el artículo 71.2 del Reglamento es muy claro en este punto, y se remite a lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario».

(133) Así, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Connotaciones...*, cit., págs. 967 y 968, y LASO MARTÍNEZ, J. L., *Cautelas...*, cit., pág. 89.

(134) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 228 y sigs.

(135) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho...* (V), cit., págs. 653 y 655.

1. Si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el Juez o Tribunal dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los periódicos oficiales o privados, si concurriese causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en periódicos privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique.

2. Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano judicial ordenará su publicación en el diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

4. PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE ANOTACION PREVENTIVA

4.1. LA SOLICITUD DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA

4.1.1. *Necesaria instancia de parte*

La medida cautelar de anotación preventiva no podrá ser acordada de oficio por el propio órgano jurisdiccional, sino que la adopción de la misma por parte de éste requiere, además de la concurrencia de los presupuestos necesarios, la necesaria instancia de parte (arts. 129-1 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997) (136).

4.1.2. *Legitimación. Requisitos de las partes*

El artículo 129-1 LJCA establece que pueden solicitar la adopción de medidas cautelares «los interesados» (137). En el tipo de procesos que nos

(136) Vid. TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309.

Por el contrario, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1003 y 1004, defienden que la adopción de oficio de medidas cautelares debería ser admisible cuando se impugnara una disposición de carácter general.

(137) Al igual que buena parte de la doctrina, CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 310, critica la denominación de «interesados», pues es «un tanto inadecuada en la medida en que la misma puede confundirse con la establecida en la legislación de procedimiento administrativo; interpretación que sin duda debe rechazarse en la medida en que, de un lado, la habilitación para solicitar dichas medidas «en cualquier estado del proceso» sólo puede corresponder a quien tenga la condición de parte (art. 19 LJCA) y, asimismo, a los causahabientes en aquellos casos en que la legitimación de ésta derivase de alguna relación jurídica transmisible (art. 22 LJCA)».

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2029, advierte que la fórmula legal —«interesados»— «en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que se reconozca legitimación para demandar la adopción de una

ocupan, legitimados activos para solicitar una medida cautelar serán los sujetos que hayan interpuesto el recurso contencioso-administrativo o hayan presentado la demanda correspondiente (138).

Legitimados pasivos serán la Administración demandada y, en su caso, los sujetos codemandados.

Especial problemática plantea la situación de los titulares de las fincas o derechos reales sobre los cuales se ha de practicar la anotación.

Puede ocurrir que en algunos procesos sean los propios titulares registrales los interesados en la declaración de ineficacia de un acto administrativo y los que solicitan la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva sobre su propia finca (v.g. cuando el titular registral impugna un acto de ejecución del planeamiento perjudicial a sus intereses) (139).

En otros supuestos, el titular registral será uno de los sujetos codemandados junto con la Administración demandada, y contra él se dirigirá también

medida a quien no sea parte en el proceso». Véase, en la misma línea, PERA VERDAGUER, F., *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1998, pág. 792. Opinión contraria sostiene GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1038, para quien el término «interesados» «autoriza a entender extendida la legitimación para solicitar su adopción a aquellas personas o entidades que, no habiendo sido parte en el proceso, ostentan la titularidad de un derecho o interés legítimo, previa justificación del mismo».

Como indican LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 734 y 745; TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1023-1024; y TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309, los interesados son quienes poseen ya la cualidad de parte procesal o quienes la van a adquirir en un determinado plazo de tiempo, cuando se solicite la medida cautelar con anterioridad al inicio del proceso principal (art. 136-2 LJCA).

No se puede compartir la postura de DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1001-1003, quienes admiten que también puede solicitar la tutela cautelar la parte demandada, pues ésta, salvo que haya reconvenido, no tiene interés alguno en garantizar la efectividad de la sentencia que se pueda dictar.

(138) Destaca BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Las medidas...*, cit., pág. 258, que la tutela cautelar está pensada «por lo común en los demandantes (o interesados como impropriadamente dice el art. 129.1. LJCA) y no en la Administración demandada, la cual, por regla general, dispone de la prerrogativa de ejecutar por sí misma sus propios actos administrativos».

(139) ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, destaca que «en la nueva anotación a que se refiere el artículo 307.6, la pretensión directa es la declaración de ineficacia de un acto administrativo que puede afectar a una sola finca, por ejemplo, en el caso de denegación de una licencia o la determinación de un aprovechamiento urbanístico discutible en su cuantía o en sus usos. En estos casos puede existir interés por parte del titular del inmueble en que la situación de impugnación resulte del Registro, en cuanto puede facilitar el tráfico sobre la finca, justificar la existencia del procedimiento o, simplemente, determinar las características urbanísticas de la finca en relación a las de su entorno. En este último caso cabría pensar, incluso, en que la pretensión se dirija, simultáneamente, sobre la finca del demandante u otras pertenecientes a otras personas. Aunque no se tratará de un supuesto normal, lo cierto es que la posibilidad no puede negarse, y en este sentido, la nueva regulación supone una modificación sustancial del supuesto de hecho previsto hasta ahora por la norma hipotecaria».

la solicitud de anotación preventiva (v.g. cuando un tercero impugne la concesión de una licencia urbanística al titular registral).

Pero puede también suceder que existan procesos en los que el titular registral no sea parte de los mismos —por no haber demandado o sido demandado— y un tercero impugne un acto de la Administración y pida la anotación preventiva de dicha impugnación (v.g. cuando un tercero en el ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística impugne el acto de aprobación de un instrumento del planeamiento y solicite la anotación preventiva de dicha impugnación). En estos casos, la vigencia del principio de legitimación registral recogido en el artículo 38 LH y, sobre todo, del principio de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20 de la misma norma, impedirían tanto la inscripción de la sentencia que se pudiera dictar en esos procesos si el titular registral no ha participado en el mismo, como la práctica de la anotación preventiva del escrito de interposición del recurso o de la demanda correspondiente si en el procedimiento cautelar no ha sido oído dicho titular registral (140).

Por ello, cuando en materia de urbanismo se impugnen los actos de aprobación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, el artículo 307-6 TRLRSOU prevé serán inscribibles las sentencias firmes en las que se declare la anulación «cuando se concreten a fincas determinadas y *haya participado su titular en el procedimiento*» (141), y el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, establece como requisito para la práctica de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo que *sean oídos, en todo caso, el titular registral de la finca y los que según la certificación registral sean titulares de los derechos y cargas que consten en la misma* (142).

En cuanto a los requisitos de las partes, se debe destacar que para la admisibilidad de la petición cautelar se aplicarán las normas generales que sobre la capacidad y la postulación establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(140) En estos casos, el Registrador, en el ejercicio de su función calificadora, al amparo de los artículos 18 LH y 100 RH, denegará la inscripción de la sentencia o la práctica de la anotación preventiva si no se cumplen las exigencias derivadas de la normativa hipotecaria y urbanística.

(141) La cursiva es mía.

(142) Este último precepto ha recogido la recomendación de ARNAIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, quien, para que se pudiera extender en los casos comentados la anotación en el Registro, proponía que «lo más prudente es la exigencia de que hayan sido notificados los titulares registrales del dominio y demás derechos reales de las fincas a que se refiere el recurso, de acuerdo con la norma general dimanante de los principios de legitimación y tracto sucesivo».

4.1.3. *Contenido y forma de la solicitud*

De una interpretación sistemática de los artículos 129, 130 y 133 LJCA, se deduce que la necesaria instancia de parte no se satisface simplemente con una solicitud del sujeto interesado en la que pida al órgano jurisdiccional la adopción de la medida cautelar que resulte adecuada, atendiendo a la situación jurídica cautelable y al peligro en la demora concurrentes, sino que es necesario que el actor especifique la medida cautelar que solicita (143).

La solicitud de la medida cautelar se formulará por escrito, con claridad y precisión, y en la misma deberá justificarse cumplidamente la concurrencia de los presupuestos que la ley exige para su adopción, es decir, se deberán alegar y acreditar los fundamentos de la medida solicitada.

El acreditamiento de los presupuestos podrá articularse, bien por remisión a los autos principales, bien mediante la presentación de documentos o informes, al no estar prevista la práctica de otros medios de prueba (144).

Señalar también que el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997 exige al solicitante de la medida que acompañe su solicitud con una certificación registral de dominio y cargas.

Asimismo, en la solicitud el actor deberá ofrecer la prestación de una caución, especificando de qué clase o clases propone constituirla y justificando el importe de la misma (art. 68 del Real Decreto 1093/1997).

4.1.4. *Momento y forma de la solicitud*

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 83 y 129 LJCA, y 67 y 70 del Real Decreto 1093/1997, la medida cautelar de anotación preventiva se podrá solicitar en los siguientes momentos procesales:

- a) En el momento de presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo (art. 129-1 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997), en el propio escrito de interposición o en un escrito independiente que se adjuntará al mismo.
- b) En el momento de interposición de la demanda correspondiente en el proceso (arts. 129-1 LJCA, y 67 y 70 del Real Decreto 1093/1997), en la propia demanda —mediante *otrosí*— o en un escrito independiente que se adjuntará a la misma (145).

(143) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1083.

(144) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1310 y 1329; y LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 746.

(145) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2070; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1309; y ARNÁIZ EGUREN, R.,

- c) En un escrito independiente, en cualquier momento desde la interposición de la demanda y hasta que se dicte sentencia, ya que los artículos 129-1 LJCA, y 67 del Real Decreto 1093/1997, permiten la solicitud «en cualquier estado del proceso» o «después» de la presentación del escrito de interposición, respectivamente, y el artículo 129-2 LJCA sólo exige que la solicitud de la medida deba efectuarse en el escrito de interposición o en la demanda cuando se impugne una disposición general y se solicite la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (146).
- d) En un escrito independiente, una vez se haya dictado una sentencia y haya sido apelada, pues el artículo 83-2 LJCA autoriza que cuando una sentencia haya sido apelada —en ambos efectos, salvo que se disponga expresamente lo contrario, según el art. 83-1 de la misma norma—, «el Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia, atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI». En este caso, con la medida cautelar solicitada se pretenderá garantizar, o bien la efectividad de la sentencia que haya sido dictada en la primera instancia, o bien la efectividad de la sentencia que se pueda dictar en la segunda instancia, si en este segundo supuesto es estimado el recurso de apelación (147).
- e) En un escrito independiente, una vez se haya dictado una sentencia y cuando contra la misma se haya interpuesto recurso de casación (arts. 129 LJCA y 67 del Real Decreto 1093/1997) (148).

Urbanismo..., cit., pág. 27, quien, con anterioridad a esta normativa reglamentaria, defendía la posibilidad de anotar también la demanda del proceso contencioso-administrativo.

(146) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2033 y 2071, esp. pág. 2033, destaca que la medida cautelar podrá ser solicitada «tanto en primera instancia como en grado de apelación. Esto es, desde que el proceso existe por haberse deducido el escrito de interposición hasta que se dicta sentencia firme», pues «si, una vez adoptada una medida cautelar, estará en vigor “hasta que recaiga sentencia firme”, parece evidente que también podrá solicitarse hasta que llegue este momento». También así, PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 792; DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1004; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308-1310; OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 377; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1039; y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1019 y 1082.

(147) Vid. DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1005.

(148) Así, GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1039. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 273, no ve muy factible esta posibilidad, ya que «el Tribunal Supremo suele negar que el trámite extraordinario de la casación «no es un estado del proceso» en el que quepa solicitar y otorgar medidas cautelares, negándose a entrar en la

Esta conclusión no ha sido compartida por el ATS (Sala 3.^a, Sección 1.^a), de 3 de diciembre de 1999 (149), que, siendo continuista con la orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo, en un supuesto en el que se interpuso recurso de casación en un proceso sobre reversión de un determinado solar y en el que se solicitó la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda que se presentó en el recurso, subsidiariamente la de prohibición de disponer de dicha finca y, por último, también subsidiariamente la anotación preventiva de la sentencia recurrida, denegó la tutela cautelar, destacando que «las medidas cautelares persiguen únicamente el aseguramiento de la efectividad de la sentencia que se dicte, por lo que en el presente caso al haberse dictado el 6 de mayo de 1998, la sentencia correspondiente por el Tribunal *a quo*, no procede la adopción de las mismas, ya que la posibilidad legal de ejecución provisional o anticipada de la sentencia recurrida en casación desplaza hacia el incidente en que se decida sobre tal ejecución, a suscitar y resolver en la Sala de instancia —art. 91 de la nueva Ley Jurisdiccional—, las cuestiones atinentes a las cautelas o medidas de protección precautoria de los derechos que pudieran ser reconocidos por una eventual sentencia estimatoria del recurso de casación pendiente».

Este auto, a mi entender, es doblemente criticable, pues, por una parte, desconoce la posibilidad prevista especialmente por el artículo 129-1 LJCA, y, por otra parte, confunde las medidas cautelares con las medidas o cauciones previstas en el artículo 91-1 de la misma norma para evitar, paliar o indemnizar los perjuicios que se puedan derivar de la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación. Por otra parte, tampoco tiene en cuenta que, en un caso similar —cuando se haya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada— la Ley establece la posibilidad de acudir a la tutela cautelar o a la ejecución provisional de la sentencia recurrida (arts. 83-2 y 84-1 LJCA) (150).

materia, simplemente». Tampoco se muestra partidario de la misma TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1056 y 1082, esp. pág. 1056, para quien la solicitud de medidas cautelares «culmina con la expiración de los recursos ordinarios, es decir, no permite interesar dicha suspensión en sede de recurso extraordinario de casación, quedando limitado el debate en dicha sede a la legalidad de la decisión de instancia en la correspondiente pieza de suspensión, previo recurso de súplica».

(149) BDA, m. RJ 1999/10209.

(150) A mi modo de ver, PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., pág. 186, se contradice, pues, por un lado, afirma que «toda la doctrina jurisprudencial expuesta resulta de lógica aplicación al recurso de apelación, ya que existe identidad de razón para que así sea, de manera que, recurrida en apelación una sentencia (art. 83.1), no cabe solicitar ante la Sala de segunda instancia la adopción de medida cautelar alguna, sino que lo procedente será

Siguiendo a ORTELLS RAMOS, la tutela cautelar es posible «incluso cuando existe sentencia provisionalmente ejecutable. La ejecución provisional es una posibilidad procesal de parte (arts. 84.1, 91.1), no una carga, cuya falta de asunción le impediría incluso solicitar medidas cautelares. La parte favorecida por la sentencia puede optar entre pedir la ejecución provisional de la misma o la adopción de medidas cautelares (así, expresamente, en el art. 83.2), lo que es lógico, dado que con lo primero asume una mayor responsabilidad para el caso de revocación de la sentencia, mientras que las medidas cautelares pueden ser suficientes» (151).

En definitiva, el hecho de que se pueda solicitar la medida cautelar en fase de recurso (152) conlleva la posibilidad de «optar entre la ejecución provisional de la sentencia (...) o, alternativamente, acudir al sistema de justicia cautelar, siempre que fuese la parte favorecida por el contenido del fallo y exclusivamente a este último cuando no fuese ésta» (153).

Y, por lo expuesto, tampoco cabrá sostener que la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de una sentencia no firme implique el alzamiento de la medida cautelar previamente acordada. Eso sí, si se ha solicitado la ejecución provisional de la sentencia, su otorgamiento hará innecesaria la solicitud de tutela cautelar o el mantenimiento de las medidas cautelares ya adoptadas, debiendo procederse,

instar del juez que la dictó en la primera su ejecución provisional, a la que accederá o no en atención a los criterios legales fijados por el artículo 84 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio», mientras que, en el párrafo siguiente, escribe que «la parte interesada, una vez pronunciada sentencia en primera instancia, tiene las dos opciones previstas en los artículos 83.2 y 84 de la nueva Ley. Conforme al primero está facultada para, en cualquier momento, pedir al juez la adopción de medidas cautelares que aseguren la ejecución de la sentencia, las que habrán de adoptarse conforme a lo dispuesto en los artículos 129 a 136 de la misma, o bien, de acuerdo con el segundo, puede solicitar la ejecución provisional de la sentencia en la forma permitida».

(151) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 97 y 98.

En sentido contrario al aquí defendido, se ha pronunciado PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., pág. 167, al escribir que «la continuidad en la orientación jurisprudencial me parece plausible porque no se ha transformado con la nueva Ley el sistema de medidas cautelares, de ejecución provisional de sentencias y de recursos perfilado por la jurisprudencia, lo que constituye razón suficiente para proseguir con el mismo criterio, ya que el significado de la aludida expresión «cualquier estado del proceso» no es otro que el proceso seguido en primera o única instancia, dado que la sentencia dictada en éstas es susceptible de ejecución provisional».

(152) Esta posibilidad la admiten, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 627; CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 311; y ARNÁIZ EGUREN, R., *Urbanismo...*, cit., pág. 27, quien defiende que el órgano jurisdiccional competente podrá proveer sobre la anotación incluso en el momento procesal «del recurso ante el tribunal *ad quem*, en los casos de revisión jurisdiccional de la decisión de tribunales inferiores».

(153) CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 311, nota 58.

en su caso, a su alzamiento por aplicación del artículo 132-1, *in fine*, LJCA, según el cual las medidas cautelares podrán ser revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hayan adoptado, y una nueva circunstancia puede ser que el órgano jurisdiccional haya acordado la ejecución provisional de la sentencia recurrida (154).

- f) Incluso, como se verá más adelante, es posible que en un escrito independiente se solicite como medida cautelar la anotación preventiva de una sentencia firme (155).

Lo que no será posible es solicitar *ante causam* la adopción de una anotación preventiva cautelar, pues esa posibilidad tan sólo está prevista para las medidas cautelares del artículo 136 LJCA (156).

4.1.5. *Solicitud de habilitación de días inhábiles*

También se debe destacar que el artículo 128-3 LJCA prevé que, «en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles (...) en el incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares. El Juez o Tribunal oír a las demás partes y resolverá por auto, en el plazo de tres días, acordando en todo caso la habilitación cuando su denegación pudiera causar perjuicios irreversibles».

4.2. ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

Cuando la medida cautelar se solicite bajo la pendencia del proceso principal será competente para decidir sobre su adopción el órgano jurisdiccional

(154) ASÍ, TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308 y 1331, y PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., págs. 168-170, esp. pág. 170, quien advierte que «el número segundo del citado artículo 132 no es un obstáculo a la pérdida de eficacia de las medidas cautelares cuando se ha accedido a la ejecución provisional de la sentencia, ya que la inmodificabilidad de aquéllas, que tal precepto declara, sólo guarda relación con el análisis de las cuestiones de forma o de fondo que configuran el debate o con la modificación de los criterios de valoración tenidos en cuenta para acceder a ellas, lo que lógicamente hace referencia a la sustanciación del proceso en primera o única instancia antes de dictarse sentencia».

(155) ASÍ, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2036-2037.

(156) La anotación preventiva no se podrá solicitar *ante causam*, ya que el artículo 136 LJCA sólo permite esta posibilidad cuando la pretensión se deduzca en relación con la inactividad de la Administración (art. 29 LJCA) o vía de hecho (art. 30 LJCA), y este tipo de pretensiones no entran, en principio, dentro de las situaciones jurídicas cautelables de la anotación.

que esté conociendo de dicho proceso, ya que el artículo 7-1 LJCA atribuye al mismo la competencia funcional para conocer de todas las incidencias de ese proceso.

Cuando la petición de medida cautelar se formule cuando el proceso principal esté en fase de recurso, la competencia funcional corresponderá al órgano jurisdiccional *a quo* por aplicación de los artículos 83-2 y 91-4 LJCA. El primer precepto citado dispone que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo podrá adoptar medidas cautelares aunque se haya interpuesto recurso de apelación en ambos efectos contra la sentencia del proceso principal. El segundo establece que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, cuando tenga por preparado un recurso de casación deje testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos de la ejecución provisional de dicha sentencia. Si la competencia funcional para la ejecución provisional se atribuye al órgano jurisdiccional *a quo*, idéntica solución habrá que aplicar, analógicamente, para la tutela cautelar (157).

A esta conclusión ha llegado el ATS (Sala 3.^a), de 16 de febrero de 1999 (Recurso 10012/1997) (158), al resolver que no corresponde a la Sala 3.^a del TS, sino al órgano jurisdiccional *a quo*, decidir sobre la adopción de medidas cautelares cuando su sentencia haya sido recurrida en casación:

(...) una cosa es que en cualquier estado del proceso deba ser posible, como posibilidad genérica o institucional, la dispensa u otorgamiento de la tutela cautelar, y otra distinta, diferenciada de ella, la identificación del órgano judicial que en cada estado de aquél haya de tenerse competente para tal función.

En este punto, la interpretación sistemática y lógica de las normas aplicables conduce a entender que, aun estando pendiente un recurso devolutivo, es sin embargo el órgano *a quo* el que conserva la competencia para decidir en ese

(157) Vid. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 98, para quien «sería un contrasentido que las medidas cautelares debieran ser solicitadas del Tribunal Supremo si está conociendo del recurso de apelación interpuesto en el proceso».

Por el contrario, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1000, entienden que será competente para conocer de la solicitud cautelar en fase de apelación el órgano jurisdiccional que conozca de la apelación, si la pretensión cautelar consiste en el aseguramiento de la sentencia que pueda recaer en esa segunda instancia, apoyándose en los artículos 10-2 y 11-2 LJCA, o el órgano jurisdiccional que haya conocido de asunto en primera instancia, si la adopción de la cautelar pretende garantizar la efectividad de la sentencia recaída en esa instancia procesal, partiendo del artículo 83-2 LJCA.

A mi modo de ver, tal razonamiento no es correcto, pues los artículos 10-2 y 11-2 LJCA regulan la competencia para conocer, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra las sentencias y los autos dictados por los órganos jurisdiccionales unipersonales, cuando es por todos conocido que la apelación contra el auto que se pronuncia sobre la adopción de una medida cautelar no abre una segunda instancia.

(158) En CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., págs. 121-123.

ámbito de la tutela cautelar, siendo por tanto ante él ante quien ha de deducirse la pretensión correspondiente.

Así, si se observa la regulación que la nueva Ley de la Jurisdicción dedica al recurso de apelación en sus artículos 81 y siguientes, se aprecia en la dicción del artículo 83.2 que es el Juez quien, no obstante, la admisión de la apelación en ambos efectos, y como facultad separada y por tanto diferenciada a la de la ejecución provisional de la que se ocupa el artículo 84, puede en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia. Pero además de la dicción de los preceptos, es también el criterio lógico el que conduce a la conclusión dicha, pues no tendría sentido que el tribunal de apelación pudiera estar decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares mientras que el juez pudiera adoptar medidas contradictorias para garantizar la efectividad de la sentencia o acordar una ejecución provisional de ésta incompatible con aquéllas.

Y si ello es así, en sede del recurso de apelación, con mayor fuerza ha de serlo en el de casación, pues a la razón lógica antes dicha, se une ahora la que deriva de la naturaleza de este recurso extraordinario, cuyo objeto no es el examen de nuevo, sin limitación alguna, de la totalidad de los aspectos jurídicos y fácticos de la cuestión planteada, sino el más limitado de enjuiciar, en la medida en que se denuncien a través de los motivos de casación, las hipotéticas infracciones jurídicas en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo*, bien sea *in iudicando*, es decir, al aplicar el ordenamiento jurídico o la jurisprudencia al resolver las cuestiones objeto de debate, bien sea *in procedendo*, esto es, quebrantando normas procesales que hubieran debido ser observadas. Como bien se comprende, esa especial naturaleza del recurso de casación no admite, sin riesgo de distorsión, que el órgano judicial entre en contacto con un elenco de datos y aspectos del proceso, tanto fácticos como jurídicos, que siendo de necesaria valoración en la toma de la decisión cautelar, serán sin embargo en gran medida ajenos al objeto propio de aquel recurso.

En conclusión, es el órgano judicial *a quo*, bien en sede del instituto propiamente de las medidas cautelares, bien en la del atinente a la ejecución provisional de la sentencia, el competente para satisfacer la exigencia institucional de que en cualquier estado del proceso pueda deducirse y en su caso atenderse una pretensión de tutela cautelar.

4.3. LA AUDIENCIA DE LA PARTE CONTRARIA Y DE LOS TITULARES REGISTRALES

La norma procesal contencioso-administrativa ha establecido dos diferentes formas o modos de contradicción en el proceso cautelar:

- a) Estableciendo una contradicción previa a la adopción de la medida cautelar, que se articula a través de la audiencia prevista en el artículo 131 LJCA.
- b) Introduciendo una contradicción diferida pero preceptiva mediante la comparecencia contemplada en el artículo 135 LJCA.

4.3.1. *La contradicción previa como regla general ex artículo 131 LJCA*

Admitida la solicitud cautelar se formará una pieza separada (159) y del escrito de solicitud de la medida cautelar se dará traslado a la parte contraria que se haya personado para que en un plazo máximo de diez días pueda formular alegaciones defensivas (160) por escrito (161), pidiendo la denegación de la medida solicitada o su adopción, pero con la adopción de alguna de las contracauteles previstas en el artículo 133-1 LJCA (162).

En el propio artículo 131 de la misma norma se precisa que, cuando la Administración demandada aún no haya comparecido, «la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada», sin necesidad, por lo tanto, de actuar dicho órgano con postulación técnica (163). Cuando la Administración demandada ya haya comparecido, el trámite de audiencia se realizará con el letrado correspondiente (art. 447 LOPJ). Con esta medida se persigue no demorar en exceso la decisión sobre la adopción o no de la medida cautelar.

Como se ha apuntado, «al no preverse el supuesto de que no hubiesen comparecido los codemandados, según el artículo 21.1.b) —que será lo normal cuando la petición cautelar se formule al iniciarse el proceso—, no se les dará audiencia, lo que constituye una infracción del principio de contradicción cuando se trate propiamente de demandados —no de terceros intervinientes—, ya que serán los principales afectados —y a veces gravemente— por la cautela

(159) Por lo tanto, la tramitación del incidente cautelar carecerá de efecto suspensivo respecto del proceso principal.

(160) Como señalan TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1329, y GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., págs. 1097-1098, estas alegaciones defensivas podrán versar tanto sobre la ausencia de los presupuestos exigibles para la adopción de la medida como sobre la concurrencia de algún presupuesto obstativo a dicha adopción —la perturbación grave de los intereses generales o de tercero—.

(161) Aunque el artículo 131 LJCA utiliza la expresión «con audiencia de la parte contraria», lo que podría llevar a pensar que la contradicción se debería articular en una comparecencia oral, la doctrina entiende que el significado de dicha expresión legal es el de que la parte contraria podrá formular alegaciones defensivas por escrito. Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1328; y LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 746-747. Por el contrario, OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378, defiende que se deberá convocar a las partes a una audiencia.

(162) En este último caso la parte contraria deberá alegar los perjuicios de cualquier naturaleza que se puedan derivar de la ejecución de la medida cautelar, al efecto de que el órgano jurisdiccional adopte las medidas adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios o la caución o garantía que estime suficiente para responder de los mismos.

(163) Esta precisión, como destaca LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 747, «resuelve el problema que puede presentarse al poder solicitarse la medida cautelar después de la interposición del recurso o con la demanda (...), es decir, en un momento anterior a la personación de la Administración, la cual se produce con la remisión del expediente administrativo (art. 50.2)».

que se adopte, al impedirles el ejercicio de los derechos reconocidos en el acto administrativo en relación al cual se formule la pretensión» (164).

En el mencionado escrito la parte contraria deberá acreditar las alegaciones de hecho realizadas, bien remitiendo al expediente administrativo y a los autos principales, bien presentando principios de prueba documentales o periciales —informes—, ya que, como se ha comentado con anterioridad, no está contemplada la práctica de otros medios de prueba.

No me parece ajustada a Derecho la opinión doctrinal (165) y la práctica jurisprudencial (166) que defiende, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la posibilidad de articular la contradicción de las partes a través de alegaciones orales en una vista, o de abrir un período probatorio en casos puntuales.

A mi juicio, el mismo trámite procedimental se deberá seguir para que se cumpla el requisito —establecido por el art. 68 del Real Decreto 1093/1997— de que sean oídos, en todo caso, el titular registral de la finca y los que según la certificación registral sean titulares de derechos y cargas que consten en la misma, cuando no intervengan como demandantes o demandados.

Esta última exigencia viene establecida por un precepto de naturaleza reglamentaria, que, por el principio de legalidad procesal, no puede regular cuestiones de tipo procesal. No obstante, se debe señalar que dicha audiencia —al menos la relativa al titular registral de la finca— viene impuesta por el principio de legitimación recogido en el artículo 38 LH y, sobre todo, por el principio de tracto sucesivo a que se refiere el artículo 20.I de la misma norma. Estos preceptos imponen al Registrador la no práctica de la anotación en el registro si no ha sido oído el titular registral de la finca sobre la que se haya de extender aquélla.

4.3.2. *La contradicción diferida pero preceptiva como excepción ex artículo 135 LJCA*

El artículo 135 LJCA faculta al órgano jurisdiccional para que, previa petición del solicitante de la medida (167) y «atendidas las circunstancias de

(164) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2072.

(165) Vid. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 341.

(166) Así, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341-342 y 359-360).

(167) Quien deberá alegar y acreditar la concurrencia de las circunstancias de especial urgencia.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 358-359), denegó la adopción de una medida cautelar provisionalísima porque la parte solicitante no había justificado la urgente necesidad de la misma.

especial urgencia que concurran en el caso» adopte la medida cautelar «sin oír a la parte contraria».

Pero, para garantizar el respeto del contradictorio, ese mismo precepto prescribe que de oficio, «en la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse, dentro de los tres días siguientes, sobre levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada».

En esa comparecencia, la parte contraria podrá formular alegaciones defensivas oralmente, pidiendo el alzamiento de la medida adoptada o su mantenimiento, pero con la adopción de alguna de las contracautelas previstas en el artículo 133-1 LJCA o con un incremento o una mejora, cuantitativo o cualitativo, de dichas contracautelas, según los casos. Las alegaciones de hecho realizadas deberán ser acreditadas, bien remitiendo al expediente administrativo y a los autos principales, bien presentando principios de prueba documentales o periciales —informes—.

Las circunstancias de especial urgencia comprenden aquellos supuestos en los que la conducta constitutiva del peligro en la demora, que afectará a la efectividad de la sentencia, se está ya incoando o preparando, es decir, cuando «la producción de los efectos de la actuación administrativa impugnada es inminente, puede consumar el daño al derecho o interés antes de que pueda proveerse sobre la medida cautelar por la vía procedimental ordinaria» (168).

Tampoco, según mi parecer, es conforme a Derecho la opinión doctrinal (169) y la práctica jurisprudencial (170) que permite acordar la improcedencia de adoptar la medida cautelar sin oír a la parte contraria pero, para no demorar la tramitación del incidente y su resolución, considera posible citar a las partes a una comparecencia, en un término breve, para resolver lo antes posible sobre la medida cautelar pero sin carácter provisionalísimo.

Respecto de las anotaciones preventivas cautelares en el proceso civil se debe señalar que el peligro en la demora que las mismas tratan de conjurar puede actualizarse, con facilidad y rapidez, en el supuesto de que el juez resuelva sobre la petición de medidas cautelares previa audiencia de la parte demandada.

Por ello he defendido que «para evitar que el demandado pueda realizar rápidos actos de disposición fraudulenta que podrían minar la eficacia de la anotación preventiva cautelar y de la eventual sentencia estimatoria de la

(168) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99. Para TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1346, estas circunstancias de especial urgencia se darán cuando la espera derivada de la tramitación del incidente por el cauce ordinario del artículo 131 LJCA pueda frustrar la viabilidad de la pretensión que fundamenta el recurso.

(169) Vid. RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341 y 357.

(170) Así, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de julio de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 341-342 y 359-360).

pretensión interpuesta, entiendo que —invirtiendo la previsión legislativa— la regla general debería ser la adopción de esta medida cautelar sin audiencia previa al demandado, ya que atendiendo a la idiosincrasia de dicha medida cautelar —que se ha podido comprobar al estudiar el presupuesto del *periculum in mora* y los efectos de la misma— tal audiencia previa puede comprometer y frustrar su efectividad» (171).

Sin embargo, en el proceso contencioso-administrativo no será posible mantener la argumentación anterior porque esas circunstancias de especial urgencia no contemplan el supuesto de que «para la efectividad de las medidas acordadas sea necesario sorprender al sujeto pasivo de las mismas —que podría hacerlas inocuas si conociera de antemano su solicitud—» (172). Como argumento a favor de lo expuesto, recuérdese la distinción realizada por el artículo 733-2.I LEC, según el cual el órgano jurisdiccional podrá adoptar la medida cautelar sin previa audiencia del demandado, «cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar».

Por otra parte, señalar que la concurrencia de razones de especial urgencia que hagan posible la adopción de la anotación preventiva sin previa audiencia de la parte contraria, se compagina mal con el requisito, recogido en el artículo 68 del Real Decreto 1093/1997, de «haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta». Si se ha de cumplir este requisito carecerá de sentido, en no pocas ocasiones, acudir a la posibilidad procedimental excepcional prevista por el artículo 135 LJCA.

Por último, destacar que el órgano jurisdiccional ante el que se haya solicitado la adopción de la medida cautelar, sin previa audiencia de la parte contraria por la supuesta existencia de circunstancias de especial urgencia, puede hacer tres cosas:

- a) Entender que dichas circunstancias de especial urgencia concurren, y adoptar la medida cautelar *inaudita altera parte*. En este caso se articulará la señalada contradicción diferida pero preceptiva.
- b) Considerar que tales circunstancias no se dan en el caso y dar traslado de la solicitud cautelar a la parte contraria al amparo del artículo 131 LJCA, para resolver sobre la medida cautelar solicitada des-

(171) MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 567-568.

(172) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 99. También así, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1055, para quienes el artículo 135 LJCA se refiere «a los supuestos en que, debido a que el *periculum in mora* es inminente, la adopción de medidas cautelares conforme al procedimiento general sería tardía y, consecuentemente, ineficaz».

pués de haber oído a dicha parte (173). Esta última resolución cautelar podrá ser recurrida según las reglas generales que más abajo se especifican.

- c) Denegar la adopción de la medida cautelar por entender que la solicitud cautelar es infundada sin necesidad de oír a la parte contraria, es decir, porque no se dan los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar. En este caso, la resolución cautelar también podrá ser recurrida según las mencionadas reglas generales.

4.4. RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

La resolución judicial sobre la medida cautelar deberá adoptar la forma de auto (arts. 131 y 135 LJCA).

La exigencia impuesta por el artículo 130-1 LJCA de valorar circunstanciadamente todos los intereses en conflicto para decidir sobre la adopción de la medida cautelar debe quedar reflejada en la motivación de la resolución cautelar. Asimismo, en la motivación del auto se deberá hacer referencia a la concurrencia o no de los restantes presupuestos que posibilitan la adopción de la medida cautelar (174).

El órgano jurisdiccional, en el auto que decida sobre la adopción de una medida cautelar *inaudita altera parte*, además de motivar la concurrencia de los presupuestos generales, deberá explicar por qué ha entendido que se daban en el caso concreto circunstancias de especial urgencia que han justificado resolver sobre la medida cautelar sin oír a la parte contraria.

El deber de congruencia de la resolución judicial respecto de la solicitud cautelar no implica que «si la medida pedida no es estimada procedente, el Juez sólo podrá desestimarla», sino que «es congruente conceder la medida con contracautelas específicas y genéricas (caución) (arts. 133.1 y 2), concesión que no se entiende como pronunciamiento sobre un *aliud*, sino como concesión de menos de lo pedido» (175).

(173) Sin embargo, el ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de septiembre de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 358-359), denegó la medida provisionalísima, «sin perjuicio de que la parte pueda instar la oportuna medida cautelar ordinaria».

(174) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., págs. 77 y 101. Véanse también, al respecto, LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 738; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1329 y 1347-1348; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2072; PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 795; OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 628.

(175) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 97.

4.5. RECURSOS CONTRA LA RESOLUCIÓN JUDICIAL SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

Para estudiar al régimen de los recursos debemos distinguir dos supuestos:

- a) Cuando la medida cautelar haya sido adoptada con audiencia previa de la parte contraria

En este caso si la resolución —estimatoria o no— fue dictada por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo contra la misma cabrá recurso de apelación en un único efecto —el devolutivo, de modo que sus efectos serán inmediatos— [art. 80.1.a) LJCA], con independencia de que contra la sentencia dictada en el proceso principal quepa o no recurso de apelación.

No obstante, se debe señalar qué postura contraria ha seguido la STSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2.^a), de 29 de septiembre de 1999 (176), al inadmitir el recurso de apelación contra la resolución cautelar por no ser apelable la sentencia del proceso principal:

Primero.—(...) Se recurre en apelación el auto de fecha 25 de marzo de 1999, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Bilbao, en el procedimiento ordinario 89/99, sobre adopción de medida cautelar.

Tramitado el referido recurso de apelación y en virtud de las facultades que concede al Tribunal el artículo 33.2 LRJCA, se acordó oír a las partes sobre la posible inadmisibilidad del citado recurso, al dictarse la resolución impugnada en procedimiento cuya cuantía no excede de tres millones de pesetas.

Ambas partes, apelante y apelado, mantienen que los autos recaídos en la pieza de medidas cautelares, adoptando o denegando la medida, son susceptibles de recurso de apelación en virtud de lo dispuesto en el artículo 80.1.a) LRJCA.

Segundo.—El artículo 80 de la ley, en su apartado primero, dispone que cabe recurso de apelación en un solo efecto, en determinados supuestos, contra los autos dictados en procesos de los que los juzgados conozcan «*en primera instancia*». Esta expresión es significativa, por cuanto la misma induce a interpretar que se refiere a aquellas cuestiones en que cabe más de una instancia, es decir, aquellas cuestiones en que cabe recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 81. Abona esta tesis el hecho de que el número 2 del mismo artículo 80 establece que «en todo caso» serán apelables otros autos dictados en los supuestos que concreta. Con ello se resalta que al afirmar «en todo caso» está afirmando que en el número anterior no lo es en todo caso, pues si no sería innecesaria esta matización. Incluso cuando se afirma que en todo caso son apelables los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111, es claro que a la vista de dichos preceptos, son casos en los que el recurso

(176) En RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., págs. 369-370.

de apelación respecto de los autos principales no cabrá en la mayoría de los supuestos.

El artículo 80 de la Ley, pues, admite la apelación de los autos que ponen término a la pieza de suspensión, cuando se trate de un procedimiento del que se conoce en primera instancia, es decir, procedimiento respecto del cual cabe el recurso de apelación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 81.

Aparte lo anterior, también cabe sentar la premisa de que el recurso de apelación, respecto de las incidencias de un procedimiento, será admisible cuando el procedimiento tenga la posibilidad de impugnación.

En el presente caso, no existe controversia en cuanto que la cuantía del procedimiento no excede de tres millones de pesetas, por lo que debe inadmitirse el recurso de apelación, siendo firme el auto impugnado.

A mi modo de ver, la conclusión a la que llega la resolución anterior no es correcta, pues, por una parte, el artículo 80 LJCA no contiene la limitación que establece el artículo 87.1 LJCA, según el cual sólo serán recurribles en casación determinados autos en los supuestos del artículo 86 de la misma norma —que establece cuándo es recurrible en casación la sentencia dictada en el proceso principal—, y, por otro lado, la expresión «en todo caso» del artículo 80-2 LJCA, se debe entender en el sentido de que los autos a que se refiere dicho precepto son recurribles aunque no se den los casos específicamente previstos en las diversas letras del artículo 80-1 de dicho texto legal.

Cuando la resolución —estimatoria o no— haya sido dictada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional será recurrible mediante casación, siempre y cuando quepa recurso de casación contra la sentencia del proceso en que se haya adoptado la medida cautelar [art. 87.1.b) LJCA] (177).

(177) Los ATS (Sala 3.^a), de 24 de septiembre de 1999 (BDA, m. RJ 1999/7510), y de 7 de mayo de 1999 (BDA, m. RJ 1999/4938) inadmitieron sendos recursos de casación en los que se impugnaban dos autos en los que se denegaba la adopción de la anotación preventiva de la interposición de un recurso contencioso-administrativo porque, con arreglo a la normativa procesal en ese momento vigente, sólo cabía recurso de casación en materia de medidas cautelares contra los autos que pusieran fin a la pieza separada de suspensión.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso...*, cit., pág. 630, destaca que «esta ejecución inmediata del auto cautelar, que es todo su sentido, podría ponerse en cuestión, falseando toda la institución, si se entendiese que el recurso de casación que es admisible contra el mismo (siempre que el proceso principal en que la medida cautelar se produja sea recurrible por su objeto y cuantía), según el artículo 87.1.b) LJ, tuviese efecto suspensivo por sí solo. Esta conclusión absurda fue obviada por la jurisprudencia interpretativa del antiguo artículo 125 de la LJ de 1956 (Auto de 30 de junio de 1971) y así debería interpretarse con la LJ actual, aunque nada se dice al respecto. En todo caso, será prudente formular, cuando la casación haya sido admitida, la petición de ejecución provisional ante la Sala *a quo*, que deberá ser otorgada por ésta automáticamente si no se quiere desvirtuar totalmente la institución cautelar». Este mismo autor, *Observaciones...*, cit., págs. 271-276, considera que la admisión del recurso de casación en ambos efectos, según resulta del

Cuando la medida cautelar la acuerde la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la resolución cautelar sólo será susceptible de recurso de súplica, «sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario» (art. 79-1 LJCA).

- b) Cuando la medida cautelar haya sido adoptada sin audiencia previa de la parte contraria

Ante esta circunstancia, contra la resolución judicial que adopte la medida cautelar no cabrá recurso alguno, al estar prevista una contradicción deferida pero preceptiva. La resolución dictada en esa comparecencia será recurrible según las reglas generales arriba expuestas (art. 135 LJCA).

Si la resolución cautelar no concede la medida cautelar cabe distinguir dos supuestos:

En primer lugar, si no se concede la medida cautelar por motivos de fondo, contra la resolución judicial cabrán los recursos examinados en el apartado a).

régimen del artículo 91 LJCA, priva de ejecutoriedad a la resolución cautelar y constituye un flagrante vicio de inconstitucionalidad por infracción del artículo 24-1 CE. Este autor propone como solución alternativa la petición de ejecución provisional de la sentencia recurrida según el mencionado artículo 91 LJCA, pero descarta dicha solución porque contra el auto que otorga la ejecución provisional cabe recurso de casación —art. 87.1.d) LJCA— en dos efectos, por lo que propone una reforma legal en el sentido de admitir recurso de casación contra la resolución que adopte una medida cautelar pero en un solo efecto.

CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 320, siguiendo al autor anterior, también sostiene que, dado que el recurso de casación podría tener efecto suspensivo por sí solo, hay que rechazar este efecto para no desvirtuar la institución cautelar. También así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 1622 y 2076, nota 4, y PECES MORATE, J. E., *Tutela...*, cit., págs. 159-160 y 173.

En otro orden de cosas, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., pág. 121, ha destacado que se puede plantear el problema de que en la fase inicial del proceso —que es cuando normalmente se solicita la tutela cautelar y se resuelve sobre la misma— no resulten conocidos todavía los datos procesales necesarios para saber si contra la sentencia del proceso principal cabrá, o no, recurso de casación.

Este mismo autor, *Reflexiones...*, cit., págs. 124-130, recoge diversas resoluciones del Tribunal Supremo, adoptadas bajo la vigencia de la ley procesal anterior, que entienden que no corresponde a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por vía casacional —en referencia a la casación por motivos de fondo, es decir, por vicios *in iudicando*— el control de los juicios de las Salas de instancia sobre la existencia de los presupuestos para la adopción de una medida cautelar, en el supuesto concreto sometido a su decisión, ya que el recurso de casación no puede fundarse en el error de hecho en que hubiese podido incurrir el órgano jurisdiccional de instancia al valorar las circunstancias del caso, salvo que se aduzca la infracción de normas o criterios jurisprudenciales acerca del valor tasado de un determinado medio de prueba.

En segundo lugar, si la medida no es adoptada por no concurrir circunstancias de especial urgencia, la resolución no es recurrible, porque no pone término a la pieza separada de medidas cautelares, pero, previa audiencia de la parte contraria, la resolución judicial que entonces se dicte será recurrible de acuerdo con las normas expuestas en el apartado a) [arts. 80-1.a) y 87-1.b) *a sensu contrario*] (178).

4.6. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DURANTE EL CURSO DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 132-1 LJCA prevé que las medidas cautelares «podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado». Este precepto plantea el problema de determinar qué tipo o clase de circunstancias posibilita un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya resuelta por resolución firme.

Para ello se debe partir del artículo 132-2 LJCA, que advierte que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». En consecuencia, sólo será posible ese nuevo pronunciamiento cuando el mismo se solicite con fundamento en nuevos datos de hecho —hechos nuevos, no simples nuevos medios de acreditamiento o de prueba— acontecidos con posterioridad al supuesto fáctico que pudo ser considerado por aquella resolución firme (179),

(178) Así, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 101.

(179) En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 102. Este mismo autor, *La tutela...*, cit., pág. 81, pone de manifiesto que del precepto transcrito se deduce la nula influencia de las variaciones en la apreciación del *fumus boni iuris* sobre la estabilidad de la medida cautelar ya acordada.

Vid. también LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., págs. 736 y 747, esp. pág. 736, quien señala que se podrán modificar o revocar las medidas ya adoptadas, «pero sólo por circunstancias externas al proceso (...), impidiendo dicho cambio o revocación por modificación de las circunstancias internas, es decir, por el cambio de criterio del juzgador con base en el avance del proceso y, por lo tanto, por nuevos elementos de juicio que pueda adquirir el órgano jurisdiccional sobre el objeto del proceso», y critica la regulación legal, aduciendo que «el presupuesto de la apariencia del derecho debería permitir la modificación de las medidas acordadas»; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones...*, cit., pág. 275, para quien el *fumus boni iuris* debería jugar a la hora de modificar o revocar las medidas cautelares; TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., pág. 1334, para quien la solución legal puede perpetuar situaciones manifiestamente injustas generadoras de perjuicios; GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., pág. 1098, para quien hubiera sido

o, incluso, en datos de hecho anteriores a ese momento pero descubiertos con posterioridad (180).

La modificación de las medidas cautelares se puede entender en dos sentidos: a instancia del demandante, «para incrementarlas en aquellos supuestos en que no sea suficiente la medida adoptada; o, a instancia del demandado, para disminuirlas en los casos contrarios que se estimare que, a la vista de las circunstancias que concurren, bastaría una medida menos gravosa o rigurosa o, inclusive, la supresión de la medida cautelar adoptada» (181), con lo que se entraría propiamente, en este último caso, en el supuesto de revocación de las mismas.

conveniente la modificación o revocación de la medida cautelar «en función del desarrollo del procedimiento, las alegaciones de las partes en la demanda y contestación o de la práctica de las pruebas»; TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1057, para quien es cuestionable la incomunicación de la pieza cautelar respecto del proceso principal; RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 343, para quien la aparición en el proceso de circunstancias de hecho que no se pudieron tener en cuenta a la hora de resolver sobre la medida cautelar justifica una nueva decisión al respecto; y DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1006 y 1037, para quienes se requiere un cambio o una alteración de las circunstancias o de los presupuestos fácticos.

El ATSJ de Bilbao (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 29 de enero de 1999 (en RUIZ PIÑEIRO, F. L., *Las medidas...*, cit., pág. 344), consideró procedente denegar la adopción de una medida cautelar solicitada de nuevo, pues la nueva solicitud no se basaba en hechos materialmente nuevos, sino en una prueba pericial, ya que el artículo 132-2 LJCA «no permite la modificación o revocación de las medidas cautelares por los avances que durante el proceso vayan haciéndose respecto de las cuestiones de fondo».

(180) Así, TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1056, y DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1006 y 1037.

(181) CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., págs. 317-318, siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2080. Para estos autores —y también para DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1038—, dicha modificación puede ser realizada tanto de oficio como a instancia de parte, debiendo ser acordada por el órgano jurisdiccional ante el que se tramite el proceso principal, aunque no haya acordado la medida cautelar, y requiriendo lógicamente, a pesar de no establecerse expresamente, audiencia de las partes por aplicación de lo dispuesto en el artículo 131 LJCA.

También admiten que la modificación o revocación sea realizada tanto a instancia de parte como de oficio PERA VERDAGUER, F., *Comentarios...*, cit., pág. 802, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1056, exigiendo este último autor que, si se modifica la medida cautelar de oficio, previamente deberán ser oídas las partes. Por el contrario, OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 378, exige la previa petición de parte. GARCÍA GIL, F. J., *El proceso...*, cit., págs. 1038 y 1099, respectivamente, se contradice, pues, por un lado, afirma que «subsisten, no obstante, ciertas posibilidades de actuación de oficio en un estadio posterior (modificación o revocación), a tenor de lo dispuesto en el artículo 132», y, por otra parte, destaca que «tal facultad, no obstante el silencio de la comentada disposición guarda sobre el particular, debe entenderse supeditada a la previa solicitud del interesado».

El mencionado precepto contempla el supuesto de un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya adoptada por variación de las circunstancias, pero no contempla el supuesto contrario: la posibilidad de una nueva petición de tutela cautelar cuando una solicitud anterior haya sido desestimada por resolución firme. Siguiendo a ORTELLS RAMOS hay que proponer que «esa laguna se integre de acuerdo con la *ratio* del precepto considerado: un pronunciamiento sobre esa resolución será admisible si se funda en nuevas circunstancias» (182).

Este mismo autor señala que «no obstante, en este caso hay norma especial y contraria a lo dispuesto en el artículo 132.2: el artículo 83.2 establece expresamente que dictada sentencia en primera instancia, “el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI”» (183).

En cuanto a la competencia funcional para la modificación de la medida cautelar, entiendo que será competente el órgano jurisdiccional que la haya adoptado.

5. LA ACTUACION REGISTRAL DE LA ANOTACION

El artículo 134-1 LJCA se encarga de regular la ejecución o actuación de la medida cautelar adoptada, disponiendo que «el auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV, salvo el artículo 104.2».

En la materia que nos ocupa, entiendo que este precepto no será de aplicación ni en lo relativo a la comunicación de la adopción de la anotación al órgano administrativo que haya realizado la actividad objeto del recurso para que se encargue de la actuación o ejecución de dicha medida cautelar, ni el eventual recurso a los medios ejecutivos establecidos para la ejecución de las sentencias, ya que dicha medida puede ser cumplida «prescindiendo de la voluntad de la Administración demandada» (184), emitiéndose simplemente por el órgano jurisdiccional el correspondiente mandamiento judicial.

La actuación registral de la anotación preventiva que nos ocupa ha presentado dos tipos de problemas:

(182) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 102. Sostiene la misma postura OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 376.

(183) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 102.

(184) ORTELLS, *La tutela...*, cit., pág. 95. También así LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las medidas...*, cit., pág. 747.

En primer lugar, un problema relacionado con el título anotable. En relación con el mismo, la Disposición Adicional décima, apartado segundo, LRRUVS, y el artículo 308 TRLRSOU, disponían que:

Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante (185), en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo.

Ante esta regulación del título anotable, se llegó a solicitar y admitir la práctica de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la interposición de un recurso contencioso-administrativo que pretendía la anulación de los actos administrativos de ejecución del planeamiento en virtud de instancia privada a la que se incorporaba una certificación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo acreditativa de la interposición del recurso (186).

(185) En la Disposición Adicional décima, apartado segundo, LRRUS, no se habla de «órgano urbanístico actuante», sino de «Secretario del órgano urbanístico actuante».

(186) Así, el ATSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 2 de diciembre de 1994 (BDRGID, ref. 95/1.544):

Primero.—La cuestión a resolver es meramente jurídica y consiste, en definitiva, en si, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 307.6 y 309.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el órgano judicial viene obligado a emitir mandamiento al Registro de la Propiedad al objeto de que se efectúe la anotación preventiva, o, por el contrario, está exento de dicha obligación.

Segundo.—Para ello conviene tener en cuenta que el artículo 307 de la norma citada dispone que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad una serie de actos administrativos dictados en el ámbito urbanístico. Pues bien, no cabe duda que todos estos supuestos vinculan a todos los poderes públicos, en virtud de lo establecido en el artículo 9.1 y 103.1 de nuestra Constitución, y por supuesto, también, y principalmente, a los funcionarios encargados del Registro de la Propiedad, sus principales destinatarios.

Entre estos supuestos se encuentra el previsto en el apartado 6: «La interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias».

Tercero.—Pues bien, el asiento procedente es el de anotación preventiva, según previene el artículo 309.2 de esta norma, y la forma de realizar cualquier tipo de asiento es la de la emisión de una certificación administrativa. Así lo dispone de forma clara, que no precisa de interpretación según el clásico principio procesal, el artículo 308 de la citada norma: «Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad, mediante certificación administrativa expedida por el órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo».

La norma no puede ser más lógica. Quien está en condiciones, en el momento de la interposición del recurso, de determinar las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a las que afecte el acuerdo, es exclusivamente

Sin embargo, la unanimidad de la doctrina hipotecarista entendió que «pese a la dicción literal del artículo 308 LS, es indispensable el mandamiento librado por el órgano judicial que admitió el recurso a trámite. En efecto, la anota-

el órgano administrativo actuante. Téngase en cuenta que sólo él conoce estas circunstancias, y que, además, cuando el órgano judicial ha de resolver la cuestión, el momento de interposición del recurso, no el de formalización de la demanda, ni siquiera dispone del expediente administrativo, y, por supuesto, existe todavía el plazo previsto en la Ley Jurisdiccional para que cualquier interesado, ante la publicación del recurso se persone en autos. En consecuencia, en la interpretación de que correspondiera a la Sala la emisión de un mandamiento judicial no podría, en ningún caso, cumplir con los requisitos exigidos por la legislación urbanística y por la propia normativa hipotecaria, con el consiguiente resultado de hacer una interpretación que conduce a la anulación de los efectos de la norma, claramente desechable en nuestro ordenamiento jurídico.

Cuarto.—Por otra parte, el artículo 308 antes citado, establece la posibilidad, que no la obligación, de la inscripción de los supuestos previstos en el artículo 307, como regla general. Este es el supuesto de la anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo, dejando en manos del recurrente la postulación de este Derecho registral. Por el contrario, excepcionalmente, en otros casos, la inscripción es obligatoria para la Administración, como ocurre en los supuestos previstos en el artículo 310, relativo a los casos de reparcelación y de compensación. Igualmente, en estos casos, el título que abre el Registro es meramente administrativo, artículo 310.4.e) de dicha norma.

Quinto.—En consecuencia, de esta normativa, que, en su caso, derogaría a las de carácter hipotecario que se le opusieren, artículo 2.2 del Código Civil, se deduce que no corresponde al órgano judicial, ni la emisión de mandamiento judicial, ni siquiera de la emisión de la certificación administrativa a que se refiere el artículo 308 del Real Decreto Legislativo 1/1992, debiendo, en su caso, exigirse ésta por el Registro de la Propiedad. Sin embargo, el derecho de la parte a solicitar de la Sala certificación de la interposición del recurso contencioso-administrativo es de carácter procesal, y no puede negarse, sin perjuicio de la libertad de valoración por parte de los funcionarios encargados del funcionamiento de dichos Registros. Valoración que, en ningún caso, podrían hacer si se expidiera un mandamiento judicial, y sí, por el contrario, en este caso, y, por supuesto, en el caso de la certificación administrativa, donde deberán apreciar la existencia de los requisitos marcados por el artículo 308 del Real Decreto Legislativo 1/1992 y, en su caso, por la legislación hipotecaria.

Sexto.—La Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las que expresamente le vengan establecidas por la Ley, aparte de la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según la competencia establecida legalmente, artículo 2.2. De ello se desprende la existencia de una reserva de ley en la atribución de competencia a los órganos judiciales, por lo que ha de descartarse, ya que cualquier Reglamento pudiera disponerla.

Séptimo.—Frente a dicha argumentación, la actora traslada la empleada, al parecer, por el Registro de la Propiedad en el sentido de que el artículo 139 del Reglamento Hipotecario dispone que se efectuarán mediante mandamiento, las anotaciones preventivas de demanda, en el supuesto recogido en el artículo 42, apartado 1, de la Ley Hipotecaria. Esta resolución administrativa tiene su régimen de recursos, y no corresponde a este órgano el pronunciamiento sobre la misma, aunque sí debe hacerlo al objeto de fundamentar la no emisión del mandamiento postulado.

ción en cuestión es una medida cautelar procesal con indudable trascendencia sobre la situación registral de la titularidad o derecho cuestionado, cuya adopción requiere una valoración por parte del órgano jurisdiccional y la adopción,

Pues bien, el argumento ha de ser rechazado, el artículo 42 de la Ley Hipotecaria dispone que «podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: 1. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles, o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real».

Es decir, se está refiriendo a un supuesto en el que se ejercitan derechos subjetivos del recurrente, frente a los del demandado. En todo caso, intereses particulares. Por el contrario, en materia urbanística, el legislador ha valorado en primer lugar el mantenimiento de la normativa y los instrumentos urbanísticos frente a los particulares, permitiendo el ejercicio de la acción pública a cualquier ciudadano, pese a no tener interés alguno, directo o indirecto, artículo 304 del Decreto Legislativo 1/1992.

Este criterio prevalente, y la garantía que proporciona la publicidad del Registro frente a terceros, es lo que persigue la Ley al abrir esta institución a los actos previstos en el artículo 307 del Decreto Legislativo 1/1992, y excluye, en principio, la exigencia de garantías que no sólo serían de difícil o imposible cálculo en el caso de la impugnación de instrumentos urbanísticos, sino que irían contra el principio de legitimación pública establecido en la norma y nihilizarían en la práctica sus efectos. No escapa a la Sala que la unión de la acción pública y de la publicidad registral podría dar lugar a situaciones perjudiciales para quien se vea afectado por dichos recursos, pero el establecimiento de la acción pública urbanística supone una opción libremente elegida por el legislador que ha dado prevalencia a la depuración del ordenamiento urbanístico, y, desde luego, no puede ser modificado desde instancias judiciales o administrativas.

Octavo.—De lo dicho anteriormente se deduce la idoneidad de aplicar lo previsto en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, cuyo parangón, en todo caso, podría realizarse con el supuesto previsto en el artículo 307.8 del Decreto Legislativo 1/1992: «cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo del planeamiento o de sus instrumentos de ejecución, modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas», a pesar de lo cual el título seguiría siendo igualmente la certificación administrativa prevista en el artículo 308 de dicha norma.

Idoneidad que resulta aún más patente si la anotación se anuda a la presentación de la demanda, cuando en el caso del artículo 307.6 del Decreto Legislativo 1/1992, se vincula a la presentación del recurso contencioso-administrativo, trámite anterior, y distinto, de aquél.

Noveno.—Por el mismo motivo ha de rechazarle la aplicación del artículo 139 del Reglamento ejecutivo de la Ley Hipotecaria cuando dispone que «el que propusiere demanda en los casos a que se refieren el artículo 38 y número 1 del artículo 42 de la Ley, podrá pedir al mismo tiempo, o después, su anotación preventiva, ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella pudieran seguirse al demandado, en caso de ser absuelto, a cuyo efecto el Juez podrá exigir la caución que estime adecuada. El Juez o Tribunal mandará hacer la anotación, si fuere procedente, al admitir la demanda, y si aquélla se pidiese después en el término del tercer día». Es decir, el supuesto excepcional en que se exige mandamiento, no es, en modo alguno, trasladable al enjuiciado. Su interpretación analógica, aparte de contrariar los principios de acción pública y el claro tenor de la norma legal, supondría una violación del principio de reserva de ley en la atribución de com-

por él, de las cautelas procedentes, todo lo cual exige que su práctica sea una decisión del órgano judicial que conoce del procedimiento» (187).

petencias judiciales, por lo que, en todo caso, el Reglamento debería ser inaplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Décimo.—Se alega, además, el auto del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1993, aislado, y cuya proyección al caso enjuiciado no es posible. En efecto, el contenido de dicho auto, que parte de la deficiente fundamentación del recurrido en instancia (que admite la suspensión del acto impugnado y deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad), en modo alguno hace hincapié en el título de dicha anotación de demanda, sino que tan sólo dispone taxativamente la obligatoriedad del Registrador de la Propiedad a inscribir, pese a no haber sido modificada la Legislación Hipotecaria, y si bien es cierto que, *in fine*, el citado auto se refiere a la posible aplicación analógica del supuesto previsto por dicho Reglamento para la anotación de demanda, se trata de un *obiter dicta*, y en modo alguno prejuzga lo previamente establecido, que el título de inscripción se deriva *ex novo* y automáticamente del Decreto Legislativo 1/1992 (art. 307.6).

Undécimo.—A todo ello nos lleva, además, una interpretación sistemática de la norma. No tendría sentido la exigencia de mandamiento judicial, en el que además se pudiera exigir fianza, si la recurrente, para lograr la anotación, no tiene ni siquiera por qué aguardar a la interposición del recurso contencioso-administrativo, pues le bastaría solicitar de la Administración una simple certificación administrativa de los actos firmes de aprobación de expedientes de planeamiento, cesiones de terrenos de carácter obligatorio, incoación de expediente de disciplina urbanística, etc., todos los supuestos previstos en el artículo 307 del Decreto 1/1992.

(187) DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V., *Anotación...*, cit., pág. 319, quien recoge la opinión generalizada de varios registradores. ALVAREZ-LINERA Y URÍA, C., *La nueva...*, cit., pág. 11, afirma que una interpretación distinta sería contraria a los principios de independencia judicial y de ejecutividad de las resoluciones judiciales y a la regulación que establece la comunicación directa de los órganos jurisdiccionales con el Registro de la Propiedad, aunque señala que «cuando se impugne un instrumento de planeamiento será difícil que existan en los autos datos suficientes para concretar las fincas afectadas, por lo que, en tal supuesto, puede ser conveniente acudir al sistema complementario de la certificación administrativa».

Véase también la consulta resuelta por la base de datos El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (Consultas; Documento: 000001607; Publicación: 28 El Consultor; Fecha: 1995; Número EC: 03238; Número Revista: 24; Número Marginal: 230):

Otra de las novedades que el TRLS contiene es la preferencia o prioridad que se da al documento administrativo como título inscribible y accesible al Registro y en especial las certificaciones administrativas, lo que no ha sido de buen agrado para algunos profesionales. La certificación da fe, no de hechos, sino de documentos o datos cuya constancia ha de obrar en las dependencias municipales o judiciales. La cuestión planteada centra en estos dos fedatarios (judicial o administrativo) la posibilidad de la emisión. Parece claro que el recurso se interpone ante la Sala de lo Contencioso, que en él consta el escrito de interposición y que allí se resuelve sobre su admisión o inadmisión. El Secretario o fedatario municipal puede conocer el hecho e incluso la decisión de la presentación del recurso mediante el acuerdo que al efecto se pueda adoptar, pero no puede acreditar su presentación y mucho menos su admisión. Por ello entendemos que será el fedatario judicial quien deberá expedir la certificación o testimonio de la interposición y de la admisión a trámite y del escrito comprensivo del mismo, sin el cual no podrá conocer los datos pre-

A esta problemática ha puesto fin el Real Decreto 1093/1997, pues, por una parte, su artículo 2.I.1, al regular el título inscribible, dispone que los actos «que tengan su origen en actuaciones jurisdiccionales se inscribirán en virtud de mandamiento del Juez o Tribunal correspondiente, en el que se transcriba la providencia o el auto recaído o se ordene la inscripción de la sentencia de que se trate», y por otro lado, su artículo 69 precisa el título para la anotación aquí estudiada, estableciendo que «la anotación se practicará en virtud de mandamiento judicial en el que se consigne literalmente la resolución dictada y que se ha prestado, en su caso, la caución correspondiente».

En segundo lugar, también se ha planteado un problema relacionado con la calificación registral y el principio de tracto sucesivo.

Las RDGRN de 23 y 24 de abril de 1997 (188), resuelven positivamente la cuestión de si es posible o no anotar preventivamente la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de aprobación definitiva de un plan parcial de ordenación sobre determinadas fincas resultantes de la ejecución, por el sistema de compensación, de la urbanización de la zona a que se contrae ese Plan Parcial, habida cuenta que el mandamiento que ordena la práctica de la anotación se refiere a determinadas fincas originarias correspondientes a dicha zona, cuyos folios registrales ya han sido cerrados por efecto de la compensación:

El Registrador deniega la anotación solicitada por el defecto insubsanable de inexistencia registral de las fincas sobre las cuales se ordena practicar el asiento al estar canceladas las hojas registrales respectivas conforme al artículo 114 en relación al 174.4 del mismo Texto Reglamentario. El defecto, tal como es planteado, no puede ser estimado. Ciertamente, la cancelación de los folios registrales abiertos a las fincas originarias determina su inexistencia jurídica actual; ahora bien, al establecerse por *ministerio legis* la subrogación con plena eficacia real de las antiguas por las nuevas parcelas resultantes de la compensación, siempre que quede clara la correspondencia entre unas y otras (cfr. arts. 122.1 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, art. 167 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), es evidente que la anotación decretada sobre una parcela originaria debe extenderse sobre la nueva finca resultante de la compensación que ocupe su misma posición jurídica por efecto de esa subrogación, lo cual, además, viene facilitado por la necesaria coordinación registral entre los folios de las antiguas parcelas y los abiertos a las nuevas, cuando media entre unas y otras esa correspondencia (cfr., arts. 114 y 174.4 del Reglamento de Gestión Urbanística). Cuestión distinta es que en el caso debatido no se haya producido ese efecto subrogatorio respecto de las parcelas a que se contrae el mandamiento calificado (lo cual no puede ser decidido por este

cisos para expedir el documento a presentar o a acceder, previa calificación por el Registrador, al Registro. La certificación deberá ser expedida previo mandamiento judicial al que deberá ir unida la certificación o testimonio del secretario judicial. (188) (BDLLA, Jurisprudencia).

Centro Directivo en el marco del presente recurso gubernativo), pero en tal supuesto es evidente que la objeción no será ya la que ahora se alega.

Por su parte, la RDGRN de 12 de diciembre de 1997 (189), resuelve un caso similar al planteado anteriormente, cuyos antecedentes se resumen a continuación.

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dos acuerdos de un Ayuntamiento por los que se aprueba la relación individualizada de los bienes afectados por el expediente de expropiación forzosa para la ejecución de una determinada unidad de actuación, y, obtenida en primera instancia sentencia estimatoria, se acuerda por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo que conoce del asunto en trámite de apelación, la anotación preventiva de la demanda correspondiente sobre determinada finca, que carece ya de existencia registral, pues se trataba de una de las parcelas originarias incluidas en la unidad de actuación y ya ha sido aprobado e inscrito en el registro el proyecto de compensación —incluso han sido ya transmitidas a terceros buena parte de las fincas de reemplazo—.

En estas circunstancias se pretende, por el recurrente, la práctica de la anotación preventiva de su demanda sobre todas las fincas registrales actuales que ocupan físicamente la superficie que en su día acotara la finca de procedencia que ha quedado identificada en el mandamiento calificado.

Presentado el mandamiento en el Registro de la Propiedad, el registrador deniega la práctica de la anotación porque:

- a) La finca descrita en el mandamiento fue expropiada y aportada a una junta de compensación, y se encuentra reemplazada por otra, de manera que debe especificarse si se quiere que la anotación se practique sobre la nueva finca registral.
- b) La finca se encuentra inscrita a favor de una persona distinta de aquélla contra la que se ha dirigido el procedimiento —defecto éste que se considera insubsanable—.

Interpuesto el recurso gubernativo, el Presidente del TSJ dicta auto por el que revoca los dos defectos de la nota impugnada aun cuando estima que la anotación cuestionada deber practicarse únicamente sobre la finca de reemplazo que se corresponde con la de procedencia y que se halla perfectamente identificada.

La DGRN confirma el auto en cuanto al primer defecto, dado el juego subrogatorio inherente a la reparcelación o a la compensación y estima el recurso de apelación en cuanto al segundo de los defectos, aun cuando la demanda vaya dirigida sólo contra la Administración que dictó el acto impug-

(189) BDA, m. RJ 1997/8823.

nado, si en el mandamiento consta, al menos, que conforme al artículo 64 LJCA, ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares de las fincas sobre las que se ordena la anotación. Como el emplazamiento puede tener lugar después de la interposición de la demanda, el defecto se considera subsanable:

Segundo.—Si se tiene en cuenta que el juego subrogatorio inherente a la reparcelación o la compensación no se produce entre una de las fincas de procedencia y las de reemplazo que ocupan la misma superficie física que acotaban en su día aquéllas, sino entre las antiguas y las nuevas que con ella se correspondan según el proyecto aprobado (cfr. arts. 157.3 y 167 de la Ley del Suelo), no puede accederse a la pretensión del recurrente cuando, como ahora ocurre, no se establece esta correspondencia entre la finca originaria a la que se contrae el mandamiento calificado y las fincas de reemplazo que ocupan la porción de terreno que aquélla delimitaba; todo ello sin perjuicio de la posibilidad, ya reconocida en el auto apelado, de practicar dicha anotación sobre la nueva finca de reemplazo que con ella se corresponda.

Tercero.—Respecto al segundo de los defectos de la nota impugnada —no estar dirigido el procedimiento respectivo contra los titulares de las fincas objeto de la anotación— es doctrina reiterada de este Centro Directivo, basada en los principios registrales de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) y salvaguarda judicial de los asientos registrales (arts. 40, 82 y 220 de la Ley Hipotecaria), que para que pueda practicarse una anotación preventiva de demanda es preciso que aquélla esté dirigida contra el titular registral del dominio o del derecho real a que la demanda se contrae.

Ciertamente, esta doctrina debe ponerse en relación con las particularidades de la demanda en el recurso contencioso-administrativo (véanse los arts. 57, 64, 66 y 68 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), pero también con el principio de tutela judicial establecido en el artículo 24 de la Constitución Española y con la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (véanse las sentencias 108/1981, de 8 de octubre; 9/1981, de 31 de marzo; 72/1990, de 23 de abril; 63/1982, de 20 de octubre, etc.), de modo que, en tal hipótesis, procederá la anotación aun cuando la demanda vaya dirigida solamente contra la Administración que dictó el acto impugnado, si en el mandamiento, ordenando la anotación, consta, al menos, que conforme al artículo 64 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha tenido lugar el emplazamiento directo y personal de los titulares registrales de las fincas sobre las que se ordena la anotación, en cuanto personas a cuyo favor derivan derechos del acto administrativo impugnado [cfr. art. 28.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa] y cuya identificación, aunque no resultare del escrito de interposición de la demanda o del propio acto recurrido, se hace ostensible al Tribunal en el momento de la calificación registral suspensiva.

No puede estimarse en contra de las anteriores consideraciones, la alegación de que la omisión en el número 6 del artículo 307 de la Ley del Suelo, de la cautela contenida en el número 7 del mismo precepto (la exigencia de participación del titular registral en el procedimiento) signifique ahora la no necesidad de ese emplazamiento, pues, por una parte, el cometido del artículo 307 de la Ley del Suelo es exclusivamente señalar la posibilidad de anotación de

la interposición del recurso contencioso-administrativo, pero no prejuzgar los requisitos necesarios para tal anotación (para ello habrá de estarse a la normativa relativa al Registro de la Propiedad en general, y a la anotación preventiva, en particular); y, por otra, ese emplazamiento es la garantía de la posibilidad de intervención del titular registral en procedimiento que le afecta directamente y, consiguientemente, del acceso registral de la sentencia que en su día se dicte (haya comparecido o no en el procedimiento el titular registral emplazado).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado: Estimar, en los términos expuestos, el recurso de apelación interpuesto por el Registrador, en cuanto al segundo de los defectos de la nota impugnada, si bien declarando su carácter de subsanable, pues nada se opone a que el emplazamiento cuestionado pueda tener lugar después de la interposición de la demanda, si al emplazado se le abre la posibilidad de alegación y prueba de lo que a su derecho convenga; y confirmar en cuanto al primer defecto el Auto apelado, desestimado en los términos de los considerandos que preceden, la pretensión que el particular recurrente formula en su escrito de apelación.

Por último se debe tener presente el artículo 72 del Real Decreto 1093/1997 que, al regular la prórroga y la cancelación de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, dispone que «la duración, prórroga y las demás cuestiones, no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda» (190).

6. DURACION, PRORROGA Y CANCELACION DE LA ANOTACION. INDEMNIZACION POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ANOTACION

El artículo 132.I LJCA dispone que «las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley» —por ejemplo, por desistimiento del recurso, allanamiento, reconocimiento extrajudicial del derecho y transacción (arts. 74 a 77 LJCA)— (191).

En principio, según el mencionado precepto, la firmeza (192) de la sentencia determinará el alzamiento y la cancelación registral de la medida cau-

(190) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 587 y sigs.

(191) También se deberá proceder al alzamiento de la medida cautelar cuando la misma haya sido revocada durante el curso del procedimiento por variación de las circunstancias en virtud de las cuales se haya adoptado ex artículo 132-1, *in fine* LJCA.

(192) CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., *Reflexiones...*, cit., pág. 123, destaca que a partir de ahora, con la nueva ley, «el pronunciamiento de la sentencia de instancia no deja sin efecto de modo automático las medidas cautelares adoptadas ni impide que, tras ese

telar de anotación preventiva. Sin embargo, «no está dicho que por el hecho de que se haya dictado sentencia desaparezcan automáticamente los riesgos de pérdida de la efectividad de la tutela judicial que, como es sabido, incluye también, como no podría ser de otra manera, la ejecución de la resolución que ponga fin al proceso» (193).

En efecto, si el sujeto favorecido por la sentencia no puede solicitar su ejecución forzosa hasta que hayan transcurrido dos meses desde la comunicación de la misma al órgano administrativo que hubiese realizado la actividad objeto del recurso (art. 104-2 LJCA) (194), «no hay que descartar que

momento, la Sala de instancia —competente para la ejecución provisional de su sentencia— siga adoptando medidas cautelares en función de un cambio de circunstancias». Véase también, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1006.

Sin embargo, CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 312, se muestra crítico con el mantenimiento en vigor de la medida cautelar hasta que la sentencia adquiera firmeza, pues le parece más congruente que los efectos de la medida se agoten en la instancia procesal en que se hubiera acordado, ya que le «parece bastante adecuado que, producido el juicio de fondo, no se dé por supuesto, sin más, que subsisten las circunstancias que aconsejaron la adopción de la medida cautelar», y porque «la aceptación incondicionada del mantenimiento de la medida cautelar en la segunda instancia podría dañar, sin suficiente causa justificada, los privilegios de autotutela de la Administración». También TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1054, considera que el *dies ad quem* de la medida cautelar viene marcado por el momento en que se dicta sentencia en la instancia, ya que «a partir de este momento el debate cautelar queda superado por el debate sobre la procedencia o improcedencia de ejecución provisional de la sentencia no obstante ser apelada o recurrida en casación».

A mi juicio, una buena solución hubiera sido la que contempla el artículo 744-1 LEC para la tutela cautelar en el proceso civil, según el cual, «absuelto el demandado en primera o segunda instancia, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud, mediante auto». Esta solución legal la encuentro justificada, pues si el *fumus boni iuris* constituye uno de los presupuestos de la medida cautelar, cuando se haya dictado una sentencia desestimatoria de la pretensión deducida en el proceso principal, habrá que entender que dicho presupuesto ha desaparecido o venido a menos, lo que deberá conducir a la extinción de la medida cautelar, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional competente pueda, bajo ciertas circunstancias, mantener la medida cautelar o sustituirla por otra adecuada.

(193) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 603.

(194) Este precepto dispone que «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa».

No obstante, se debe señalar que, como señala TERRERO CHACÓN, J. L., *Medidas...*, cit., págs. 1308 y 1331, para garantizar la efectividad de la sentencia firme, el artículo 104-3 LJCA prevé que, «atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, ésta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio».

sea necesario adoptar algún tipo de medida para evitar, si es el caso, la frustración de la ejecución de la sentencia» (195).

Por lo tanto, entiendo que, a pesar del tenor literal del precepto transcrito, la medida cautelar de anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente no se deberá alzar y cancelar automáticamente cuando se haya dictado una sentencia estimatoria firme, sino cuando dicha sentencia se haya ejecutado o actuado registralmente (196).

En estos casos, de no haberse adoptado previamente la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, podrá ser útil y necesaria, como medida cautelar, la anotación preventiva de la sentencia firme estimatoria, cuando dicha sentencia sea apta para provocar una modificación jurídico-real (197).

No obstante lo expuesto, se debe reseñar que el artículo 107 LJCA regula la inscripción del fallo en los registros públicos, actividad ésta para la que no se requiere colaboración alguna de la Administración demandada. Por lo tanto, entiendo que se podrá proceder a dicha inscripción *ex* artículo 107 LJCA, prescindiendo de lo dispuesto por el artículo 104 de la misma norma. En todo caso, el mantenimiento de la anotación preventiva, previamente decretada, o la adopción de la anotación preventiva de la sentencia firme serán necesarios cuando, por diversas circunstancias, el fallo firme no pueda acceder inmediatamente al Registro (198).

En consecuencia, al amparo del precepto transcrito, el autor citado sostiene que la tutela cautelar no procede cuando se haya dictado una sentencia firme. Sin embargo, no comparto totalmente esta conclusión, pues aún durante el transcurso de ese plazo de cumplimiento inferior al ordinario, se puede actualizar el concreto *periculum in mora* que conduzca a la ineffectividad de la sentencia. Para evitar ello es conveniente el mantenimiento de la medida cautelar hasta que el fallo se ejecute completamente.

(195) CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela...*, cit., pág. 604.

(196) GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2078, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., págs. 1001, 1006-1007 y 1036; y CASTILLO BLANCO, F. A., *La nueva...*, cit., pág. 312, se muestran partidarios de que la medida cautelar continúe en vigor hasta la total ejecución de la sentencia, para que el recurso no pierda su finalidad legítima.

En tal caso, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1001, entienden que sería competente para la adopción de medidas cautelares en fase de ejecución, el órgano jurisdiccional que hubiera conocido del asunto en primera instancia, pues es, según el artículo 103-1 LJCA, el competente para ejecutar la sentencia.

En contra parece pronunciarse OSORIO ACOSTA, E., *Las medidas...*, cit., pág. 376, según el cual, obtenida la sentencia «nada justifica el mantenimiento de la medida cautelar».

(197) ORTELLS RAMOS, M., *La tutela...*, cit., pág. 98, planteándose la posibilidad de la tutela cautelar en el proceso de ejecución, concluye afirmando que «no niego que, en el complejo procedimiento de ejecución contra la Administración, sean admisibles medidas instrumentales para garantizar la efectividad del resultado final, pero me parece excesivo someter la adopción de las mismas al conjunto de normas que rigen las medidas cautelares».

(198) Vid. MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 357 y sigs.

En otro orden de cosas, la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias, según el artículo 309.II TRLRSOU caducará a los cuatro años y podrá ser prorrogada por resolución del órgano jurisdiccional (199).

Por su parte, el artículo 72 del Real Decreto 1093/1997, al regular la prórroga y la cancelación de la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo o de la demanda correspondiente, dispone que «la duración, prórroga y las demás cuestiones, no especialmente previstas en los artículos anteriores, se regirán por lo establecido en la legislación hipotecaria para la anotación preventiva de demanda».

En relación con esta última cuestión, se debe destacar que el nuevo artículo 86.I *in fine* LH —de acuerdo con la redacción contenida en la Disposición Final novena-2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil—, para evitar los inconvenientes que presentaba la regulación anterior sobre la prórroga de las anotaciones preventivas judiciales ha optado por introducir la posibilidad de que, vencida la primera prórroga de cuatro años, se puedan practicar sucesivas y ulteriores prórrogas cuatrienales.

Además, se debe señalar que el nuevo artículo 86.I LH mejora en tres aspectos la regulación anterior (200):

- a) Este precepto ha establecido una duración de cuatro años para las anotaciones preventivas, a contar desde la fecha de su práctica

(199) Esta norma y la que se menciona más abajo han mejorado la redacción de la Disposición Adicional décima, apartado tercero, de la Ley 8/1990, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, de 25 de julio de 1990, núm. 8/1990 (LRRUVS), en la que se disponía:

(...) 2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de los números 3 y 6 del apartado primero. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante (...).

Este último precepto había sido criticado duramente por CAMY SÁNCHEZ-CANETE, B., *Connotaciones...*, cit., pág. 971, afirmando que era «sólo una “aproximación” a la realidad jurídica. Sólo habrá “órgano urbanístico actuante” cuando se trate de expedientes de disciplina urbanística, no se si trata de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que tanto la anotación como la prórroga será ordenada por un Tribunal, que en modo alguno está limitado sólo a las cuestiones urbanísticas. Además, se olvida de indicar el precepto, cuál sea el período de vigencia de la prórroga; y ante ese vacío legal y dado que se trata de una cuestión netamente registral, tendremos que aplicar los artículos 86 de la Ley Hipotecaria y 199 de su Reglamento, conforme a los cuales, cuando se trate de la anotación ordenada por un órgano urbanístico, la prórroga caducará a los cuatro años, contados desde el día en que venció su plazo de vigencia inicial; y si la anotación hubiese sido ordenada por un Tribunal Contencioso-Administrativo, subsistirá la anotación prorrogada “hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento” en que se dictó».

(200) Un estudio exhaustivo de este precepto se puede encontrar en MARTÍN PASTOR, J., *La anotación...*, cit., págs. 715 y sigs.

- desde «la fecha de la anotación misma»— y no desde la fecha del asiento de presentación del mandamiento judicial correspondiente, poniendo fin a las dudas interpretativas existentes.
- b) El nuevo artículo 86.I LH establece que las anotaciones preventivas judiciales «podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, sea presentado antes de que caduque el asiento», sin que sea ya necesario, como ocurría con la regulación anterior, que la prórroga haya sido anotada antes de la caducidad del asiento de anotación preventiva.
 - c) En tercer lugar, señalar que, para evitar eventuales confusiones respecto del *dies a quo* para el cómputo de la prórroga, según el nuevo artículo 86.I LH, «la anotación preventiva prorrogada caduca a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de la prórroga».

Por último, poner de manifiesto que el artículo 133-3 LJCA dispone que «levantada la medida por sentencia —se entiende desestimatoria— (201) o por cualquier otra causa —imputable al solicitante de la medida cautelar, como, por ejemplo, el desistimiento— (202), la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos (203), podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional (204) por el trámite de los incidentes (205), dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho se cancelará la garantía constituida» —que hasta ese momento había estado afecta a dicha indemnización— (206).

(201) La inserción de los textos entre guiones es mía.

(202) Así, DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1047.

(203) Es decir, los codemandados o terceros que se hayan visto perjudicados por la ejecución de la medida. Así, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., págs. 2088-2089, y TORRES FERNÁNDEZ, J. J., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1075.

(204) Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2088, ese órgano jurisdiccional será el que haya adoptado previamente la medida.

(205) Con la nueva norma procesal civil y atendido el artículo 388 de la misma, dicho trámite incidental será el regulado por los artículos 392 y 393 de la misma.

(206) Siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2091, si la decisión del incidente es desestimatoria se levantará la caución constituida. Si, por el contrario, tal decisión es estimatoria, en el caso de que la caución fuese suficiente para responder de los daños y perjuicios causados «se procederá contra la caución, a fin de hacer efectiva la compensación, cancelándose seguidamente y quedando libre el exceso», y en el supuesto de que la contracautela fuese insuficiente, «se procederá contra ella y asimismo se seguirán las vías de ejecución procedentes para hacer efectiva la condena en la parte no cubierta por la caución».

La indemnización por los daños y perjuicios causados por la medida cautelar se hará efectiva, total o parcialmente (207), sobre la caución previamente constituida por el solicitante de aquélla.

JOSÉ MARTÍN PASTOR
Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia-
Real Colegio de España y de Valencia
Profesor Ayudante de Facultad de Derecho Procesal
de la Universidad de Valencia

(207) De acuerdo con GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción...*, cit., pág. 2089, se debe destacar que «la cantidad fijada por la Sala al exigir la caución, en modo alguno constituye un límite cuantitativo a la condena a indemnizar». Como señalan DE GUAYO CASTIELLA, I. – DOMINGO LÓPEZ, E., en AA.VV., *Comentarios...*, cit., pág. 1049, si la caución no es suficiente, se procederá al pago de la indemnización con el importe de dicha caución, y respecto de la parte restante, si no media cumplimiento voluntario, se procederá de acuerdo con las reglas generales de ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales.

La construcción extralimitada: revisión jurisprudencial

SUMARIO: I. INTRODUCCION. REFERENCIA AL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL.—II. CREACION JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS.—III. CONSECUENCIAS. RESARCIMIENTO.

I. INTRODUCCION. REFERENCIA AL ARTICULO 361 DEL CODIGO CIVIL

La accesión de inmuebles la encontramos regulada en la Sección 2.^a del Capítulo II, Título II del Libro II del Código Civil, en particular en los artículos 358 a 374. El régimen de la accesión se vislumbra por los artículos 358 y 359 para terminar de perfilar su régimen en los artículos 361 a 364.

Uno de los primeros inconvenientes que podemos encontrar en este tema es que aglutina fenómenos muy diversos, bajo una misma denominación se engloban diversos supuestos de hecho. En este estudio nos centramos en un concreto tipo de accesión: la accesión invertida o inversa (1), también denominada construcción extralimitada, no introduciéndonos en otros supuestos de accesión invertida como es la que dimanaba del derogado párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, referente a la sociedad de gananciales. Asimismo, dejamos de tratar cuestiones a que conduce esta institución como

(1) GARRIDO PALMA, VÍCTOR MANUEL, «¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie», en *Revista de Derecho Notarial*, 1969, pág. 112, alude a la accesión invertida en tres sentidos o supuestos recogidos por el Código Civil, como son: el artículo 361, el artículo 1.404.2 y en el denominado derecho de superficie; para tratar con posterioridad aquellos casos en que no se aplica rígidamente el principio *superficies solo cedit* por razones de equidad entre los que enmarca: «Supuesto de incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios del incorporante, existiendo buena fe en éste, pero mala fe en el *dominus soli*. La llamada construcción extralimitada o excesiva. La edificación en suelo sólo en parte propio, y por ello en parte ajeno; la figura del arrendamiento *ad meliorandum*».

es su acceso al Registro de la Propiedad, lo que requeriría un estudio particular sobre el tema (2).

A pesar de que, como es sabido, la accesión invertida no es una institución de reciente creación, es conveniente realizar una nueva revisión de ideas a la luz del auge constructivo de nuestros días y debido a la creciente especulación en dichos temas. La construcción extralimitada es aquel tipo de accesión sobre inmuebles donde un sujeto edifica en terreno propio, si bien extralimitándose, recayendo parte de dicha edificación en terreno ajeno ignorando tal circunstancia.

Nuestro Ordenamiento, por medio del artículo 361 del Código Civil, sólo regula los casos en que toda la construcción recae en suelo ajeno. La única sentencia que aplica tal artículo a los supuestos de construcción extralimitada es la STS de 12 de diciembre de 1908 (J. Civil, T. 112, núm. 20, 1908, pág. 921). Ya lo puso de manifiesto la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721): *«...el 361... mas esta norma fundamental del modo de adquirir por accesión quiebra si el dueño del suelo no lo es de toda la extensión del mismo... los artículos 361 y siguientes del Código Civil carentes de aplicación para solucionar los problemas ocasionados por la edificación extralimitada...»* Otras sentencias que tratan el tema son las SSTs de 9 de julio de 1988 (RJA 5601), 22 de julio de 1991 (RJA 3905), 15 de junio de 1981 (RJA 2524), al referirse al artículo 361 del Código Civil establece: *«...lo construido invade la totalidad del suelo..., no cuando la invasión es parcial, dando lugar a las construcciones extralimitadas, carentes de regulación específica en nuestro sistema, pues si en tiempos se estimó aplicable la norma del artículo 361 —criterio que recogió la sentencia de 12 diciembre 1908—, modernamente se ha negado esta aplicabilidad, con base en los resultados injustos a que podría conducir la opción del propietario en pro de la adquisición de lo construido, si éste supone un valor desproporcionadamente superior al de la parte de terreno invadido, reputando a este segundo como más digno de protección en el juego de los intereses contratantes»*. La STS de 24 de enero de 1986 (RJA 117): *«...pero si la edificación se levanta totalmente en finca no perteneciente al constructor, el conflicto ha de ser resuelto ateniéndose a los términos precisos de la regulación establecida en el artículo 361»*. Como manifiesta MOLL DE ALBA (3), *«el dominus soli tiene un derecho real de propiedad sobre el suelo y el edificio, y el constructor tiene, siempre y*

(2) Ver: CÁNOVAS COUTIÑO, GINÉS, «La accesión y el Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 903.

(3) MOLL DE ALBA, CHANTAL, «La construcción en suelo ajeno: nuevas perspectivas de la accesión en los bienes inmuebles», en *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 764.

cuando haya obrado de buena fe, un derecho de crédito garantizado, eso sí, con un derecho de retención sobre el bien».

El artículo 361 recoge una opción de acuerdo a la cual Díez-PICAZO (4) considera que no se produce una auténtica accesión debido a que «procede de un acto del propietario del suelo a quien la Ley faculta para imponerla». Un sector doctrinal pone el acento en la idea del derecho de opción personal que se concede al dueño del terreno, «*hacer suya la obra*» edificada o exigir al constructor «*a pagarle el precio del terreno*» si bien, previamente se procederá a liquidar la indemnización recogida en los artículos 453 y 454 del Código Civil. Sobre dicho derecho se pronuncia la STS de 24 de enero de 1986 (RJA 117): «*A tenor de este precepto, el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica (5) para decidir mediante un acto de su voluntad la situación final del fundo, optando bien por aplicar el principio de accesión, haciendo suya la obra, siembra o plantación, previa a la indemnización ordenada en los artículos 453 y 454, o decidirse por la enajenación del suelo y su adquisición por el constructor, en el bien entendido que esta segunda hipótesis entraña una compraventa unilateralmente forzosa, en cuanto que voluntaria para el vendedor y necesaria para el comprador, de manera que en tal caso, como apunta la más autorizada doctrina científica, no se trata de modalidad alguna de accesión invertida, pues la incorporación del suelo al suelo no se produce por la vis atractiva y automática de la cosa más importante y principal —lo edificado—, sino que la adquisición dimana de un acto del propietario del suelo, traducido en la compra obligada y consiguiente transmisión operada por el título que la venta comporta y el modo reflejado en la tradición.*» En estos supuestos no se produce la incorporación automática del terreno a la construcción, sino que se otorga la posibilidad de una compraventa unilateralmente forzosa. El dueño del terreno, de acuerdo con la opción que recoge el artículo 361 del Código Civil, no adquiere la propiedad de lo edificado desde el momento de la finalización de la construcción, sino desde el instante en que procede a realizar la indemnización que determina el propio artículo. Hasta el ejercicio de la opción coexisten dos propiedades, «la del dueño del terreno sobre éste

(4) Díez-PICAZO, LUIS, «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, pág. 852, considera que «nos encontramos en presencia de una compraventa del suelo, que es unilateralmente forzosa o excepcionalmente, cuando se trata de una siembra, de un arrendamiento». En igual sentido, LAUROBA LACASA, M.^a ELENA, «Comentario de la STS de 12 de diciembre de 1995», en *CCJC*, núm. 96, abril-agosto de 1996. Sobre estos extremos, ver: ALONSO PÉREZ, MARIANO, «Comentario a los artículos 361 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V, vol. 1.º, pág. 259.

(5) Así lo expresa Díez-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 850. Los denomina de igual modo, NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, *La accesión en las edificaciones*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 199.

y la del dueño de los materiales sobre la edificación. La propiedad del todo, formado por suelo y edificio, está dividida, de ahí que con frecuencia se designe esta teoría con el nombre de Teoría del dominio dividido» (6). Se ha cuestionado si el dueño del solar dispone de un plazo determinado para ejercitar la opción que le concede el artículo 361 del Código Civil, al tratarse de un derecho de naturaleza real estará sometido al plazo de prescripción de las acciones reales (7).

La vertiente contraria es la teoría denominada «de la accesión automática», por la que se considera que el propietario del suelo lo es también de lo edificado desde el momento de la construcción, si bien, ostenta la posesión de lo construido. El sector doctrinal que defiende dicha idea se sustenta en la remisión que realiza el artículo 361 del Código Civil a los artículos 453 y 454 en sede posesoria. En contra de esta teoría se pronuncia la STS de 22 de julio de 1993 (RJA 6275): «...ha de mantenerse la doctrina uniforme sobre la materia con relación al artículo 361 del Código Civil y por ende ha de proclamarse que esta disposición legal, no admite la accesión automática en beneficio del dueño del terreno, a quien **simplemente se le concede un derecho potestativo consistente en optar por hacer suya la obra o, contrariamente, por obligar al ocupante o constructor a la adquisición del terreno, cuya opción al haberse puesto de manifiesto hay que aceptar sin que pueda confundirse con la reivindicatoria específica del terreno y menos aún de lo en él construido**».

En un primer momento se produce una situación provisional hasta que el sujeto ejercita la opción que desea por ello, GARRIDO PALMA (8) la califica como «propiedad superficiaria sujeta a condición resolutoria». Asimismo, se ha cuestionado si la facultad que recoge el susodicho artículo 361 del Código Civil se trata de un acto de administración o un acto de disposición, llegándose a la conclusión por parte de Díez-PICAZO (9) de que se trata de un acto

(6) NÚÑEZ BOLUDA, MARÍA DE LOS DESAMPARADOS, «La posible atribución de un derecho al edificante de buena fe», en *Actualidad Civil*, 1995-1, pág. 201; *La accesión...*, cit., pág. 122 y sigs., ver la configuración que realiza esta autora sobre estas dos teorías, establece detalladamente los seguidores de cada una de ellas.

(7) En tal sentido, SERRANO ALONSO, EDUARDO, «La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1981, pág. 681, manifiesta que «debe reconocerse la posibilidad de que el constructor del edificio llegue a adquirir por usucapión la titularidad del suelo». Asimismo determina que se debe considerar como plazo para que el dueño manifieste su voluntad en relación a la opción el establecido en el artículo 1.524 del Código Civil; sobre este tema, GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 133.

(8) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 133.

(9) Díez-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 851, especifica que «La opción por imponerle la adquisición al constructor supone, en cambio, una enajenación». SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 681, considera que se deben calificar ambos supuestos como actos de disposición ya que, en cualquier caso, se produce una adquisición ya sea del solar, ya sea de lo construido.

de «ordinaria administración» con todo lo que ello comporta, en tanto optase por adquirir lo construido; por el contrario, si opta porque sea el constructor el que adquiera lo edificado en el terreno, sería necesaria la capacidad de disposición al tratarse de una enajenación.

El artículo 361 del Código Civil encuentra su trasunto en el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, el cual se ubica en el Título Primero («De la tradició i de l'accessió») del Libro Tercero («Dels Drets Reals») (10): «*el que con buena fe haya edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno podrá retener la edificación, plantación o cultivo hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los materiales, semillas o plantas y de los jornales de los operarios, en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores. El que al edificar, sembrar, plantar o roturar, haya obrado de mala fe, perderá a favor del dueño del suelo la edificación, plantación o cultivo*». Sobre el mismo trata la STS de 13 de diciembre de 1985 (RJA 6526) (11), que alude a la necesidad de aplicar la doctrina de la accesión invertida cuando es más que dudoso que nos encontremos ante unos hechos que se circunscriben a ella. Erróneamente identifica dicha figura con el artículo 361 del Código Civil, aplicándolo al supuesto cuando, en caso de que los hechos se circunscribiesen al supuesto de hecho de esa norma, se debería aplicar el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña al tratarse de un derecho especial.

Una vez perfilado el tema de la construcción en terreno ajeno, como manifiesta GARRIDO PALMA (12), habrá que solucionar «el conflicto de intereses que la construcción extralimitada de buena fe plantee, conforme a un criterio económico-social... y no aplicando sin más el artículo 361 del Código Civil». Se solucionarán las controversias de acuerdo al valor económico de lo edificado y

(10) En Derecho catalán hay que tener en cuenta el Usatge *si quis in aliene*: «*Si alguno con materiales propios edificare casa en suelo ajeno, sea la casa de quien sea el suelo; pero si hubiere edificado de buena fe, creyendo suyo el suelo, podrá retener la casa hasta que se le reintegre del precio de los materiales y salario de los operarios; pero si lo hiciere de mala fe, sabiendo que edificaba en suelo ajeno contra la voluntad del dueño, se presume que tuvo la intención de donar. Pero si, siendo inquilino o arrendatario, abandonara voluntariamente la casa, sin culpa del dueño ni forzado por alguna necesidad, no recobrará el precio de los materiales ni el del trabajo de las operaciones; mas si abandonare la casa por culpa del dueño, o forzado por la necesidad, así como por hambre, en aquella región, o por guerra o coacción de algún poderoso, entonces está obligado el dueño a entregarle el precio de la materia, compensando si alguna adeudara por el alquiler de la casa; y cualesquiera de las cosas que se han dicho de aquél que edifica de buena o mala fe, deben entenderse también todas ellas de que el que siembra, planta o desmonta una selva infructífera*».

(11) Ver: MIRAMBELL ABANCO, ANTONI, «Comentario a la STS de 13 de diciembre de 1985», en CCJC, 1986, núm. 10, enero-marzo, pág. 3299.

(12) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 122.

no a tenor de la propiedad del suelo, criterio este seguido por el Código Civil. Antes de introducirnos en cuestiones particulares hay que tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial, a la que seguidamente hacemos referencia, se basa en un sentido económico de la propiedad, debido a que la accesión «sería por lo tanto un atributo del monopolio de explotación de un bien» (13).

Ante la laguna legal existente se podría acudir a solucionar dichas cuestiones mediante la acción reivindicatoria, la cual, como ya puntualizaba la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721), *«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»*. Ello debido a que conduciría a un dominio dividido, no admisible de acuerdo con los postulados a raíz de los cuales surge la accesión invertida.

Esta problemática se debe unir con el tema de los lindes, así debido a la precaria técnica de determinar los linderos se producen, consecuentemente, construcciones extralimitadas. A la hora de proceder a ponderar la situación, CARRASCO PERERA (14) pone de manifiesto los altos costes que supone averiguar los títulos de propiedad y los verdaderos linderos de las fincas. Siendo la única carga que se podría imponer a la parte edificante el examen del folio registral de la propia finca. Si bien, al no contener descripción gráfica y topográfica es bastante dificultoso determinar los lindes a partir del mismo. Por ello, se viene ejercitando la acción de deslinde y la reivindicatoria conjuntamente, a pesar de que cada una de ellas tenga una finalidad muy diversa. Por ejemplo, por la STSJ de Cataluña, de 22 de julio de 1991, se ejercitó: *«las acciones de deslinde y la reivindicatoria, aunque en realidad una absorbe en buena medida a la otra, porque lo que se postula no es sólo la fijación de unos límites sino el reconocimiento de la propiedad del actor sobre una porción de terreno que ocupan los demandados y que se le reintegre en la posesión del mismo»*. La STS de 16 de octubre de 1990 (RJA 7872), al referirse a la acción de deslinde: *«...la finalidad identificativa que se pretende con el ejercicio de la acción de deslinde que autorizan los artículos 384 y siguientes del Código Civil supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras que en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijando sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales, ya existentes sobre una zona de terreno incierto, la otra representa frente a la primera, la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su pose-*

(13) MOLL DE ALBA, *La construcción...*, cit., pág. 778, quien postula la necesidad de una regulación sobre el particular, debido a que la jurisprudencia no es fuente del derecho, y para conferir una mayor seguridad jurídica que se lograría al establecer los requisitos taxativamente.

(14) CARRASCO PERERA, ANGEL, «La accesión invertida: un modelo para la argumentación jurídica», en *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 1996, pág. 909.

sión de quien indebidamente la detente», en igual sentido se pronuncia la STS de 22 de febrero de 1996 (RJA 1592): «para la viabilidad de la acción reivindicatoria no es preceptivo el deslinde previo, el cual, como es sabido, es una medida formal distinta al ejercicio procesal de la primitiva acción que pretende constatar, en todo caso, el dominio sobre el inmueble, mientras que la acción de deslinde únicamente podrá referirse a constatar la extensión real del objeto reivindicado...».

Por el contrario, la STS de 1 de diciembre de 1980 (RJA 4732) postula que toda una serie de sentencias que aplican la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida *«...parten de un supuesto de hecho que no concurre en el caso debatido, y es el de un preciso deslinde del terreno sobre el que se edifica para concretar hasta dónde lo edificado cae dentro del terreno del edificante y hasta dónde fuera de él...».*

En los supuestos de accesión, ninguno de los sujetos implicados dispone de la propiedad plena, uno es propietario del terreno y otro de lo edificado. Por la STS de 25 de abril de 1995 (RJA 3548), se ejercitó la acción reivindicatoria del solar y, subsidiariamente, una acción de indemnización de daños y perjuicios: *«A consecuencia de la contestación a la demanda recayó sentencia en la que se apreció la llamada accesión invertida por la que en lugar de la reivindicación, prosperó el reconocimiento del derecho de la parte actora a percibir de la demandada la compensación económica correspondiente a la privación de propiedad padecida».* La STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305) determina: *«Denunciada en el primer motivo a examinar la indebida aplicación, en la instancia, del artículo 361 del Código Civil en cuanto, a juicio del recurrente, con base en él, se desestimó la reivindicatoria, tal afirmación olvida que no es con apoyo en dicha norma como la reivindicatoria fue rechazada, sino bajo el argumento de que, contrariamente a lo que en el mismo precepto se establece, consagrando la regla superficie solo cedit, en el caso presente, por aplicación del principio accesorium cedit principali, la sentencia impugnada acoge, al hilo de la doctrina jurisprudencial relativa a la accesión invertida, el derecho del demandado a hacer suya la porción de terreno del actor reivindicante. De modo que el desarrollo de este primero de los motivos admitidos, al postular la infracción del artículo 361 del Código Civil, carece de viabilidad...».*

Hay que diferenciar la accesión, en cuanto tal, del derecho de accesión. La primera hace referencia a la producción de frutos o aumentos, o a la incorporación de materias o sustancias formando un todo, y el derecho de accesión es la consecuencia jurídica derivada de tal hecho, un derecho subjetivo concedido al propietario (15). La accesión se configura como una fa-

(15) GARCÍA DE MARINA, MANUEL, *El derecho de accesión*, Cedecs, Barcelona, 1995.

cultad dominical y un concreto modo de adquisición, por contra, la doctrina de la accesión invertida hace descansar toda la regulación sobre el edificante y los derechos que a éste se le conceden, sujeto ajeno a la propiedad de la finca y, por tanto, no siendo un efecto de la propiedad sino todo lo contrario, de ahí su denominación (16). Se adquirirá la propiedad del objeto incorporado, o del solar, no siendo ésta la finalidad de dicha figura, sino sólo su consecuencia, para evitar la producción de efectos más problemáticos, «el resultado final de ella, la vía de solución del conflicto de intereses» (17). Como manifiesta CARRASCO PERERA (18), al tratar la accesión con carácter general, «la propiedad de una cosa es la causa de la adquisición de la propiedad de otra producida por ella o a ella incorporada».

Es preceptivo aludir al principio *superficies solo cedit* enunciado en el artículo 358 del Código Civil, «*lo edificado o plantado en un fundo y las mejoras o reparaciones hechas en él pertenecen al dueño del mismo*», que es una extensión del artículo 350 del Código Civil. De acuerdo con dicho principio todo lo que se encuentre sobre y debajo del suelo pertenece al propietario del mismo, por lo que forma un todo unitario con aquél. A estos efectos, el artículo 359 del Código Civil establece una presunción *iuris tantum*, de acuerdo a la cual se presume que el dueño del suelo es el dueño de la obra. El propietario del suelo hace suyo todo lo que al mismo se incorpore. A partir de los postulados actuales, dicho principio no se puede aplicar rígidamente, debido a que las bases sobre las que se sustentaba no son predicables. La doctrina jurisprudencial de la accesión invertida se configura como una excepción al principio *superficie solo cedit*. El cual se encuentra muy denostado, siendo diversos los autores que proponen su supresión, minorización o ponderación (19). Por ello, se entiende que no se debe aplicar el artículo 358 del Código Civil con total rigidez, sino que se deben establecer espacios intermedios, admitiendo su renuncia o, incluso, para supuestos en que no se

(16) LAUROBA LACASA, *op. cit.*, pág. 630, establece que «al calificarla de “invertida” se subraya que se adopta una solución diferente al tradicional criterio imperativo de toda accesión vertical».

(17) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, Civitas, Madrid, 1995, pág. 671.

(18) CARRASCO PERERA, ANGEL, «*Ius aedificandi*» y *accesión* (*La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*), Montecorvo, Madrid, 1986, pág. 65.

(19) En este sentido, ver: GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 104, manifiesta que el Código es realmente perfecto en relación a este tema, pero aplica «esta idea matriz al supuesto de incorporaciones en suelo ajeno donde quiebra totalmente al entender sin más que lo accesorio ha de ser el vuelo respecto al suelo, lo incorporado respecto a la tierra ajena, y sin dar opción, establece tajantemente la regla *superficies solo cedit*; CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 85, apartado VIII. El significado urbanístico de la regla SSC.

haya procedido a tal renuncia ponderar la situación para llegar al resultado más equitativo posible.

Y, asimismo hay que relacionarlo con otro principio como es el *accessorium sequitur principale*, consagrado en los artículos 375, 376 y 377 del Código Civil, que se refiere a la relación de principalidad y accesoriedad entre dos cosas, «las cosas que son accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen jurídico, la suerte y el destino de las principales» (20). En sede de bienes muebles, el Código Civil determina el objeto que se constituye como principal y el accesorio, por el contrario, al regularse la accesión de bienes inmuebles no encontramos un precepto similar. El Código Civil establece la regla accesorio-principal de acuerdo con una serie de criterios: en primer lugar, el destino económico de las cosas (art. 376 del Código Civil); en segundo lugar, y en defecto de éste, se acude al valor pecuniario considerándose principal la cosa de mayor valor y, en último término, se acude a la cosa de mayor volumen (art. 377 del Código Civil).

Aplicando dicho principio en sede de derecho de accesión, la tierra siempre sería el objeto principal y lo construido lo accesorio, por consiguiente, la aplicación estricta de dicho principio podría conducir a situaciones injustas y desproporcionadas. A partir de dicha configuración, de los nuevos postulados jurídicos y de la modificación del concepto de riqueza o del bien superior, se ha ido variando dicha máxima para llegar a la conclusión de que no tiene porqué ser considerado como objeto principal la tierra sino lo edificado en la misma.

Si nos basamos en el criterio de la existencia, el suelo sería el objeto principal porque puede subsistir sin el edificio, hecho que no ocurre a la inversa. Si acudimos a otros criterios, sustentados en cuestiones económicas, como es primar la cosa más valiosa o de mayor tamaño, en ciertos casos es el edificio el objeto principal, circunstancia esta sobre la que se basa la doctrina de la accesión invertida, por lo que aquel principio deja paso al inverso: *accessorium cedit principali*. En el supuesto de que el terreno invadido no fuese susceptible de aprovechamiento posterior, se consideraría que constituye el objeto principal.

Sobre el tema, la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524) al tratar la posible aplicación de la doctrina de la accesión invertida establece: «...su aplicación es, en nuestro sistema, una excepción a la regla general en la materia de superficie solo cedit, recogida en el artículo 361 del Código Civil, que es sustituida por la de *accessorium cedit principali*, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 253, en igual sentido en *La modificación...*, cit., pág. 847.

parte del suelo (o subsuelo) invadido; cumplimiento del que habrá que decidir la autoridad judicial...».

No se puede establecer apriorísticamente y de acuerdo a algún tipo de reglas qué es lo que se entiende por principal y qué es lo accesorio, ello debido a que hay que considerar cada caso particular, como observa CARRASCO PERERA (21): «Hay que tener en cuenta, además, la posibilidad de que el suelo invadido, a lo mejor en una pequeña medida, puede ser principal si es de considerable valor o si la construcción carece de él». Determina toda una serie de criterios que se deben seguir para establecer tal relación de accesoriedad: *a)* Criterio naturalístico. Lo principal sería lo que da el nombre y el ser al todo, siendo lo accesorio un añadido esencial. *b)* Criterio objetivo de existencia. Lo accesorio es lo que no puede existir sin otro de manera que lo principal se estructura como la base de la existencia del todo. *c)* Criterio de uso. Se dirá que es accesorio aquello que separado del grupo no impida hacer uso del resto. Para tal construcción se establece que el criterio de uso debe ser medido de acuerdo con un patrón objetivo. *d)* Criterio de valor de cambio. Sería el criterio utilizable cuando no pueda ser determinada según el criterio de utilización objetiva. *e)* Criterio de sustituibilidad. Sería el criterio para averiguar cuál de las dos cosas puede ser sustituida o reemplazada. *f)* Criterio mixto. Sería el seguido por el artículo 377.2 del Código Civil».

Por ello se debe valorar cada supuesto particular determinando qué cosa es la principal y cuál la accesorio, de acuerdo a las siguientes reglas: *a)* Que no pueda triunfar nunca la mala fe sobre la buena fe. *b)* Que se reconozca eficacia al trabajo, al riesgo y a la inversión socialmente útil... *c)* Que al aplicar la regla *accessorium sequitur principale* se contemple al suelo con objetividad, decidiendo cada caso concreto, valorando la consideración y destino económico-social del suelo y de lo incorporado... *d)* Estableciendo que la normativa legal es supletoria de la voluntad de los interesados, en todo caso, y permitiendo, si la accesión se aplica, que los interesados regulen sus efectos» (22).

II. CREACION JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS

Ante tales hechos vemos que en nuestro Ordenamiento existe una laguna legal la cual se ha ido supliendo con una arraigada doctrina jurisprudencial que toma su influjo de la regulación de países de nuestro entorno. En relación a legislaciones extranjeras encontramos el Código Civil alemán, parágrafo 912 BGB: «1. Si el propietario de una finca, al construir un edificio ha

(21) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., págs. 353 y 69.

(22) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 162.

sobrepasado el lindero sin que se le pueda atribuir negligencia grave o dolo, el propietario tolerará el edificio saliente, a menos que formulara oposición antes o inmediatamente después de la extralimitación. 2. El vecino no será indemnizado mediante el pago de la renta. Para la cuantía de la renta es decisivo el momento de la extralimitación».

El artículo 938 del Código Civil italiano determina: *«Si en la construcción de un edificio se ocupa de buena fe una porción del fundo contiguo, y el propietario de éste no se opone en el plazo de tres meses desde el día en que se inició la construcción, la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede atribuir al constructor la propiedad del edificio y del suelo ocupado. El constructor está obligado a pagar al propietario del suelo el doble del valor de la superficie ocupada, además del resarcimiento de los daños».*

El artículo 1.343 del Código portugués: *«Cuando en la construcción de un edificio en terreno propio se ocupe, de buena fe, una parcela del terreno ajeno, el constructor puede adquirir la propiedad del terreno ocupado, si hubieren transcurrido tres meses a contar desde el inicio de la ocupación, sin oposición del propietario, pagando el valor del terreno y reparando el perjuicio causado, concretamente el resultante de la depreciación eventual del terreno restante».*

Por último, se puede hacer referencia al Código Civil holandés, el cual regula la institución con toda suerte de detalles en el artículo 54 del Libro V: *«Cuando una construcción o una obra haya sido construida en parte sobre el terreno de otro, o encima o debajo de él, y la destrucción de la parte que se extralimita causaría al propietario de la construcción o de la obra un perjuicio desproporionalmente mucho más grave que aquél que su mantenimiento le ocasionaría al dueño del suelo, el propietario de la construcción o de la obra puede solicitar en cualquier tiempo que, a cambio de la compensación correspondiente, le sea concedida una servidumbre destinada al mantenimiento de la situación existente; puede también solicitar que, a elección del propietario del fundo invadido, le sea transferida la parte de éste necesaria» (23).*

Se debe partir de la importancia del derecho de propiedad y de los límites del mismo, entre los que se circunscriben las relaciones de vecindad. Todo ello conduce a tener presente, a lo largo de este estudio, no sólo el artículo 348 del Código Civil sino también el artículo 33 CE. Por la accesión se crean toda una serie de conflictos de intereses, los cuales se deberán resolver de la forma más

(23) Asimismo el tercer párrafo del referido artículo determina que no se aplica dicho artículo si la situación surge de una obligación legal o de un acto jurídico que obliga a tolerar la situación existente o si «al propietario de la construcción o de la obra se le puede reprochar mala fe o negligencia grave en la construcción o adquisición de la construcción o la obra».

pacífica posible. En tanto se den las notas características de la figura, habrá que determinar cuál de los objetos es el principal y cuál es el accesorio para, en caso de que no sea posible concretarlo, aplicar «...las normas legales que regulan la disolución de la comunidad de bienes» (24).

La doctrina jurisprudencial sobre la figura de la accesión invertida inicia su andadura con la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721) que se sustenta en la línea iniciada por la STS de 30 de junio de 1923 (J. Civil, T. 159, núm. 115, pág. 572). La referida sentencia se basa en la necesidad de otorgar soluciones equitativas ante la falta de una regulación positiva y de costumbre aplicable al caso, por lo que acude a los principios generales del derecho para evitar crear una copropiedad o un derecho de superficie, llegando a las siguientes conclusiones: *«...de estos principios de derecho, el que, acogido bajo forma preceptiva en los artículos 350 y 358, atribuye al dueño de una superficie de terreno el dominio de lo que a él se incorpora, podría, al ser esto divisible, conducir a la solución de que el dueño de cada porción de terreno lo fuese de lo sobre la misma edificado, con la indemnización correspondiente al constructor de buena fe, mas no sería la misma admisible por injustificada cuando las dos porciones del suelo formasen, como en el caso sometido al presente recurso, con el edificio, un todo indivisible; y así hay que acudir como a raíz de los derechos que se derivan de la accesión y de las normas que positivamente la regulan al principio —ya antes considerado— de que lo accesorio cede a lo principal, y atribuir esta calidad al edificio unido al suelo del edificante, cuando su importancia y valor excedan a los del suelo invadido de buena fe».*

Con anterioridad se produjeron pronunciamientos particulares y aislados a partir de los cuales empiezan a producirse atisbos de dicha figura, es el caso de la STS de 12 de diciembre de 1908 (J. Civil, T. 112, núm. 20, 1908, pág. 921), si bien la misma se refiere al artículo 361 del Código Civil.

Ante estos supuestos de construcción extralimitada, el Tribunal Supremo viene resolviendo el conflicto de intereses y trata de llegar a la solución más equitativa y razonable posible, resolviendo las controversias *«en atención a razones de política económica, social y de buena vecindad»*, STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305). GARCÍA DE MARINA (25) entiende que «Esta equidad a que se hace referencia, no apunta, como acaso pudiera pensarse, a un sentimiento de justicia, sino que, en el sentido del 1.154 del Código Civil resulta una vía de penetración de los principios generales del derecho, concretamente de la buena fe, en este caso, una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales...».

(24) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 122.

(25) GARCÍA DE MARINA, *op. cit.*, pág. 162.

Se adjudica la propiedad del suelo al sujeto que ha llevado a cabo la construcción de modo que, como ya apuntamos, el principio general *superficies solo cedit* se transforma para dejar paso al contrario *solum superficies cedit*. El edificio será el objeto principal y el solar invadido sobre el que se edifica, que supera sus límites, es algo accesorio. Como establece la STS de 22 de julio de 1991 (RJA 3905): «*En estos supuestos, el principio de superficie solo cedit se sustituye por el de accessorium sequitur principale, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al de la parte del suelo...*». CARRASCO PERERA (26) manifiesta que «la regla SSC no es, sin embargo, una deducción del principio ASP. Supone más bien una especialización de éste».

El fundamento de la accesión invertida se asienta en la función social (27) de la propiedad que conduce a salvaguardar un estado de cosas y nos sitúa ante el artículo 33.2 CE: «*la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes*». Como manifiesta Díez-PICAZO (28), «de tal manera que cualquiera que haya sido el origen de la situación conflictual, el resultado debe valorarse objetivamente en la forma que produzca un mayor beneficio de la comunidad, y, por otra parte, en que en la colisión de intereses debe entrar en juego la idea ética de buena o mala fe». La función social de la propiedad conducirá a una limitación de las facultades del propietario junto con toda una serie de cargas y obligaciones. RAMOS GONZÁLEZ (29) puntualiza que «ha de resolverse el conflicto de intereses más de acuerdo con la función social de la propiedad y a la vez económica, que

(26) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 71.

(27) Concepto que encontramos definido en contadas ocasiones, al respecto, podemos hacer referencia a la Ley 8/84 del Parlamento de Andalucía, de reforma agraria, donde el párrafo 8 establece: «*es sabido que la función social de la propiedad es un tópico jurídico de muy diversas interpretaciones, y ello, no obstante, con carta de naturaleza en casi todos los ordenamientos de nuestra área jurídico-cultural, recogido en la suprema instancia normativa que representa la Constitución de 1978. A pesar de esta posible variedad de interpretaciones se puede decir, con práctica aceptación general, que la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio; ejercicio que se aboca a la búsqueda de un logro social que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular*». Sobre dicha ley es interesante la STC de 26 de marzo de 1987, donde se alude a la función social de la propiedad. Ver: LÓPEZ LÓPEZ, ANGEL, *El derecho de propiedad. Una relectio*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1999, pág. 32 y sigs.

(28) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 671, al tratar particularmente la función social de la propiedad, *Fundamentos...*, cit., pág. 56, determina que: «significa el reconocimiento de que el derecho de propiedad no está puesto exclusivamente al servicio del interés de su titular, sino que entraña el reconocimiento de que en la situación de propiedad se concitan o pueden reconocerse intereses distintos y un interés público general».

(29) RAMOS GONZÁLEZ, JOSÉ M.^a, «La accesión invertida y el derecho de superficie. Su problemática en el Código Civil, Derecho Científico y Legislación Catalana», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1977, pág. 375.

cumple la edificación, solucionándolo objetivamente en el sentido de mantener y conservar una obra socialmente útil, para que de este modo produzca el mayor beneficio posible a la comunidad...».

Como hemos manifestado, la finalidad de la accesión invertida es evitar destruir lo edificado o crear una copropiedad o un derecho de superficie. Por el derecho de superficie, el cual claramente es una derogación del principio *superficies solo cedit*, como manifiesta GARRIDO PALMA (30), «se produce la existencia de una propiedad, la superficiaria, con titular distinto al del suelo». Pero, como observa este autor, cada uno de ellos tiene su propio campo de aplicación: «El de accesión para defender al *dominus soli* frente a invasiones materiales de personas extrañas, aplicándose siempre que claramente no se haya estipulado su no aplicación, se haya renunciado al SSC a través de alguna de las figuras que la Ley regula o mediante una modalización de aquélla. El de superficie para, cuando la accesión no se quiere, canalizar el interés de quienes de común acuerdo aspiran lícitamente a obtener del suelo y del vuelo o del subsuelo todo lo que económica y socialmente son susceptibles de dar en el plano de las relaciones jurídico-reales». Sobre el particular, NÚÑEZ BOLUDA (31), manifiesta que «la conexión entre suelo y edificación únicamente puede ser rota de dos manera: la propiedad por pisos y el derecho de superficie». Así, ante los supuestos de construcción extralimitada, se podría crear un derecho de superficie, si bien, no es esta la finalidad pretendida por el sistema, ni tampoco el crear una copropiedad. Y, como establece la STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721), «...no siéndolo tampoco la de establecer una copropiedad o un derecho de superficie, que no son conciliables con el efecto de la accesión, que no consiente que la unidad que constituyen dos distintas cosas deje de pertenecer al solo propietario de una de ellas...».

Todo ello conduce a que antes de recurrir a dichas figuras o producirse el derrumbe de lo edificado se debe acudir a un «criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obra que es socialmente útil y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes» (32). Como manifiesta GARCÍA DE MARINA (33), los principios que informan dicha regulación se circunscriben a la idea de funcionalidad, conservación, y a la importancia del principio de buena fe. Ahora bien, habrá que ponderar cada supuesto particular y ver cuál es el valor superior de los dos en pugna, el suelo o la edificación.

Para evitar caer en estos casos de construcción extralimitada se puede imponer, como carga a los propietarios colindantes, que negocien con carác-

(30) GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 136.

(31) NÚÑEZ BOLUDA, *La accesión...*, cit., pág. 122.

(32) Díez-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 848.

(33) GARCÍA DE MARINA, *op. cit.*, pág. 113.

ter *ex ante* la posible problemática que se pudiera ocasionar para supuestos de construcción extralimitada, ello debido a que el número de posibles sujetos implicados en dichas controversias es tasado (34). Ahora bien, si se produce tal negociación quiere decir que el edificante es consciente de que va a producir tal extralimitación y, por tanto, ya no actuaría de buena fe, sino conociendo que va a construir extralimitándose y, por tanto, actuando con dolo. Por todo ello se considera que la opción más equitativa es que ambas partes asuman los costes de vigilancia.

Antes de adentrarnos en cada uno de los requisitos de la figura en cuestión, hay que determinar qué se entiende por edificación, para ello es oportuno acudir al artículo 334 del Código Civil y, en particular, al número 3 de dicho artículo, que establece una interpretación auténtica de bienes inmuebles: «*Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto*». Es interesante la STS de 9 de febrero de 1991 (RJA 1160), la cual aplica el régimen de la accesión invertida a unos hechos a raíz de los cuales se comprueba que tanto el suelo como los materiales eran del propio dueño, por lo que como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (35), «la propiedad del todo resultante no necesita ampararse en el artículo 353, sino que está amparada por el 334, número 3 del Código», por tanto, no se podría hablar de accesión invertida.

Los artículos 358 y siguientes del Código Civil, al tratar la accesión, aluden al concepto edificación, el cual hay que identificarlo con el término más amplio de obras, incluyendo en dicho concepto a cualquier tipo de obras realizada sobre fundo ajeno, STS de 20 de mayo de 1977 (RJA 2132): «*el concepto genérico de las edificaciones no impone su limitación a lo construido sobre el suelo... máxime cuando a las obras en general, junto con las edificaciones, plantaciones y siembras, se refieren los conceptos básicos que regulan la accesión*» (36).

El término edificación, tal como establece Díez-PICAZO (37), no cabe duda que «el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo, de forma fija y permanente, una nueva instalación, que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos con materiales sólidos y

(34) Sobre el tema, ver: CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 904 y sigs.

(35) NÚÑEZ BOLUDA, *La posible...*, cit., pág. 217, quien sigue manifestando que: «La sentencia que comentamos al admitir la accesión invertida en tan amplios términos, sin exigir la extralimitación, sugiere la duda de si en adelante va a ser posible edificar en suelo totalmente ajeno y exigir a su dueño la venta del terreno, con tal que el edificante tenga buena fe».

(36) Sobre el tema, SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 676.

(37) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 261.

duraderos, pero que puede ser también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquélla», excluyéndose de dicho concepto aquellas «instalaciones que no se incorporan definitiva y fijamente».

Se ha cuestionado si es necesario que se trate de una obra nueva y por tanto, si son incluíbles en dicha figura los supuestos de reparación o ampliación de una existente. Los casos de ampliación, por ejemplo, de construcción de un último piso de un edificio ya existente, sí se incluirían en dichos supuestos (STS de 15 de octubre de 1962, RJA 3870) (38), por consiguiente, no sólo se refiere a edificación en suelo terrestre. La STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936) negó la existencia de una accesión, debido a que *«lo edificado por ella no representó más que una mejora sobre la edificación existente en la finca»* (39). La mejora supone un aumento de valor sobre la cosa, en este caso sobre la edificación, por lo que habría que ponderar la mejora.

En otro orden de consideraciones, la STS de 22 de marzo de 1996 (RJA 2584) establece, entre otras (40), aquellos requisitos necesarios para poder declarar un supuesto de accesión invertida y no un sistema expropiatorio: *«a) que quien la pretenda sea titular de lo edificado; b) que el edificio se haya construido en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena; c) que las dos partes del suelo formen con el edificio un todo indivisible; d) que el edificio, unido al suelo del edificante, tenga una importancia y valor superior a los del suelo invadido, y e) que el edificante haya procedido de buena fe»*.

Así, deteniéndonos en cada uno de los mismos:

1. Una edificación que se realiza en parte en FUNDO PROPIO y en parte en FUNDO AJENO, por tanto que se produzca una extralimitación. Se ha afirmado que no se debe tener en cuenta la cantidad de terreno ajeno ocupado, sino el valor de lo edificado en relación al terreno invadido. Las sentencias más numerosas se decantan por la exigencia de que se produzca en suelo propio y sólo una pequeña porción recaiga sobre suelo ajeno (STS de 22 de marzo de 1996 (RJA 2584), 27 de junio de 1997 (RJA 5398): *«Se excluye la doctrina de la accesión invertida porque ésta es solamente aplicable para el caso que la edificación se haya realizado en suelo que en parte pertenece al edificante y en parte es propiedad ajena, como se especifica en las sentencias de 23 de junio de 1923, 31 de mayo de 1949 (RJ 1949/721),*

(38) POU DE AVILÉS, JOSEP M.^a, «L'accessió invertida. Nous horitzons», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991-2, pág. 170.

(39) En el mismo sentido se pronuncia NAVAS NAVARRO, *La accesión...*, cit., pág. 109.

(40) Los mismos requisitos los recoge la STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJA 10052), SSTs de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), 23 de julio de 1991 (RJA 5416), 3 de abril de 1992 (RJA 2936), 11 de junio de 1993 (RJA 5409), entre otras.

17 de junio de 1961 (RJ 1961/2728), 24 de enero de 1986 (RJ 1986/117) y 11 de septiembre de 1991 (RJA 1991/6052), entre otras».

No aplicando tal régimen en caso de que, prácticamente, toda la construcción se realice en suelo ajeno (41). Así se comprueba por la STS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), donde no se considera que se produzca el requisito de la extralimitación debido a que se ha edificado «*en casi dos terceras partes cubriendo terreno ajeno, ya que, como antes se consignó, la construcción de ciento ochenta y cuatro metros cero tres decímetros cuadrados ocupa ciento cincuenta y cuatro metros noventa decímetros de la propiedad de los recurridos y sólo cincuenta y siete metros noventa decímetros de la propiedad de los recurridos y sólo cincuenta y siete metros sesenta y ocho decímetros son dominio del recurrente*», en el mismo sentido, la STS de 23 de octubre de 1973 (RJA 3805), donde la ocupación del terreno ajeno se extendía a casi toda la finca. La cuestión se centra en determinar ¿cuándo se puede considerar una construcción extralimitada? CARRASCO PERERA (42) entiende que «...habrá extralimitación siempre que el edificio construido en terreno propio se proyecte sobre suelo ajeno, con independencia de la superficie que ocupa, e incluso sin importar que toda la parcela ajena quede ocupada por lo construido».

También se viene calificando como accesión invertida los supuestos de extralimitación del subsuelo ajeno. Por la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), se resuelve un caso en que el asentamiento de una construcción había hecho necesario la fijación de toda una serie de zapatas concéntricas que invadían el subsuelo del fundo ajeno, el cual, al ser vendido a una promotora e iniciar su construcción, se encuentra con dicho obstáculo.

Podemos situarnos ante supuestos en que el solar pertenezca a varios sujetos en copropiedad, si bien, únicamente uno de ellos realiza la construcción. Si el valor de lo construido es superior al solar, se otorga a dicho sujeto la posibilidad de adquirir todo el solar, ahora bien, es más que dudoso poder afirmar la buena fe del edificante. Aunque cabría puntualizar que dicho conflicto de intereses aparece contemplado por el artículo 397 del Código Civil. Sobre esta cuestión trata la STS de 19 de abril de 1972 (RJA 1819) y STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936): «*La actora... había edificado en ella por un valor superior al del suelo, y aplicando la doctrina de la accesión invertida, su hermano le debía ceder la mitad indivisa del susodicho dominio útil por el precio que se conviniere o, en su defecto, por el que se conviniere*

(41) DORAL GARCÍA, JOSÉ ANTONIO, y TORRES LANA, JOSÉ ANGEL, «El *ius aedificandi* y el principio de accesión», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 251, 1981, pág. 37.

(42) CARRASCO PERERA, ANGEL, «Comentario a la STS de 11 de marzo de 1985», en CCJC, núm. 8, abril-agosto de 1985, pág. 2523.

pericialmente». El Juzgado de 1.ª Instancia consideró que había obrado de mala fe al edificar, por lo que se debía aplicar el artículo 362 del Código Civil. La Audiencia estimó la buena fe y, por ello, declaró que debía ser indemnizada de acuerdo con el artículo 453 del Código Civil. Se interpuso recurso de casación sobre la base de que se debía aplicar la doctrina de la accesión invertida, ante lo cual el Tribunal Supremo se pronunció de la siguiente forma: «...es totalmente rechazable, pues aun en la hipótesis de que hubiera habido nueva construcción y no mejora, **no habría una invasión parcial del terreno ajeno con la construcción en suelo propio de quien la invoca**, que es la base de tal doctrina junto con la buena fe del invasor... El motivo se desestima. No se ataca en él la aplicación del artículo 453 del Código Civil que hace al caso la sentencia recurrida, sino **sólo se trata de poner de relieve un hipotético enriquecimiento injusto del recurrido** porque no tendría derecho, por su cuota indivisa, más que a la mitad del valor de la finca con su edificación al momento de iniciar las obras la recurrente, y, como colofón, se pretende, para remediarlo, la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la accesión invertida. Es evidente que estas argumentaciones pugnan con el artículo 453 del Código Civil ante todo...». De acuerdo con toda esta exposición, el Tribunal Supremo acaba aplicando el artículo 453 del Código Civil sobre liquidación de la situación posesoria.

La STS de 8 de noviembre de 2000 (RJA 9592) se circunscribe a unos hechos, de acuerdo a los cuales unos cónyuges, H y L, propietarios de un solar, que constaba debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, habían construido una vivienda de la cual no existía todavía constancia registral. Posteriormente se procedió al embargo del referido solar sobre el que se encontraba la construcción y a su adjudicación a un matrimonio, los señores B y V, los cuales interpusieron demanda contra el matrimonio «en la que se intentaba, como petición principal, la declaración de que la vivienda construida sobre el local objeto de subasta les pertenecía por accesión, por lo que debía serle entregada la posesión física de aquél, con todo lo que sobre él se encuentre en el momento de la toma de posesión», el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que la accesión no era aplicable al caso, ya que la vivienda había sido construida por los demandados sobre suelo propio y no ajeno; la Audiencia Provincial confirmó dicha sentencia. El TS llegó a las siguientes conclusiones: «...la construcción realizada por los demandados en un solar, que ya era de su propiedad, determinó la integración del edificio en el patrimonio de aquéllos, en virtud de lo que se ha llamado fuerza expansiva del dominio. Pero este efecto se produjo con evidente anterioridad al embargo del solar... En tal concepto, **no puede pretenderse que, como consecuencia de la posterior adjudicación del solar a terceros, se produzca un extraño efecto retroactivo de accesión invertida, modo de adquirir que solamente se admite de forma excepcional por la Jurispru-**

dencia, cuando debido a una extralimitación en cualquier construcción se invade de buena fe suelo de ajena pertenencia».

Encontramos otro grupo de sentencias, más numeroso, donde se viene cuestionando si se debe considerar como extralimitación y, por tanto, aplicar la doctrina de la accesión invertida a aquellos supuestos en que se realizan edificaciones en fundo propio, si bien, no se respetan los márgenes preestablecidos en relación a las distancias necesarias entre edificaciones (art. 582 del Código Civil), lo que nos conduce a otra institución como son las servidumbres.

Se aplica la doctrina de la accesión invertida por la STS de 10 de diciembre de 1980 (RJA 4742), donde los actores interponen demanda contra una empresa inmobiliaria y los propietarios de los pisos y locales del edificio, en régimen de propiedad horizontal, debido a que la pared o fachada *«oeste del mismo, colindante con parcelas propiedad de los actores, fueron abiertos huecos, voladizos y terrazas para luces y vistas, así como accesos al edificio y locales mediante pasos o caminos por terrenos de dichos actores, sin guardar las distancias mínimas establecidas por la Ley y usando indebidamente el terreno ajeno, creándose de tal forma servidumbres de dichas clases —luces, vistas, pasos— en favor del edificio como predio dominante y en contra de las parcelas o terrenos limítrofes pertenecientes a los actores como predios sirvientes...»*.

En primera instancia se aplicó la tesis de la accesión invertida. La Audiencia revocó dicha sentencia, *«condenó a los demandados a que cerrasen todos los huecos, balcones, voladizos y otros elementos semejantes... que no guarden la distancia mínima de 2 metros»*, al tratarse de un edificio compuesto de sótano, planta baja, diez plantas con cuatro vecinos por planta y una planta ático. El Supremo, ante la molestia que supondría llevar a la práctica la sentencia de la Audiencia con criterio equitativo, determina: *«luego si razones de política económica, social y aún podría afirmarse de buena vecindad —como de relaciones de vecindad configura el Derecho alemán la construcción extralimitada— justifican la accesión invertida, razones de esta índole, más que suficientes, indudablemente se dan en el caso contemplado»*. Por todo ello el Tribunal Supremo, realizando una aplicación analógica de la doctrina de la accesión invertida, estableció: *«...la invasión del suelo ajeno no solamente se produce por traspasar los linderos del terreno por medio de una construcción que le afecta al igual que al subsuelo, sino igualmente y con igual fuerza al erigirse una construcción que invade el vuelo, al tener proyección sobre las facultades dominicales, como lo puede ser por voladizos, huecos con vistas rectas u oblicuas, terrazas con iguales posibilidades o con pasos o caminos por el suelo ajeno, como accesos a la construcción...»*, en igual sentido, la STS de 3 de abril de 1992 (RJA 2936).

Ahora bien, la línea jurisprudencial dominante se pronuncia en sentido contrario, así las SSTs de 26 de octubre de 1984 (RJA 4980), de 1 de octubre

de 1984 (RJA 4750), rechazan la aplicación de la doctrina de la accesión invertida debido al «...carácter excepcional de la misma para una laguna legal de que se sigue la exigencia estricta del supuesto para el que fue creada como de los requisitos que han de concurrir, por constituir una excepción a la regla general y legal del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil...», si bien, esta sentencia no aplica el régimen de la accesión invertida debido a la falta de buena fe, por tanto no está negando la posibilidad de aplicación de dicha figura a estos supuestos. CARRASCO PERERA (43) denomina a tales zonas sobre las que se produce algún tipo de invasión, «zonas de influencia dominical», al comentar la referida sentencia analiza las distintas soluciones posibles: la aplicación de la doctrina de la accesión invertida, la solución por las acciones de reintegración, por los límites a la exclusividad en el goce del espacio o la adquisición de servidumbres.

La STS de 22 de noviembre de 1989 (RJA 7900), ante un supuesto de servidumbre de luces y vistas, no aplica la doctrina de la accesión invertida debido a que no ha existido buena fe por parte del constructor, no por el hecho de tratarse de una servidumbre. También excluye la aplicación de la accesión invertida en un supuesto de servidumbres de luces y vistas, la STS de 7 de noviembre de 1995 (RJA 8079) (44), apoyándose para ello en el imperio de la ley, lo que conduce a la aplicación del artículo 582 del Código Civil.

En cualquier caso, es preceptivo ostentar la titularidad dominical: «...No se puede hablar, entonces, de construcción extralimitada si no se detenta, exclusivamente o compartidamente, la propiedad de un terreno desde el cual se invade el solar ajeno» —STSJ de Cataluña de 6 de abril de 1998 (RJA 10052) y STS de 23 de julio de 1991 (RJA 5416)—, «...al no poder atribuir a dicho señor, el recurrente, la titularidad dominical de lo construido, resulta fuera de toda discusión que el mismo pudiera invocar en su favor la concurrencia de cualquier supuesto de accesión invertida, ni, siquiera, por vía analógica, lo cual hace innecesario analizar si concurrían o no los restantes requisitos que condicionan la aplicación de la indicada figura...». CARRASCO PERERA (45) manifiesta que se procederá a la demolición «cuando el extralimitante no es el propietario vecino (titular de un derecho limitado, poseedor), puesto que al dueño del terreno, desde el que se realiza la invasión, no se le puede obligar a adquirir la porción ajena que otro invadió, ni se puede reconocer este derecho al extralimitante no propietario, ya que en este caso la

(43) Ver: CARRASCO PERERA, ANGEL, «Comentario a la STS de 1 de octubre de 1984», en CCJC, núm. 6, septiembre-diciembre de 1984, pág. 1999, y en *La accesión invertida...*, cit., pág. 888.

(44) FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, «Comentario a la STS de 7 de noviembre de 1995», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1996, pág. 579.

(45) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 354.

situación de comunidad que se querría evitar se reproduciría al final de su posesión de la finca desde la que edificó».

Asimismo, esta doctrina jurisprudencial se aplica cuando entre el constructor y el propietario del terreno no exista ningún tipo de relación jurídica, en caso contrario, si aquél es usufructuario, comodatario, arrendatario... acudiríamos a la regulación específica sobre dichas figuras para determinar sus consecuencias (46).

2. Que la construcción extralimitada forme UN TODO INDIVISIBLE con el suelo ajeno en que se sustenta. Ahora bien, habría que especificar qué se entiende por todo indivisible, debido a que «un edificio, no susceptible de división material vertical, puede muy bien someterse a una división jurídica en propiedad horizontal, como establece por lo demás el artículo 401.II del Código Civil» (47).

Trata dicha cuestión la STS de 22 de marzo de 1996 (STS 2584), estableciendo que la construcción extralimitada sólo se refiere a los supuestos de edificación, *«no en las de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el cual se construye... es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos, no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible»*. En el mismo sentido, la STS de 11 de junio de 1993 (RJA 5409), donde después de determinar los requisitos de la accesión invertida, establece: *«...no constituye un todo indivisible con el edificio, sino meros elementos auxiliares de él, es llano el acierto de la Audiencia al afirmar que quiebran... los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión»*. Así no se daba la nota de la indivisibilidad debido a *«que en la zona ocupada indebidamente construyó el demandado un aljibe, acceso a la vivienda, una piscina, pasos peatonales propios del ajardinamiento exterior y una habitación-bodega...»*. Ya la STS de 3 de marzo de 1978 (RJA 953): *«si se edificó con buena fe y lo edificado, como en el caso presente, es un inmueble indivisible de por sí y de valor muy superior al terreno invadido (81 m²) ha de ser aplicado el principio de derecho de que lo accesorio cede a lo principal...»*. Si aquella construcción extralimitada fuera susceptible de división, como establece la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), *«...la posibilidad de división evitaría todo el problema...»*.

(46) Sobre el tema, ver: NAVAS NAVARRO, SUSANA, «La accesión industrial (Especial atención al Derecho catalán)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, pág. 85.

(47) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 888.

3. Que tenga un VALOR SUPERIOR al terreno invadido, STS de 1 de octubre de 1984 (RJA 4750), 3 de abril de 1992 (RJA 2936) y 11 de junio de 1993 (RJA 5409): «...mas sentado en la instancia que el valor de lo construido en terreno ajeno es de 2.742.000 ptas. y el del terreno 4.005.000 ptas... quiebran... los requisitos esenciales para la viabilidad de dicha clase de accesión». La STS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), une dicho requisito con el anterior: «...que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el terreno ocupado o invadido...».

En relación a este requisito hay que poner de manifiesto un error sobre el cual viene cayendo la Jurisprudencia como es computar el valor total del edificio en contraposición al valor del suelo, para poder determinar si juega, o no, la regla de la accesión invertida. Dicho cómputo es consecuencia de la idea de la indivisibilidad, si bien, se cae en la injusticia de que debido a tal cálculo en la mayoría de ocasiones será superior el valor del edificio (48). Por lo que ante casos de extralimitación pero, de menor entidad, como pueden ser la instalación de postes, el Supremo hace soportar al extralimitante el valor de la reposición a la situación inicial, no aplicando la doctrina de la accesión invertida, STS de 17 de junio de 1971 (RJA 3250): «Fácilmente pueden ser trasladados, mediante una sencilla operación a otro lugar...». Siguiendo a CARRASCO PERERA (49), se comprueba que «cuanto mayor es la extralimitación operada sobre el dominio ajeno menos rigurosa es la sanción para su autor».

4. Que exista BUENA FE por parte del constructor que se ha extralimitado. La buena fe se enmarca entre los requisitos de la accesión invertida, si bien, hay que puntualizar, que no se trata de un requisito constitutivo, sino que la accesión surge con independencia de ésta. Ahora bien, dicha buena fe forma parte del supuesto de hecho en caso de construcción en terreno ajeno, artículo 361 del Código Civil y 278 de la Compilación de Cataluña.

Entre los artículos que tratan la accesión, ninguno define el concepto de buena fe a estos efectos. En cambio, Códigos de otros países sí recogen un precepto sobre el particular, tal es el caso del artículo 1.340.4 del Código Civil portugués. Al no definirse específicamente este concepto, en sede de accesión, se deberá acudir a los artículos 433 y 1.950 del Código Civil. Aunque, para la aplicación de la regla de la accesión invertida no es suficiente una simple buena fe subjetiva, artículo 433 del Código Civil, sino que «la diligencia exigible debe ser la que resulte en cada caso, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 del Código Civil)» (50). Cuando se alude a la buena fe en sede de accesión nos estamos refiriendo a «la

(48) En este sentido se pronuncia CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 888.

(49) CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 2210.

(50) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 909.

ignorancia de la antijuridicidad del propio actor, o mejor, convicción de la legitimidad del propio acto. Hay entonces un acto que en sí mismo considerado es objetivamente antijurídico y que sin embargo la persona ha realizado creyendo en la regularidad y en la rectitud de su comportamiento... Buena fe significa que la persona que realiza un acto que altera la estructura o la sustancia de una cosa ajena ignora por error excusable el alcance objetivamente ilícito de su acto y lo realiza en la creencia de su licitud» (51). Se considera que el constructor es de buena fe en tanto ignore que el terreno en el que está edificando es ajeno.

Dicha buena fe se debe referir al momento de inicio de la construcción, así lo pone de manifiesto la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), se trata de un supuesto particular, debido a que se posee la finca ajena derivada de un título viciado, produciendo *que esa posesión sea indebida*. La STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), alude a la necesidad de dicha buena fe a lo largo de todo el período constructivo: «...*el comportamiento de buena fe en la construcción hay que entenderlo no con relación a la terminación de la obra y su desarrollo, sino a cuando se produjo con efectividad la actividad constructiva*». En relación al momento en que debe concurrir la buena fe, y demás requisitos, la STSJ de Cataluña, de 6 de abril de 1998 (RJA 10052): «*La procedencia o no de la accesión invertida se ha de medir en función de la época en la cual se realizaron los elementos de hecho que la posibilitan, o sea, cuando se hicieron las edificaciones, que era lo que, en su caso, hubiese viabilizado la acción, de concurrir los restantes requisitos...*». Hay quien, como es el caso de NAVAS NAVARRO (52), entiende que la buena fe que se exige para la accesión invertida «*queda relegada a un segundo plano*», ya que con preferencia se debe postular la equidad, el sentido social de la propiedad y criterios económicos de la edificación.

La STS de 17 de junio de 1961 (RJA 2728) identifica la buena fe con la ausencia de dolo y culpa grave «*cuando el dueño de un predio, al construir, rebasa los linderos sin dolo o culpa grave*» y, como manifiesta CARRASCO PERERA (53), en esta sentencia se mezclan «el criterio del modo de adquirir con el proveniente del Derecho alemán, es decir, deber de tolerancia a cambio

(51) Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 252; *La modificación...*, cit., pág. 846; NÚÑEZ BOLUDA, *La posible...*, cit., pág. 219: «consiste en creer, por parte del que edifica, que actúa en cosa propia, o que tiene derecho a edificar, ignorando con error excusable que la cosa es ajena o que carece de título para edificar».

(52) NAVAS NAVARRO, SUSANA, «Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Problemática de las construcciones extralimitadas. Comentario a la sentencia del TSJC, Sala Civil, 7/1991, de 22 de julio», en *La Llei*, 1992-1, pág. 752, quien considera que «nuestro ordenamiento jurídico ofrece vías suficientes como para hacer innecesaria la teoría de la accesión invertida».

(53) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 352.

de una renta». Por ejemplo, la STS de 28 de enero de 1993 (RJA 511), no apreció la existencia de accesión invertida debido a la falta de buena fe: «...y es claro que dicha buena fe no puede ser apreciada en nuestro caso, no ya sólo porque las obras comenzaron a realizarse antes del transcurso de los dos años a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria... sino porque la demandada disponía de elementos más que suficientes para conocer que las repetidas obras invadían un suelo ajeno, pues de sus propios registros resultaba que la parcela 19 del polígono 45 pertenecía a otros conocidos propietarios».

En este sentido, la STS de 27 de enero de 2000 (RJA 126) (54), se ciernen a unos hechos en torno a los cuales los propietarios de un determinado solar sobre el cual se había extralimitado la construcción de un hotel adyacente interpusieron demanda ejercitando acción declarativa de dominio y reivindicatoria. La parte demandada manifestó que por accesión invertida habían adquirido la propiedad de la totalidad del solar, por lo que debían indemnizar al demandado. El Tribunal Supremo, debido a la falta de buena fe, no apreció la existencia de una accesión invertida y llegó a la siguiente conclusión: «...ha requerido siempre la existencia de buena fe en el constructor, esto que la invasión se haya producido, en la creencia de que se estaba construyendo sobre terreno propio o sobre el cual se tenía derecho a construir, situación que no se ha producido en el caso de autos...». Consecuencia de lo cual se aplica el artículo 462 del Código Civil por parte de los Tribunales de Instancia y de la Audiencia, si bien, el Tribunal Supremo aplica analógicamente los artículos 362 y siguientes del Código Civil, a raíz de los cuales el propietario dispone de la opción de adquirir lo edificado, en este caso sin pagar ningún tipo de indemnización, o demoler lo construido a costa del edificante.

DÍEZ-PICAZO (55) manifiesta que «la buena fe del constructor es, según sabemos, una errónea creencia, nacida de un error excusable, sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir». Asimismo pone de manifiesto las distintas combinaciones en relación a la actitud de los sujetos: «buena fe de ambas, mala fe de ambas, buena fe del dueño y mala fe del constructor, buena fe del constructor y mala fe del dueño». Por todo ello entiende que «frente al constructor de buena fe, la buena o mala fe del dueño del terreno resulta indiferente» a los efectos de aplicar la doctrina de la accesión invertida. El dueño del terreno está actuando con mala fe en tanto que conociendo dicha construc-

(54) Ver: GARCÍA RUBIO, M.^a PAZ, «Comentario a la STS de 27 de enero de 2000», en ADC, 2000, T. LIII, F. IV, pág. 1661, y MOLL DE ALBA, CHANTAL, «Comentario a la STS de 27 de enero de 2000», en CCJC, núm. 53, abril-septiembre de 2000, pág. 659.

(55) DÍEZ-PICAZO, *La modificación...*, cit., pág. 850.

ción extralimitada no se oponga a la misma, artículo 364.2 del Código Civil. Si se produce dicha mala fe por parte del dueño del solar, la opción que recoge el artículo 361 del Código Civil pasaría a manos del constructor, que sí ostenta dicha buena fe (56).

Ahora bien, habría que preguntarse qué ocurre en los supuestos de mala fe del constructor y buena fe del dueño del solar, los cuales ya no se subsumen en la figura de la accesión invertida. Se ha solucionado tal cuestión aplicando el artículo 361 del Código Civil y siguientes (57), particularmente, los artículos 362 y 363 del Código Civil, es el caso de la STS de 27 de enero de 2000 (RJA 126): «...ante la existencia de una laguna legal, de colmar la misma con los preceptos del Código referentes a la edificación o plantación con mala fe en terreno ajeno..., por regular hechos similares (art. 4.1 del Código Civil), por lo que hay que dar lugar a la demanda en los términos en que viene formulada... por lo tanto hay que declarar que la propiedad de lo edificado en terreno del actor pertenece a éste y proceder a lanzar del mismo a los demandados». Todo ello lleva al Tribunal a declarar que «todo lo construido sobre la porción de terreno, de la finca de la que es titular el actor a que refieren los autos, es propiedad de don Marcos Torres Chalk, sin que por ello deba indemnizar a los demandados cantidad alguna».

Como establece GULLÓN BALLESTEROS (58), «...dará lugar, si el dominus soli elige el primero, a una extraña figura, consistente en una división del edificio entre dos propietarios, cada uno dueño de una parte, y con problemas complejísima en su desarrollo de muy difícil solución». Así, debido a la aplicación del artículo 363 del Código Civil, se permitiría la demolición de lo edificado, SSTs de 17 de junio de 1961 (RJA 2728) y 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), «...requisito el de buena fe que, por cierto, impide no sólo la accesión invertida sino la aplicación del artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, ya que este precepto la exige positivamente, siendo de aplicación los trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres que regulan el supuesto de que se edifique de mala fe en terreno ajeno, para el cual se previene expresamente que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra».

En los supuestos de mala fe se produce una colisión de intereses que, atendiendo a conceptos como el de daño, nos conduce al artículo 7.2 del Código Civil y, en particular, al daño para tercero. CARRASCO PERERA (59)

(56) En tal sentido, se pronuncia SERRANO ALONSO, *op. cit.*, pág. 680.

(57) Así lo expresa GARRIDO PALMA, *op. cit.*, pág. 123.

(58) GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, pág. 234, considera que sería «más apropiado conceder al propietario invadido la facultad de obligar al que construyó a comprarle el suelo invadido, más la indemnización de daños y perjuicios, en lugar de darle la parte de edificio que le invada, pero esta solución sólo puede tener como punto de apoyo el reclamo a la equidad del artículo 3.º del Código Civil, aunque bien débil».

(59) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 906.

considera que ante situaciones de mala fe en las que el edificante sabe que producirá tal extralimitación, es lógico que el dueño del solar disponga de la posibilidad de demoler lo edificado o que lleve a cabo una negociación con el constructor por una cantidad superior que la que hubiese realizado en un primer momento.

En el caso de que ambas partes procedan de mala fe, se compensan dichas actitudes, por lo que se aplica el artículo 364.1, SSTS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524); 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663). Sobre este extremo es expresiva la STS de 27 de octubre de 1986 (RJA 6012), donde la parte demandada, antes de entrar en pugna, quiso pagar por la ampliación realizada que recaía en un solar ajeno sin que los propietarios del mismo accediesen a ello: «...**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...**».

5. Se podría apuntar como un quinto requisito la necesidad de que no se produzca OPOSICION por parte del titular del predio invadido, ello debido a que anularía la buena fe del constructor. Hay quien ha afirmado que, en materia de construcción extralimitada, se ha acuñado un nuevo concepto de buena fe que se identifica con aquellos casos en los que no se produce oposición por parte del propietario (60). Ello por influencia del artículo 364.2 del Código Civil: «*Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse*», por lo que, realizando una interpretación a contrario, la inexistencia de oposición por parte del dueño del terreno equivale a la buena fe del edificante.

En ciertos Ordenamientos, dicho requisito aparece recogido expresamente, determinando, a su vez, el período en que se debe ejercitar, tal es el caso, del artículo 938 Código Civil italiano, «...*il proprietario di questo non fa opposizione entro tre mesi dal giorno in cui ebbe inizio la costruzione...*», del parágrafo 912 BGB: «*inmediatamente*» y el artículo 1.343 del Código Civil portugués con carácter más específico para los supuestos de construcción extralimitada: «*Prolongamento de edificio por terreno alheio. 1. Quando na construção de um edificio em terreno proprio se ocupe, de boa fé, uma*

(60) Así lo expresa MOLL DE ALBA, *Comentario...*, cit., pág. 671, establece que «cabe concluir, por lo tanto, que la buena fe en la construcción extralimitada se aprecia cuando concurren factores subjetivos, psicológicos y elementos de tipo objetivo, como la falta de oposición del propietario»; PINTÓ I RUIZ, JOSEP-JOAN, «Contestació», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1991-2, pág. 505, quien considera que si se ejecuta a la vista del dueño del solar y éste no se opone la mala fe, en caso de existir, del edificante, se transforma en buena fe.

parcela de terreno alheio o constructor pode adquirir a propriedade do terreno ocupado, se tiverem decorrido tres meses a contar do inicio de ocupaçao, sem oposiçao do propietario...», el Código Civil suizo, artículo 674, exige que la oposición no se realice en los tres meses siguientes al inicio de la construcción. La STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663) consideró que estaba fuera de plazo una oposición que se realizó a los seis meses de iniciada la construcción.

En el territorio foral de Cataluña, de acuerdo con el artículo 278 de la Compilación, se ha venido entendiendo, tal como pone de manifiesto MOLL DE ALBA (61), «...la necesidad de la denuncia de la obra por el *dominus soli* que podía hacerse tanto mediante la presentación de documentos, ante testigos, como de viva voz». Se pone de manifiesto en las SSTSJ de Cataluña de 1 de marzo de 1993 y 29 de septiembre de 1993, esta última se basa en los preceptos del Código Civil atinentes a la buena fe, artículos 433 y 1.950 del Código Civil. CARRASCO PERERA (62) se pronuncia sobre dicha oposición, considerando que no es necesario que se realice en una forma procesal concreta: «No afectarán a su eficacia los defectos de capacidad del oponente ni los vicios de la declaración». Y entiende que se debe exigir aquella falta de oposición del dueño del suelo «como un elemento indispensable y, además, adicional a la buena fe del extralimitante». Apunta que la doctrina jurisprudencial interrelaciona la buena fe con la falta de oposición cuando se deben constituir como elementos autónomos, «que el constructor debe ser de buena fe y que, además, el dueño no se haya opuesto temporáneamente» (63).

Sobre tal falta de oposición configurada como un elemento estructural de la buena fe, encontramos las SSTS de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137) (64): «...que esa inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufra la invasión no se haya opuesto a su ejecución oportunamente...», 11 de junio de 1985 (RJA 3107), 4 de julio de 1985 (RJA 3640), 27 de octubre de 1986 (RJA 6012), 23 de julio de 1991 (RJA 5416).

(61) MOLL DE ALBA, *La construcción...*, cit., pág. 768.

(62) CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 2213, considera que tampoco tiene que estar justificada. Establece dichos requisitos debido a que considera que «no se puede hacer de la accesión invertida un mecanismo de expropiación por pura utilidad privada, o un medio con el que las inmobiliarias consigan ventajosas condiciones de compra sin acudir al mercado de terrenos...».

(63) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 352: «Ni la oposición hace de mala fe al constructor (como tampoco hace cesar la buena fe la interrupción legal del art. 451) ni la falta de oposición sana la reprochabilidad de su conducta (no parece de aplicación la compensación del art. 364)». En el comentario de la STS, de 11 de marzo de 1985 (RJA 1137), cit., pág. 2522, manifiesta que no es del todo cierto que la oposición del *dominus soli* enerve la buena fe del constructor. «La oposición no es un elemento de la buena fe, sino un factor autónomo que, con independencia de aquélla, impide que se produzcan los efectos de la accesión invertida».

(64) Ver: CARRASCO PERERA, *Comentario...*, cit., pág. 513.

La STS de 12 de noviembre de 1985 (RJA 5582) alude a ambos requisitos independientemente: *«la buena fe es incompatible con la oportuna oposición del propietario invadido, pero ello no impedirá estimar su concurrencia, a pesar de la actitud opositora, cuando las particulares circunstancias permitan basar la fundada convicción del constructor de que ostenta el dominio sobre el terreno que su antagonista se arroga»*, 27 de octubre de 1986 (RJA 6012) y 23 de julio de 1991 (RJA 5416). Las distintas sentencias que asientan dicha figura jurisprudencialmente aluden a tal falta de oposición, salvo alguna excepción, tal es el caso de la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524). De acuerdo con estas ideas, si hacemos depender la buena fe de la falta de oposición nos podemos situar ante supuestos de mala fe sobrevenida que nos conducen al artículo 435 del Código Civil. Así, esta idea habría que relacionarla con las anteriormente plasmadas en relación al momento en el cual debe concurrir dicha buena fe. Por tanto, a la luz de estas notas, vemos como en ciertos casos el Tribunal Supremo cae en cierta incongruencia y contrariedad.

III. CONSECUENCIAS. RESARCIMIENTO

Si se dan todos los requisitos a los que hemos hecho referencia, se produce un determinado efecto jurídico como es la posibilidad de que el propietario de la edificación devenga propietario del suelo adquiriendo el terreno ocupado. Aunque, esta afirmación se debe matizar, ya que se viene cuestionando si se trata de la pérdida de la posesión o de la propiedad por parte del edificante. Si bien, al no encontrarse esta posesión entre los supuestos de pérdida que recoge el artículo 460 del Código Civil, el cual realiza una enumeración tasada, se debe entender que el edificante dispone de la propiedad de lo edificado.

El sujeto edificante que se extralimita, siempre que lo realice de buena fe, es factible que adquiera el terreno colindante. Así lo establece la STS de 8 de febrero de 1994 (RJA 833): *«el Tribunal declara la facultad de adquisición del terreno que es concedida al actor, como consecuencia de reconocer existente a su favor una situación de accesión invertida...»*. Únicamente se aplica esta figura en tanto el valor del suelo sea notoriamente inferior al de la construcción. En cualquier caso, deberá pagar el valor del terreno y cuantos daños pueda haber ocasionado. A pesar de tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada conflicto de intereses, la doctrina jurisprudencial elaborada en relación al tema es menos permisiva que regulaciones de nuestro entorno —como la italiana— que conceden al juez la posibilidad de que resuelva *«según las circunstancias del caso»*.

De acuerdo con el artículo 361 del Código Civil, el edificante puede retener la cosa hasta que se le paguen los gastos realizados, que se liquidan

de acuerdo al régimen establecido en los artículos 453 y 454 del Código Civil, referentes a la liquidación del estado posesorio. A la luz de esta idea se podría considerar al constructor como un poseedor de cosa ajena. Ahora bien, esta indemnización únicamente tendrá lugar en tanto la edificación le reporte un beneficio al dueño del terreno, en este sentido se pronuncia la STS de 12 de junio de 1971: «para que conforme al artículo 361, el dueño del terreno indemnice al que de buena fe edificó, plantó o sembró, se parte del supuesto de que dichas operaciones resultaron beneficiosas para dicho dueño». En los casos en que el dueño del suelo no quiera apropiarse de lo edificado y opte por la venta del solar, habrá que determinar las consecuencias para el caso de que el edificante se niegue a realizar la compra debido a su alto precio, o por cualquier otro motivo, en cuyo caso pasaría a ser de pleno dominio del propietario del solar. Como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (65), «el derecho del edificante para exigir del dueño del terreno que le pague los materiales no es una acción de indemnización... no atiende a resarcir un daño, sino a corregir un desplazamiento patrimonial sin causa, un enriquecimiento injusto». SERRANO ALONSO (66) considera que «operará la regla general de accesión a favor del dueño del terreno y que en su consecuencia desaparece la opción a su favor...». La compraventa que supone el derecho de accesión «se califica de voluntaria para el vendedor, el dueño del terreno, y de necesaria para el comprador, el edificante» (67), la iniciativa de la venta puede partir tanto del dueño del terreno como del edificante, en este sentido encontramos las SSTs de 21 de mayo de 1928 (J. Civil, T. 183, 1928, pág. 839), 23 de marzo de 1943 (RJA 405), 15 de octubre de 1962 (RJA 3870) y 31 de diciembre de 1987 (RJA 9715).

Hay que determinar si es factible que el sujeto exija que el dueño le venda el terreno que ha edificado, ello debido a que una cosa es la posibilidad de tomar la iniciativa, y otra la exigencia de tal venta. La única sentencia en relación al hecho de exigir tal venta es la STS de 9 de febrero de 1991 (RJA 1160), como manifiesta NÚÑEZ BOLUDA (68), «se rebasa así la opinión de la doctrina según la cual el edificante de buena fe puede demandar al dueño del terreno para que ejercite su opción; el Supremo va más allá y concede al edificante el derecho a exigir directamente la compraventa del solar».

Por la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida se está concretando la posibilidad de ejercitar la segunda opción del artículo 361 del Código

(65) NÚÑEZ BOLUDA, *op. cit.*, pág. 212.

(66) SERRANO ALONSO, *La accesión...*, cit., pág. 683.

(67) NÚÑEZ BOLUDA, *op. cit.*, pág. 208.

(68) NÚÑEZ BOLUDA, «La posible...», cit., pág. 221, en su trabajo *La accesión...*, cit., pág. 149, establece que «La iniciativa de esta compraventa ha de partir del dueño del terreno; el edificante no puede exigir la venta del mismo a su favor; el Código no le concede tal derecho».

Civil. CARRASCO PERERA (69), a resultas de la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524), manifiesta que «el dueño de aquélla (se refiere a la construcción) está siempre en condiciones de exigir el abono del valor; es decir, que la inaplicabilidad del artículo 361 se refiere sólo a la primera alternativa». La STS de 22 de noviembre de 1989 (RJA 7900) califica a la accesión invertida como una «...*ejecución forzosa de la segunda opción del artículo 361 del Código Civil...*», en el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601). Ello conduce a afirmar que no se produce tal laguna legal, sino que los casos de construcción extralimitada se resuelven de acuerdo con la segunda opción del artículo 361 del Código Civil.

En los supuestos de accesión invertida se desencadena una obligación de restitución por parte del edificante, el cual se ha visto favorecido por dicha extralimitación, por lo que deberá compensar al sujeto que ha sufrido la disminución patrimonial. Se ha producido una mejora patrimonial a un sujeto que no era consciente de la misma, ni la ha pretendido. Se tratará de recomponer aquel desequilibrio patrimonial que ha tenido lugar, fundamentalmente, por la circunstancia de que uno de los sujetos ha realizado un gasto de buena fe. Al respecto no tiene sentido ejercitar la concreta acción de enriquecimiento injusto. Si el edificante es de buena fe, desconoce que se está produciendo tal enriquecimiento y por tanto no ejercitará dicha acción. Si es de mala fe, al actuar con conocimiento de su incorrección no defenderá su derecho (70). La STS de 5 de abril de 1994 (RJA 2936) establece que: «*es totalmente extravagante el recurso a la accesión invertida para restaurar un hipotético enriquecimiento injusto cuando no se dan las circunstancias necesarias para el juego de aquélla, ni sería medida apta jurídicamente para reparar el empobrecimiento*». Por el contrario, la STS de 1 de diciembre de 1980 (RJA 4732) aplica la doctrina del enriquecimiento injusto a un supuesto de construcción extralimitada realizada por uno de los socios.

Al determinar el valor del solar junto con lo edificado, se procederá a establecerlo por un justo valor, que se corresponderá con el precio del terreno en el momento de realizarse la venta, no en el momento del inicio de la construcción (71). Como ya apuntamos, al computar valores se calcula el valor del edificio en su totalidad y la porción de terreno invadido, de donde surge —por regla general— que el edificio constituye el objeto principal, por ejemplo, la STS de 15 de junio de 1981 (RJA 2524): «...*atribuyendo la calidad principal a lo construido cuando su importancia y valor superan al*

(69) CARRASCO PERERA, *Ius aedificandi...*, cit., pág. 354.

(70) Sobre el tema, ver: NAVAS NAVARRO, *La accesión...*, cit., pág. 130.

(71) En tal sentido se pronuncian las SSTs de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663), 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601). En sentido contrario, la STS de 8 de noviembre de 1989 (RJA 9890).

de la parte del suelo (o subsuelo) invadido...», la STS de 26 de febrero de 1971 (RJA 1044) tiene en cuenta no solamente el edificio y el suelo invadido, sino el edificio junto con el suelo: «...*impone atribuir la cualidad de principal al edificio unido al suelo cuando su importe y valor excedan de los del suelo invadido...*». La aludida STS de 25 de abril de 1995 (RJA 3548) establece la manera de proceder a la hora de computar los perjuicios, además de recordar que el *quantum* indemnizatorio no es modificable en casación. Así, concreta que el valor se obtiene multiplicando los metros invadidos por el valor de tasación de dichos metros, a los que se deben unir el valor del terreno no invadido debido a «*su imposible destino a edificar*».

El principio *superficie solo cedit*, el cual se ve negado por el juego de dicha doctrina, otorga al propietario del suelo el derecho a edificar (*ius aedificandi*) en dicho suelo y con ello, todo lo que el mismo comporta, o sea, el derecho a la plusvalía que pueda generar, la posibilidad de especular con el terreno y de edificar cuando considere oportuno. Todo lo cual deberá ser tenido en cuenta a la hora de proceder a computar la indemnización. CARRASCO PERERA (72) considera que la indemnización no debe comprender sólo «el valor de afección que con carácter supletorio concede el artículo 47 de la LEF. También ha de añadirse al precio de mercado *ex ante* el valor del monopolio negociador de que el actor disponía para permitirse comportamientos estratégicos en la negociación...». Se cuantificará no sólo el aprovechamiento general o estándar de la finca, sino también, el verdadero aprovechamiento que le revierte al propietario. Con los primeros atisbos de dicha doctrina, únicamente, se tenía en cuenta el valor del terreno, STS de 31 de mayo de 1949 (RJA 721).

Ahora bien, la STS de 12 de diciembre de 1995 (RJA 9601), la cual además de tener la particularidad de que es el actor quien solicita la declaración de accesión invertida cuando, normalmente, suele realizarse por la parte demandada por vía de reconvencción, una vez que ha sido demandada por una acción reivindicatoria, establece que no se deben tener en cuenta dichas expectativas al establecer el *quantum*. El actor solicita que se le compense por dicha accesión, la cual consistía en un pozo negro y una piscina, estableciendo al respecto el Tribunal Supremo: «...*a la actora que pide cantidad concreta de dinero, ha de reconocérsele el derecho a que se le satisfagan los metros de solar ocupados... A dicha suma ha de añadirse el perjuicio inherente a la minusvaloración que la privación de metros haya producido en el solar residual tras la enajenación de la parte invadida. Pero*

(72) CARRASCO PERERA, *La accesión...*, cit., pág. 911; *Ius aedificandi...*, cit., pág. 353, y *Comentario...*, cit., pág. 904, «la mayoría de sentencias siguen un criterio según el cual la relación de valor se calcula computando, de un lado, el valor del suelo extralimitante más el valor del edificio y, de otro, el valor del terreno ajeno invadido».

no cabe tener en cuenta otros perjuicios derivados de la construcción y apoyados en las expectativas negociales de la posible edificación, porque es reiterada y conocida la jurisprudencia conforme a la cual no cabe tener como perjuicios efectivos expectativas más o menos posibles de negocio...».

A los efectos de determinar el *quantum* indemnizatorio cabe traer a colación la STS de 27 de noviembre de 1984 (RJA 5663) (73), «...ha de tenerse en cuenta no solamente el estricto valor del terreno ocupado, sino también todo el quebranto y menoscabo económico que repercuta sobre el resto por segregación producida, como consecuencia necesaria del principio de equidad...». Muy significativa, en relación al tema del resarcimiento, es la STS de 8 de noviembre de 1989 (RJA 9890): «...la indemnización... ha de bascular entre la posible codicia del dueño del terreno que por la constante devaluación monetaria quiera beneficiarse de la revalorización de terrenos por encima de esa inflación retrasando su reclamación y el injusto enriquecimiento del constructor que viene poseyendo desde un principio el terreno sin el menor disfrute del dueño del mismo, que paralelamente se ve perjudicado por ello; y como quiera que esa indemnización reparadora por tal circunstancia ha de comprender todos los daños y perjuicios que además se le hubieren irrogado al dueño del terreno... ha de respetarse el módulo señalado en la sentencia recurrida y en la de primer grado, pero con abono del interés legal que en el decurso del tiempo venga establecido para el precio de aquella forma determinado hasta el de su pago efectivo, incrementado en dos puntos...». Ya la STS de 26 de febrero de 1971 (RJA 1044), a la hora de proceder a determinar la indemnización determinó: «reconocer al edificante el derecho de adquirir la parte del terreno invadida mediante el pago de su precio y en la consideración determinativa de cuyo precio no solamente ha de comprenderse el estricto valor del terreno ocupado sino asimismo el perjuicio que la merma de éste suponga para el resto del terreno que le quede al demandante, a fin de atender adecuadamente al principio de justicia equitativa que imprime carácter al contemplado instituto jurídico de la accesión invertida». En este sentido se pronuncia BONET BONET (74), «se debe tener en cuenta no sólo la porción del terreno afectado por la construcción, sino también la situación del terreno no afectado y su extensión en cuanto a su actual valoración económica, dimanante de la posible depreciación actual del terreno restante o, por el contrario, de su mayor estimación en algún caso».

En otros Ordenamientos encontramos específicamente regulada la cantidad a indemnizar, así el del Código Civil italiano, por el artículo 938, determina

(73) Ver: CARRASCO PERERA, ANGEL, «Comentario a la STS de 27 de noviembre de 1984», en CCJC, núm. 7, enero-marzo de 1985, pág. 2205.

(74) BONET BONET, «Observaciones sobre la accesión en nuestro Derecho positivo», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, núm. 231, pág. 119.

que se deberá pagar el doble del valor del suelo: *«Il costruttore è tenuto a pagare al proprietario del suolo il doppio del valore della superficie occupata, oltre il risarcimento dei danni»*. También concretan dichos extremos los párrafos 912 y 915 BGB, a raíz de los cuales el dueño de terreno puede optar entre tolerar la inmisión a cambio de una renta o ceder la propiedad del terreno recibiendo por ello el correspondiente precio. El artículo 1.343 del Código Civil portugués establece que el extralimitante podrá adquirir la propiedad del terreno pagando el valor del mismo y reparando el posible perjuicio causado, con particularidad el que resulte de la depreciación del resto del terreno.

En nuestro caso, la Jurisprudencia viene aplicando el artículo 1.902 del Código Civil debido a la inexistencia de una relación contractual entre las partes con anterioridad a la producción de los hechos (75), SSTs de 15 de junio de 1981 (RJA 2524): *«...la adquisición de la propiedad del terreno invadido por el edificante lleva consigo como contraprestación, no sólo el abono del precio del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361 del Código, si el propietario opta por esta solución, sino también al de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que además se le hubiesen ocasionado al dueño de éste, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código...»*, 1 de octubre de 1984 (RJA 4750), 12 de noviembre de 1985 (RJA 5582). La STS de 29 de julio de 1994 (RJA 6305) determina que se deberá abonar el valor del terreno y la indemnización por el *«...menoscabo patrimonial que representa la porción ocupada sobre el resto de la finca a causa de la segregación producida por imperativo del artículo 1.902 del Código, extremo éste del resarcimiento del valor de lo ocupado e indemnización, además, de perjuicios y menoscabos...»*.

En cualquier caso, esta figura no debe suponer un medio por el cual el edificante se pueda lucrar o sacar provecho.

BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO
Profesora Titular Int. Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

(75) LAUROBA LACASA, *op. cit.*, pág. 634, manifiesta que «Recurrir a dicho precepto parece, no obstante, un desajuste conceptual, ya que se trata de un supuesto que excluye, por definición, el dolo o culpa del transgresor».

Una nueva explicación de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTORICOS IMPRESCINDIBLES.—2. ¿A QUIENES «AUTORIZA» EL CODIGO DE COMERCIO DE 1829 PARA EJERCER EL COMERCIO?—3. LA CUESTION DE FONDO.—4. RESUMEN DE LA POLEMICA DOCTRINAL.—5. LA SOLUCION DE LA DISPARIDAD.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS IMPRESCINDIBLES

El movimiento codificador mercantil español, iniciado como consecuencia de las Cortes de Cádiz, logra un primer e importante texto legal con la aprobación del Código de Comercio de 1829 (1), texto que consigue superar la diversidad local fijando por escrito la práctica comercial más generalizada, y otorgando así al viejo Derecho consuetudinario de los mercaderes la cualidad de Derecho legislado (2).

(1) Véase, *Código de Comercio de 1829*, Edición Oficial, De orden del Rey nuestro Señor, por Don Julian Viana Razola, Madrid, 1829, encuadrado en el mismo volumen, la «Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio», decretada, sancionada y promulgada en 24 de julio de 1830, De Real Orden, en la Oficina de Don Leon Amarita, Madrid, 1830.

(2) El Código de Comercio de 1829 está constituido por prácticas y usos comerciales de carácter consuetudinario que, recogidas de la práctica usual, sufren una definitiva transformación en preceptos legales, dejando de ser las simples prácticas o usos comerciales originarios.

El Código de 1829 no contiene una referencia explícita a las fuentes del Derecho Mercantil, pero es muy discutible que deba entenderse esa falta de declaración expresa como un reconocimiento tácito de su carácter de fuente, que no se le quiso otorgar por considerar única fuente al propio Código de 1829, para otorgar valor de ley a determinadas prácticas comerciales de carácter consuetudinario, marginando a otras.

Con ello se afronta la inseguridad jurídica provocada por el posible conflicto entre usos locales contradictorios, o no bien conocidos (3), y al mismo tiempo con una postura políticamente muy acertada, como el transcurso del tiempo demostró, elude una cuestión conflictiva de carácter general en el ordenamiento jurídico español, de esta manera se evita la discrepancia entre los textos de las distintas Ordenanzas de los Consulados (4), evitando la misma disparidad entre los diferentes derechos forales y sus distintos regímenes supletorios.

Esta elusión, bajo mi punto de vista, no ha sido descubierta ni entendida por la doctrina posterior (5) que se ha ocupado, con poca fortuna, de este primer texto codificador, tan influenciado del absolutismo (6) del momento como de la mentalidad codificadora (7), que en este aspecto favorecía las pretensiones absolutistas y unificadoras del monarca, a la sazón Fernando VII.

Para una mentalidad actual resulta casi sorprendente que la primera parte del Derecho Privado que se codifica carezca de enunciación de sus fuentes. Es precisamente esa clara ausencia la más llamativa forma de resaltar la opción legislativa ejercida por un monarca de talante absolutista apoyado en

(3) Los «Consulados de Comercio», organizaciones gremiales privadas de comerciantes, estaban dotados de atribuciones para dictar «Ordenanzas» consuetudinarias de carácter local. Algunas de ellas, españolas, regían en muy amplias zonas del comercio marítimo mediterráneo, como *El Consulado del Mar* (Tortosa), las *Ordenanzas de Bilbao*, en el Cantábrico, o la francesa *Rôles d'Oleron*, en el mismo mar. Es importante señalar el intento logrado del Código de Comercio de 1829 de implantar un Código unitario en donde antes no había más que una pluralidad consuetudinaria local, alcanzando un éxito que no logró muchos años más tarde el Código Civil, al encontrarse éste con la pluralidad de los Derechos forales, quedando por consiguiente descartada la unidad legislativa civil en España.

(4) *El Consulado del Mar* (Tortosa), *Ordenanzas de Burgos, Bilbao y Sevilla*.

(5) La mención de los usos de comercio en el artículo 2 del Código de Comercio de 1885 se achaca a la influencia del Código de Comercio de 1829, sin embargo eso no es cierto, como se comprueba con la simple lectura de las palabras del Preámbulo del Código de Comercio de 1829 y de la expresa derogación contenida en la Disposición Final del texto legal que sistemáticamente ha sido omitida por las publicaciones privadas y anotadas del Código de 1829, siendo la única edición privada que la inserta la efectuada por un abogado del Ilustre Colegio de Madrid, ALBERTO AGUILERA Y VELASCO, fechada en 1865.

Los únicos autores que tratan con justicia al Código de 1829 han sido JESÚS RUBIO en su obra «Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil», *CSIC*, Madrid, 1950, págs. 17 y 18, y EMILIO LANGLE, en su conocido *Manual de Derecho Mercantil*, I, 1950, pág. 203.

(6) El sentido absolutista se deduce de su articulado, véase artículos 8, 71, 72, 110, 294, 411, 1.189 y 1.191.

(7) Creo que está suficientemente plasmada en la declaración del Preámbulo del Código cuando habla de «dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio».

el ideario codificador, para poner la clave exclusivamente en «MI SOBERANA VOLUNTAD». Esa voluntad soberana transforma la ordenación que instaura, dotada de un carácter ordenancista detallado, para imponerlo sin mayor fundamentación que las alusiones hechas a «los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio», con el fin de otorgar al texto legal constituido el carácter de «un sistema de legislación uniforme y completo».

Es evidente que Fernando VII utiliza ampliamente los «usos del comercio» y las «prácticas mercantiles», pero eso, ciertamente, no es esencial. Lo esencial y significativo son las reiteradas manifestaciones personalistas del monarca con las que pretende minimizar la actuación de la comisión tripartita, designada por el mismo monarca un año antes, integrada «por magistrados, jurisconsultos y personas versadas en las prácticas y usos mercantiles, para que meditasen, preparasen y *me* propusieran un proyecto de Código de Comercio». Termina el Rey destacando su actuación personal con estas palabras textuales: «con vista de estos y de la demás instruccion preparatoria con que de mi soberana orden se ha ilustrado una obra tan grave, ardua é importante, he venido en decretar, y decreto como ley universal para todos mis Reinos y Señoríos en materia y asuntos mercantiles el siguiente “CODIGO DE COMERCIO”».

Estas declaraciones de Fernando VII, en el Preámbulo que precede a la promulgación del Código de Comercio, no han sido suficientemente tenidas en cuenta por la doctrina (8) al enjuiciar el Código, ya que en él no existe una consagración de los usos de comercio y prácticas mercantiles a los que deroga expresa y terminantemente (9), sino simple y llanamente un texto legal que se pretende imponer como única norma.

(8) El Código de 1829 padeció la derogación del artículo 325, la derogación de la ley procesal de su aplicación, y la reforma de texto de los artículos 16, 31, 40, 96, 110, 112, 114, 115, 174, 1.044, 1.139, 1.140, 1.141, 1.142, 1.143 y 1.144 por el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868; estuvo en vigor cincuenta y seis años y el valor de la doctrina mercantil de su tiempo está recogido por LANGLE en el discurso inaugural del Curso 1950-51 en la Universidad de Granada, *Orla de mercantilistas españoles alrededor de nuestro primer Código de Comercio*, publicado en Madrid en 1950.

(9) «Y derogo todas las leyes, decretos, órdenes y reglamentos que regirán hasta el día en las materias y asuntos de comercio, y especialmente todas las ordenanzas particulares de los Consulados del Reino, queriendo que se tengan para desde hoy en adelante por derogadas y revocadas, y que no produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él, y que solo se observe y cumpla cuanto en este Código va prescrito y decretado; que así es mi soberana voluntad, á cuyo fin he mandado despachar la presente cédula, que va firmada de mi Real mano, sellada con mi sello secreto, y refrendado de mi infrascrito Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, que lo comunicará a quien corresponda, y dispondrá cuanto convenga á su cumplimiento. Dada en Aranjuez á treinta de mayo de mil ochocientos veintinueve. = Firmado de la Real mano de S.M. = YO EL REY. = Luis López Ballesteros».

Para explicar un poco mi apreciación respecto a la poca fortuna (10) que ante la doctrina tuvo el Código de Comercio de 1829, es importante tener en cuenta las circunstancias políticas y el momento histórico en que se promulga el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de Comercio, de 24 de julio de 1830, que figura incorporada en el mismo volumen en que se contiene la primera edición oficial del Código de Comercio (11).

Faltaban años para la creación del Tribunal Supremo y acaso por eso se optó en el Código de Comercio de 1829, por un tribunal especial para el comercio constituido por tres personas, comerciantes de por mayor y matriculados, versadas en las prácticas y usos mercantiles, quienes estarían asistidos como legos en Derecho, por un «letrado consultor» a quien podrían recurrir en consultas que éste debería evacuar por escrito (12).

Este tribunal especial de comercio se constituiría en todos los pueblos en donde existen consulados, y en aquellos otros en que se creyera conveniente erigirlos se crearían por Decreto; en los pueblos en donde no existiera tribunal especial de comercio, ejercería la jurisdicción sobre la materia el juez ordinario (13).

La creación pocos años después (1837) del Tribunal Supremo tratando de cumplir (14) el mandato constitucional de las Cortes de Cádiz, refrendado por varias Constituciones expresivas de la grave inestabilidad política de la época (15), referente a la unidad de jurisdicción, provocó la supresión de los tribunales especiales de comercio, por Decreto de 6 de diciembre de 1868 (16), y esa decisión produjo dos efectos importantes.

El primero de ellos pasó desapercibido para la doctrina contemporánea e inmediatamente posterior, debido a que la jurisdicción ordinaria ya era competente en los negocios y causas de comercio en aquellos pueblos en donde no existía consulado y no se había considerado necesario crearlo.

El segundo, íntimamente unido al anterior pero de mucha mayor trascendencia hacia el futuro, consistía en la necesidad de la jurisdicción ordinaria

(10) No se entendió su intención y su finalidad por confundir su contenido (las ordenanzas) con su finalidad (sustituirlas por sus preceptos), y se omitió sistemáticamente la disposición derogatoria de los usos y prácticas de comercio en todas las ediciones privadas anotadas que conozco. De este juicio valorativo global hay que excluir a LANGLE, quien es el único que además manifiesta conocer la existencia de la cláusula derogatoria de los usos comerciales. Vid. *Manual, op. cit.*, págs. 202 y sigs.

(11) *Código de Comercio de 1829*, edición oficial, cit. en la nota 1.

(12) Cfr. *Código de Comercio de 1829*, artículos 1.183, 1.195 y 1.197.

(13) Vid. *Código de Comercio de 1829*, artículos 1.178 y 1.179.

(14) De la Constitución de 1812.

(15) Constituciones de 1812, 1837, 1845 y *non nata* de 1856.

(16) Vid., en MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 4.ª edición, tomo 6.º, Madrid, 1887, pág. 933.

(como tribunal técnico) de sumisión a la ley con un rigor mucho mayor que un tribunal lego, lo que se traduce en una consecuencia importante, pues no todas las prácticas y usos mercantiles son fácilmente asumibles desde el principio de sumisión a la ley, y al no estar especialmente previstas como fuente en ese sector del ordenamiento jurídico, eso acarrea una pérdida de efectividad de las prácticas comerciales como norma mercantil especialmente propicia para ser utilizada por personas ajenas al Derecho, pero versadas en prácticas comerciales, mientras que la situación exactamente inversa está representada por los tribunales técnicos en los que la preparación de sus miembros estriba en el Derecho y son en cambio menos versados en los usos y prácticas mercantiles, que solamente podrán utilizar en tanto en cuanto estén recogidos por la ley.

Todo esto me lleva a creer que la promulgación del Código de Comercio de 1829 no ha merecido la debida atención por parte de la doctrina (17), y así no se ha resaltado bastante la importancia y trascendencia que tienen las manifestaciones del Rey que lo promulga, Fernando VII, quien, en las palabras que preceden al texto legal, expone el fundamento de la decisión tomada (18), manifiesta su «soberana voluntad» de poner remedio a los males que esa situación causaba con palabras bastante acertadas (19), y pasa a explicar el procedimiento seguido con estas otras: «creé, por mi soberana resolución de 11 de enero de 1828, una comisión especial de magistrados y jurisconsultos y de personas versadas en las prácticas y usos mercantiles, para que meditasen preparasen y me propusieran un proyecto de Código de Comercio».

Hecha la propuesta por la comisión, el Rey manifiesta haber intervenido, y aunque la expresión es tan barroca que casi no se entiende, se transparenta la mentalidad de la época, el momento histórico y la línea de conducta del propio Fernando VII (20) (hoy impensable en un monarca) con la simple

(17) Quizá eso se deba al hecho frecuente en las publicaciones privadas del Código de Comercio de 1829, con muy sucintas anotaciones, de omitir tanto el preámbulo, realmente farragoso, como la disposición sancionadora final en la que se incluye la cláusula derogatoria. Sin embargo debe tenerse en cuenta su amplio período de vigencia (cincuenta y seis años) y la amplia bibliografía a que dio origen.

(18) Transcribo sus palabras: «Por cuanto hallándose reducida la jurisprudencia mercantil de esta Monarquía a las ordenanzas particulares otorgada a los Consulados para su organización interna y régimen interior, se carecía de leyes generales que determinasen las obligaciones y derechos que proceden de los actos de comercio, de lo cual resultaba grande confusión é incertidumbre, tanto para los mismos comerciantes y traficantes, como para los tribunales que habían de dirimir sus diferencias».

(19) Otra vez las palabras del Rey: «...y queriendo Yo poner término á males de tanta gravedad e interes y dar al comercio un sistema de legislación uniforme, completo y fundado sobre los principios inalterables de la justicia y las reglas seguras de la conveniencia del mismo comercio».

(20) Parece evidente que se ha incluido una partícula negativa indebida («no») si se quiere entender correctamente el texto del número 4.º del artículo 8. No me ha sido

transcripción del artículo 8 del Código de Comercio de 1829, que dice así en la edición oficial que he manejado:

ARTICULO 8.º: «Se prohíbe el ejercicio de la profesión mercantil por incompatibilidad de estado á:

- 1.º Las corporaciones eclesiásticas.
- 2.º Los clérigos, aunque no tengan mas que la tonsura, mientras vistan el traje clerical y gocen de fuero eclesiástico.
- 3.º Los Magistrados civiles y Jueces en el territorio en donde egercen su autoridad ó jurisdicción.
- 4.º Los empleados en la recaudación y administración de las Rentas reales en los pueblos, partidos ó provincias á donde se extiende el ejercicio de sus funciones, a menos que no obtengan una autorización particular mía» (21).

Con esta sucinta exposición de los antecedentes históricos, es conveniente precisar a qué personas «autoriza» el Código de Comercio de 1829 para ejercer el comercio.

2. ¿A QUIENES «AUTORIZA» EL CODIGO DE COMERCIO DE 1829 PARA EJERCER EL COMERCIO?

El Código de Comercio de 1829 establece en su artículo 1.º una caracterización de los individuos que ejerzan la profesión mercantil, que se centra en la concurrencia de tres requisitos:

1. La capacidad legal para ejercer el comercio.
2. Estar inscrito en la matrícula de comerciantes.
3. Tener por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil (22).

En el artículo 2 se ocupa de «los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre», a los que niega el carácter de comerciantes,

posible cotejar el microfilm con el original en papel, pues en ese punto preciso existe un mínimo roto del papel.

Al mismo tiempo se está manifestando que la voluntad del Rey no está sometida a la ley, y en este sentido el Rey, con su sola voluntad, puede hacer tabla rasa de una norma legal prohibitiva sin necesidad de derogarla o respetarla cumpliéndola.

(21) Vid. *Código de Comercio de 1829*, artículo 8.º, pág. 3.

(22) ARTICULO 1.º: «Se reputan en derecho comerciantes los que teniendo capacidad legal para egercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes, y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil fundando en él su estado político». Cfr. *Código de Comercio de 1829*, cit., pág. 1.

pero declara sometidas las controversias que ocurran sobre dichas operaciones a las leyes y jurisdicción de comercio (23).

Considero de extraordinaria importancia resaltar el acierto de la disposición del artículo 2 del Código de Comercio de 1829, en donde, pese a negarle expresa e inequívocamente la cualidad de comerciante a quien realiza ocasionalmente alguna operación de comercio terrestre, sin embargo somete la posible contienda judicial a las leyes y a la jurisdicción del comercio.

Es precisamente esa diversificación entre el carácter no profesional (es decir, no mercantil) de la persona que hace «accidentalmente alguna operación de comercio terrestre» (esto es, realiza ocasionalmente un acto mercantil aislado) y el evidente carácter mercantil del acto aislado realizado, lo que provoca el peculiar resultado de estar sujeto a las leyes de comercio ese acto mercantil aislado realizado por una persona no comerciante, pero no origina la transformación en comerciante de quien, sin reunir los requisitos para ello exigidos en el artículo 1 del Código de Comercio, realiza un acto de comercio aislado, aunque las controversias jurídicas sobre ese acto sigan sometidas a las leyes mercantiles y a la jurisdicción —entonces especial— de comercio, tal como establece con corrección sistemática el artículo 2 del mismo Código de Comercio de 1829.

Tengo cierto temor a no haber sabido expresar bien mi idea para expresar lo que quiero decir, principalmente porque no he encontrado a ningún comentarista o tratadista del Código de 1829 que haya coincidido con mi lectura o con mis apreciaciones (24).

(23) ARTICULO 2.º: «Los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre no serán considerados comerciantes para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios que á éstos están concedidos por razón de su profesión; sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto á las controversias que ocurran sobre dichas operaciones á las leyes y jurisdicción del comercio». Cfr. *Código de Comercio*, cit.

(24) Salvo la ya mencionada excepción de EMILIO LANGLE, la bibliografía sobre el Código de 1829 es muy desigual y muy amplia: AGUILERA Y VELASCO, ALBERTO, *Código de Comercio anotado*, Madrid, 1865; AMORÓS, FRANCISCO, *Diccionario del Código de Comercio*, Barcelona, 1862; AVECILLA, PABLO, *Diccionario de la Legislación Mercantil de España*, Madrid, 1849; BACARDI Y JANER, ALEJANDRO, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1840; DE CASAS Y MORAL, ANTONIO, *Código de Comercio anotado*, Granada, 1858; DE LASO, EUSTAQUIO, *Elementos de Derecho Mercantil de España formulados con arreglo al programa del tercer año de Jurisprudencia*, Madrid, 1849; DEL VISO, SALVADOR, *Lecciones elementales de Historia, Derecho Civil, Derecho Mercantil y Penal de España*, Madrid, 1853; FERRER Y VALLS, JERÓNIMO, *Tratado elemental teórico-práctico de las relaciones comerciales arreglado a lo prevenido en el Código de Comercio*, Madrid, 1843; GARCÍA MORENO, A., *Código de Comercio de 1885, con anotaciones y jurisprudencia*, Madrid, s.f.; GONZÁLEZ HUEBRA, PABLO, *Curso de Derecho Mercantil*, 1.ª edición, Madrid, 1853-1854, 3.ª edición, Madrid, 1867; LANGLE, EMILIO, *Orla de mercantilistas...*, cit.; MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 1.ª edición, Barcelona, 1848; 4.ª edición con adiciones de MANUEL DURÁN Y BAS, Barcelona-Madrid, 1865; MIGUEL Y RUBERT, IGNACIO, y REUS GARCÍA, JOSÉ, *Código de Comercio*

Se ha considerado siempre la existencia de un acusado paralelismo entre el Código de Comercio de 1829 y el de 1885, fundándose en una similitud de frases aisladas o locuciones concretas creadoras de una apariencia que ha servido para disimular el abismo que separa a ambos Códigos. El Código de 1829 es un Código de Comercio de corte profesional, es decir, opta por un Derecho Mercantil centrado en el carácter profesional, mientras que el Código de Comercio de 1885 opta por el acto de comercio objetivo, y esa diferencia de planteamiento da lugar a la evidente superioridad del Código de 1829 sobre el de 1885, sirviéndole además esa orientación para evitar fáciles escollos ocultos en la imposibilidad de definir el acto de comercio objetivo, además de ser superior su técnica, tanto en el tratamiento del acto de comercio aislado, como en el régimen de las relaciones entre Derecho Mercantil y Civil, en donde encuentra un punto de equilibrio que mantiene la absoluta integridad de contenido sin excederse en incursiones sobre campo ajeno, sin perder en lo más mínimo su propia identidad ni padecer merma en su competencia.

Es precisamente la diversificación entre el carácter no profesional de la persona que realiza el acto mercantil ocasional y el evidente carácter mercantil del acto realizado, lo que produce la clara consecuencia de que sin ser comerciante quien realiza el acto, sí sea mercantil el acto realizado, que por eso se somete a las leyes mercantiles y a la jurisdicción del comercio.

Constituye esto uno de los evidentes aciertos del Código de Comercio de 1829, que se perdió en el Código de Comercio de 1885, porque parecía que se decía lo mismo en uno que en el otro, y eso era verdad solamente de forma parcial, pues existe una diferencia sustancial en unas pocas palabras que no se han tenido suficientemente en cuenta, y son la clave que explica el abismo que separa a ambos Códigos: la profesionalidad, clave del Código de 1829, aunque se haya evidenciado por la exigencia de hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes, no desaparece como tal profesionalidad por la simple eliminación de la matrícula de comerciantes, y el acto objetivo de comercio no es equivalente nunca a la profesionalidad, aunque exista habitualidad en la realización de actos objetivos de comercio, pues pese a la aparente proximidad de ideas, no todas las actuaciones habituales son precisamente profesionales.

anotado, Madrid, 1855; PERECAULA, ANTONIO, *Diccionario de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1871; RÍOS BIOSCA, JOSÉ, *Código de Comercio reformado, según el Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868*, Valencia, 1878; SILVELA, LUIS, *Lecciones de Derecho Mercantil, según las explicaciones de don Luis Silvela por varios de sus alumnos de 1879 a 1880*, Madrid, 1881; SOLER PÉREZ, EDUARDO, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1882; VICENTE Y CARAVANTES, JOSÉ DE, *Código de Comercio extractado con la exposición al pie de cada artículo de los fundamentos de sus disposiciones y con la solución de las principales dificultades que presenta el texto*, Barcelona, 1848-Madrid, 1850; GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y REUS GARCÍA, JOSÉ, *Código de Comercio concordado y anotado*, 1.^a edición, Madrid, 1855, 7.^a edición, 1878.

Así, el comerciante del Código de 1829 es un profesional, y en cambio al comerciante del Código de 1885 le basta con ser un «habitual» del comercio (25).

Cuando Fernando VII constituye, el día 11 de enero de 1828, la comisión de magistrados, jurisconsultos y personas versadas en las prácticas y usos mercantiles (26), que dio origen al Código de Comercio promulgado el día 30 de mayo de 1829, está eligiendo una opción política que va a ser desechada por el posterior Real Decreto-ley de 6 de diciembre de 1868 (27), que suprime precisamente los tribunales especiales de comercio en base a la existencia de la anterior Ley de 11 de abril de 1868 (28), que organizó «por ahora» el Tribunal Supremo.

La decisión política de la supresión de los tribunales de comercio no parece que estuviera muy afirmada, como lo demuestra un intento de rectificación constituido por la consulta que se manda hacer por Ley de 7 de mayo de 1880 (29), sobre si debían ser restablecidos los tribunales de comercio —y si bien no he conseguido localizar los resultados de la consulta, es posible que se hubiera quedado sin realizar—, consolidándose la orientación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856-1861, como puede colegirse del breve espacio de tiempo que medió entre la Ley por la que se inicia la consulta (7 de mayo de 1880), y la Ley de 21 de junio de 1880, autorizando al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya está efectuada el día 3 de febrero de 1881, en que se promulga por Alfonso XII la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, a la postre, iba a resultar una de las más longevas de nuestra literatura jurídica.

(25) En el Código de Comercio de 1829 se declara expresa y terminantemente que los actos de comercio «accidentales», hoy diríamos «ocasionales», realizados por no comerciantes, no servirán para otorgar la calidad de comerciante a quienes los realicen, aunque queden sometidos los actos a la jurisdicción mercantil, mientras que en el Código de Comercio de 1885, falta esa declaración expresa y terminante.

(26) Vid. *Código de Comercio de 1829*, cit., Preámbulo.

(27) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, 4.^a edición, tomo 6.º, Madrid, 1887, págs. 933-939. Se justifica la idea política de la Unidad de Fueros preconizada por las Constituciones de 1812, 1837, 1845 y 1855; sus artículos 10 y 11 suprimen los tribunales especiales de comercio y somete el procedimiento a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1856-61; por el artículo 12 deroga el artículo 325 del Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento de 24 de julio de 1930, excepto las Quiebras y el Título V de la Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de Comercio, y modifica el texto de los artículos 16, 31, 40, 96, 110, 112, 114, 115, 174, 1.044, 1.139, 1.140, 1.141, 1.142, 1.143 y 1.114 del Código de Comercio de 1829.

(28) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración Española*, cit., edic. y tomo cit., pág. 932, por el que se reorganiza «por ahora» el Tribunal Supremo en sus tres Primeras Salas.

(29) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario...*, cit. ed., cit., tomo II, Madrid, 1876, pág. 459.

3. LA CUESTION DE FONDO

La doctrina mercantil, tratando de explicar la disparidad entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, ha elaborado una serie de proposiciones ingeniosas, todas con un viso de fundamentación, pero, a mi juicio, tiene una explicación más sencilla y menos sofisticada que las construcciones doctrinales elaboradas. Los vaivenes políticos del reinado de Fernando VII explicarían perfectamente la supresión de unos tribunales especiales de comercio y, al siguiente conflicto político, se «consulta si deben restablecerse», pero es precisamente esa consulta cuyo resultado no he sido capaz de localizar o encontrar, si es que se hubiera publicado en parte alguna, y la brevedad del plazo transcurrido entre la Ley estableciendo la consulta y la Ley en que se autoriza al Gobierno para reformar la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que me lleva a creer que esa consulta nunca fue cumplimentada.

Hacer un rápido recorrido por las diversas explicaciones formuladas por la doctrina puede tener un grado de interés, pues de esa forma quien lea este breve trabajo se podrá formar una opinión del estado de la cuestión sin necesidad de prolijas búsquedas por las bibliotecas para elegir, bien una solución entre las ofrecidas anteriormente, o bien aceptar mi propuesta en torno al origen de la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de 1885.

El estudio de los primeros autores de Derecho Mercantil me ha manifestado dos sorpresas: la primera, comprobar que uno de los más antiguos tratadistas, si no es el primero que es usual citar, es MARTÍ DE EIXALÁ (30), autor de la obra *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, siendo su primera edición de 1848, y la cuarta edición de esta obra está fechada en 1865 y el Prólogo está escrito por DURÁN Y BAS, «adicionador» del texto original.

La segunda sorpresa está constituida por la original concepción del Derecho Mercantil por parte de estos dos autores, ya que estiman que se distingue del Derecho Civil en un doble sentido, con una expresión muy particular «*por lo que contiene y sobre todo por lo que no contiene*» (31), queriendo explicar con ese juego de palabras la nota de *escepcionalidad* de las disposiciones

(30) Fue Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Criminal de España en la Universidad de Barcelona. La primera edición de su obra, *Instituciones del Derecho Mercantil de España* es de 1848, y en diecisiete años agotó tres ediciones, según nos manifiesta en el Prólogo a la cuarta edición de 1865, el «adicionador» del texto original, MANUEL DURÁN Y BAS, Catedrático de Derecho Mercantil y Penal de España en la Universidad de Barcelona. A modo de curiosidad histórica, señalar que la 4.ª edición del año 1865 salió cuando hacía varios años que había fallecido Martí de Eixalá, que aconteció en Madrid en 1857.

(31) MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 4.ª edición, notablemente adicionada por don MANUEL DURÁN Y BAS, Barcelona, 1865, págs. 65 y 66. Creo que es obligado y de justicia transcribir un breve párrafo literalmente: «Mas por esta misma razon pertenece el derecho mercantil al privado, del que con razon

concretas del Derecho Mercantil a la normativa del Derecho Civil, y la nota de *supletoriedad* del propio Derecho Civil a todo aquello que el Derecho Mercantil no contiene y abandona con toda naturalidad al campo del Derecho Civil, al cual se remite profusamente con una referencia al «derecho común», ante la inexistencia de un Código Civil al cual referirse.

La postura de estos dos autores, que escriben en el período de tiempo intermedio entre ambos Códigos de Comercio (1829-1885), manifiesta una clara posición favorable a una interacción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil, sin perjuicio de entender que algunas disposiciones de «Derecho Civil», que expresamente reconocen, se insertan en el Código de Comercio de 1829, estaban doblemente justificadas, tanto por la conveniencia del comercio ante la inexistencia de un Código Civil, como por la imprecisión práctica y la inseguridad jurídica de la apelación a un derecho común difuso y fraccionado (32).

Al llegar a este punto del trabajo considero interesante y enriquecedor para el trabajo la aportación de la 9.^a edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ —antes había manejado la primera de 1848 y la cuarta de 1865—, publicada cuando ya se había aprobado el Código de Comercio de 1885, por cuanto si bien existe en esta 9.^a edición una nueva aportación personal consistente en la adaptación al nuevo Código de Comercio vigente efectuada por DURÁN Y VENTOSA, esa adaptación se ha realizado con un profundo respeto doctrinal al autor y por el afecto filial al primer anotador de la obra.

Se mantiene exactamente la misma opinión fundamental sustentada en la primera edición de 1848, que se sigue también en la cuarta edición de 1865, adicionada por DURÁN Y BAS, y si bien hay algunas leves diferencias en la 9.^a edición (33), son absolutamente congruentes con la línea inicial a la cual confirma, pese a ser ya contemporánea del nuevo Código de Comercio de 1885 al cual sigue, aunque sin abandonar su inicial concepción del Derecho Mercantil español (34).

En materia de relaciones entre el Derecho Mercantil y el Derecho Civil, si bien prescinde de la formulación tan característica «de lo que tiene», y

se ha dicho que es escepcion y suplemento; y en tanto es parte de aquel derecho, como que, aislándose de él, intentando formar una rama separada, sería incompleto: en el sistema general del derecho no podría estudiarse el mercantil con cierta independencia de las demás ramas, como puede verificarse con el político, el civil y el penal».

(32) Cfr. MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 4.^a edición cit., págs. 109 y 110.

(33) MARTÍ DE EIXALÁ, RAMÓN, y DURAN Y BAS, MANUEL, *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 9.^a edición. Adaptada al Código de 1885 por RAIMUNDO DURÁN Y VENTOSA, Barcelona, 1911.

(34) El que casi al final me haya sido posible cotejar esas tres ediciones de una obra tan fundamental de la bibliografía mercantilista en un tiempo tan crucial para la doctrina mercantil española, lo considero un golpe de fortuna, cuando ya casi había renunciado a esa posibilidad.

«sobre todo de lo que no tiene» para explicarlas, sigue sosteniendo la misma opinión cuando dice, «los actos mercantiles y las relaciones jurídicas que de ellos nacen no están regulados por los Códigos llamados de Comercio. La Legislación administrativa común, la rentística o de Hacienda, la náutica y el Derecho Internacional influyen con sus disposiciones en el fenómeno comercio, dictando reglas sobre sus actos y caracterizando de un modo especial cierto orden de relaciones de las que este fenómeno engendra» (35).

Señala como fuentes del Derecho Mercantil español (36), a la Legislación Mercantil, los usos y prácticas comerciales y la jurisprudencia, para manifestar a continuación, «que como el Derecho Mercantil es parte del Derecho Privado, el cual tiene por base el Derecho Civil. Lo mismo cuando lo modifica que cuando lo suple, hemos de buscar en éste reglas, principios y sistema por manera que podemos llamarle en tal concepto fuente del que nos ocupa y así viene declarado en el artículo 50 del Código Mercantil, cuando dice que en los contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán en todo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del derecho común (37)».

Estas ideas las reafirma un poco más adelante cuando al ocuparse de la formación de los contratos mercantiles transcribe el contenido del artículo 50 del Código de Comercio (38), y desarrolla por extenso la habitual doctrina civil «por no haberse hecho modificación alguna por el Código de Comercio».

Otro autor que publica la primera edición de su obra en dos volúmenes en el mismo año en que se promulga el Código de Comercio de 1885, es BLANCO CONSTANS, aunque no me haya sido posible localizarla, sino otra no numerada editada en Granada en 1897, y tengo noticia de la existencia de una última edición efectuada con revisión de MUR en los años 1936-1945.

Este autor de quien hace un gran elogio RUBIO (39) —y que por la fecha de edición de su obra no pudo conocer la novena edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ, fechada en 1911—, dedica dos apartados de muy distinta extensión al tema que me interesa.

En el apartado más breve dedicado a la Escuela Española de Derecho Mercantil afirma la existencia de dos corrientes doctrinales, la de quienes conciben el Derecho Mercantil como un Derecho excepcional y complementario del Derecho Civil, citando expresamente a MARTÍ DE EIXALÁ y DURÁN Y

(35) MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 9.^a ed., cit., pág. 64.

(36) MARTÍ DE EIXALÁ, *Instituciones...*, 98.

(37) MARTÍ DE EIXALÁ, *Ibidem*, cit., 9.^a ed., cit., pág. 99. En el año 1911, la disparidad entre el texto del artículo 2 y el del artículo 50 no había producido ninguna sorpresa doctrinal.

(38) MARTÍ DE EIXALÁ, *Ibidem*, págs. 153-162.

(39) RUBIO, JESÚS, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1969, pág. 346.

BAS; y la otra, la de quienes son partidarios de la independencia del Derecho Mercantil respecto al Derecho Civil, en base al Código de Comercio de 1885, entre los cuales menciona a ALVAREZ DEL MANZANO (40).

El otro apartado dedicado a las teorías sobre la independencia del Derecho Mercantil lo estructura en tres apartados: civilistas, mercantilistas y unificadores, aunque yo solamente me voy a ocupar de los dos primeros.

A los civilistas les atribuye la opinión sojuzgadora del Derecho Mercantil al Derecho Civil, mientras que a los mercantilistas les atribuye la favorable a la independencia de ambos derechos.

La caracterización hecha por el autor de la postura de los civilistas es necesario reproducirla literalmente para que no parezca mal hecho mi resumen de la opinión del autor:

«La posición que considera el Derecho Mercantil como excepcional y supletorio, se funda en que el Derecho Civil (*sic*) toma del Mercantil (41) las reglas generales de la contratación, los axiomas que se llaman también reglas de Derecho y la naturaleza jurídica de la mayor parte de las instituciones que admite; de él reciben con toda su autoridad e influencia las demás instituciones del Derecho Civil que pesan de un modo más o menos directo, más o menos general, pero siempre eficaz, en las puramente mercantiles. Así, por ejemplo, las condiciones generales de la capacidad de derecho influyen en la aptitud para ejercer el comercio, la emancipación». El autor cita únicamente a DURÁN Y BAS.

Los mercantilistas, rebatiendo a los civilistas, dicen, según el autor, que si el Derecho Mercantil acepta muchas veces los principios del Derecho Civil, si la mayor parte de los Códigos declaran que por ellos se rige la contratación mercantil, salvo las excepciones que se establecen, es por evitar repeticiones de reglas y axiomas que a su vez el Derecho Civil ha tomado del Derecho Natural (42).

Los autores de las dos primeras ediciones privadas del Código de Comercio de 1885, anotado y concordado, ABELLA y MUÑOZ ORTIZ, sorprenden por la rapidez con que sus trabajos fueron dados a la imprenta, ya que la primera

(40) BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, Granada, 1897, pág. 133.

(41) Los términos Derecho Civil y Derecho Mercantil parece que se encuentran en orden inverso, pero un poco más adelante vuelve a repetir la misma idea, lo que excluye la posibilidad de una errata.

(42) BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, Granada, 1897, pág. 98. Pero este autor, en la misma página al final, manifiesta: «Que el Derecho Mercantil ha copiado otras muchas cosas del Civil. Aparte de que todas pertenecen al dominio del Derecho Natural, si fuese esta una razón para considerar como excepción al primero respecto del segundo, quizá habría otra para considerar al Civil como una excepción al Mercantil, pues de éste ha copiado a su vez aquél, infinidad de instituciones y muchas de sus reformas».

edición salió en el mismo año de la promulgación del Código, antes incluso de su entrada en vigor, sobre la base de hacer breves anotaciones a algunos artículos y no muy precisas «concordancias» entre los preceptos del Código de 1829 y el de 1885 (43), pues a veces se limitan a manifestar:

- a) Este artículo es exacta copia del artículo ... del Código anterior.
- b) Este artículo está modificado.
- c) Este artículo está derogado.

Ante la ausencia de una cláusula expresa derogatoria en el Código de Comercio de 1885, cosa especialmente poco relevante en la época, y visto el escaso interés que despertó la cláusula expresa derogatoria del Código de 1829, referente a los usos y prácticas de comercio, ambos autores renuncian a pronunciarse sobre si la promulgación de un nuevo Código de Comercio acarrea o no la derogación «tácita» del anterior, en un momento en que por no existir aún un Código Civil, podría darse por válido el brocardo medieval de que *lex posterior derogat anterior*.

En las anotaciones de ABELLA he encontrado una explicación —aunque estaba buscando otra—, que tiene un vivo interés. En ella manifiesta literalmente, «que el artículo 50 del Código de 1885 es copia exacta del artículo 234 del Código de 1829» (44).

Sin ser incorrecta su afirmación, sin embargo, no se puede considerar rigurosamente exacta, y esa opinión que mantiene ABELLA, teniendo en cuenta la amplia difusión que en aquella época pudo tener su obra entre los especialistas, me lleva a creer que ha sido esa difusión de su obra la verdadera responsable de la general doctrina sobre la aproximación, que yo vengo censurando entre los Códigos de 1829 y 1885 (45).

En cambio no formula este autor ninguna anotación referente a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, motivo de que yo tuviera entre mis manos su obra.

(43) Cfr. ABELLA, JOAQUÍN, *Novísimo Código de Comercio, comentado y concordado*, Madrid, 1885; MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio concordado y anotado*, Madrid, 1885.

(44) Vid. ABELLA, JOAQUÍN, *Ibidem*, pág. 111, nota 2.

(45) Cfr. Código de Comercio de 1829, cit., artículo 234: «Los contratos ordinarios del comercio estan sujetos á todas las reglas generales que prescribe el derecho comun sobre la capacidad de los contrayentes y demas requisitos que deben intervenir en la formación de los contratos en general, asi como sobre las escepciones que impiden su egecucion, y causas que los rescinden é invalidan bajo la modificación y restricciones que establecen las leyes especiales del comercio».

Artículo 50 del Código de Comercio de 1885: «Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común».

El otro anotador citado, MUÑOZ ORTIZ, no se plantea siquiera la discrepancia de texto entre los artículos 2 y 50, objeto de este trabajo (46).

Sin embargo, MUÑOZ ORTIZ, en su extensa anotación al artículo 1 y aludiendo al tránsito de la profesionalidad a la mera **habitualidad**, hay una expresión que a mí me parece que puede ser la clave del sentido expansionista del Derecho Mercantil, que pronto va a predominar, aunque algún autor (47) lo achaque al aire independentista del Derecho Mercantil debido al nuevo Código.

Como el tema es al menos discutible, prefiero transcribir sus palabras:

«Con arreglo al nuevo Código es bastante la condición de dedicarse de una manera habitual al comercio, para considerar como comerciantes para los efectos legales a las colectividades o individualidades a él consagradas. Se regirán, pues, por las disposiciones de este Código, los actos mercantiles de todas las personas, aunque su profesión o estado civil tenga otro carácter que el mercantil» (48).

Si la línea de los primeros tratadistas del Derecho Mercantil hubiera sido continuada, es muy probable que este breve artículo en torno a la discusión doctrinal referente a la discrepancia entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, seguramente no hubiera sido necesario escribirlo.

La razón estriba en una postura metodológica inicial de MARTÍ DE EIXALÁ y DURÁN Y BAS que muy rápidamente fue abandonada por la doctrina posterior y, cuando congruente con ella, siguió en esa línea el Código de Comercio de 1885, ya la concepción de aquellos autores se había dado al olvido, aunque no habían transcurrido más que veinte años de 1865 a 1885 (49).

El olvido de la concepción peculiar de esos dos autores por la adopción mayoritaria de otra completamente distinta, que parecía aumentar el grado de independencia del Derecho Mercantil frente al viejo tronco del Derecho Privado, ocasionó la necesidad de salvar de alguna manera la aparente contradicción entre el texto de dos artículos del nuevo Código de Comercio, que ya no resultaban transparentes con los parámetros metodológicos que en aquellos momentos estaban presentes y desde los que en aquel momento

(46) MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio, concordado y anotado*, Madrid, 1885, 2.^a edición, Madrid, 1889, pág. 22.

(47) En este sentido, BLANCO CONSTANS, FRANCISCO, *Estudios elementales...*, *op. cit.*, pág. 133.

(48) Cfr. MUÑOZ ORTIZ, JOSÉ, *Novísimo Código de Comercio*, ..., *cit.*, 2.^a edición, Barcelona, 1889, págs. 9 y sigs., nota 1.

(49) 1865, fecha de la 4.^a edición de la obra de MARTÍ DE EIXALÁ, adicionada por DURÁN Y BAS; y 1885, fecha de promulgación del actual Código.

se actuaba, ya que habían pasado nada menos que treinta y siete años (50), y por eso era necesario encontrar una explicación válida para salvar con decoro intelectual la contradicción entre los textos de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, dando origen a una interesante discusión doctrinal.

Esa polémica doctrinal no hubiera siquiera surgido si los autores de Derecho Mercantil de la época hubieran tenido presente en sus publicaciones la segunda edición de una obra publicada en Valencia en 1916, del Catedrático de Derecho Mercantil de Barcelona, LORENZO BENITO, en la que se da la solución correcta (51), por mí patrocinada, a la disparidad de texto entre los artículos 2 y 50 del Código de Comercio de 1885, aunque su expresión se vea alterada en su dicción literal por una disculpable errata contenida en el texto consistente en la sustitución de la palabra *contratos* por la de *actos*, errata perfectamente salvada por cuanto en la nota número 1 de la página inmediatamente anterior se transcribe correctamente el texto literal de los dos artículos en cuestión.

Los autores se lanzaron sobre esa disparidad de texto entre los artículos 2 y 50, elaborando diversas soluciones, y aunque alguno estuvo a punto de encontrar la verdadera solución (52), como la pista conductora estaba en un viejo texto universitario de 1865, que reproducía un texto anterior de 1848, es decir, treinta y siete años antes de la promulgación del Código de Comercio de 1885, que iba a crear la ocasión de la controversia doctrinal, ninguno de los autores coetáneos al Código de Comercio de 1885 reparó en esa pista, ninguno de ellos se preocupó de la lectura de la obra de LORENZO BENITO publicada en 1916, y tampoco se hizo eco del acierto de VICENTE Y GELLA en 1948, que hubiera evitado la polémica posterior.

Como he señalado, la pista es el planteamiento metodológico de la conjunción en una obra publicada en 1865 de MARTÍ DE EIXALÁ (53) (fallecido en 1857), y DURÁN Y BAS (fallecido en 1907), cuando al hablar de las fuentes del Derecho Mercantil español mencionan entre ellas al Derecho Civil, congruentes con su concepción del Derecho Mercantil al que caracterizan «*por lo que tiene y sobre todo por lo que no tiene*», para explicar

(50) Desde 1848, fecha que publica MARTÍ DE EIXALÁ la 1.ª edición de su obra y la fecha del Código, 1885.

(51) Cfr. BENITO, LORENZO, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.ª edición, volumen 1.º, Valencia, 1916, págs. 25 y 26.

(52) El autor que posteriormente acertó plenamente con la solución, fue VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, en las págs. 81-83 del tomo I de su *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 2.ª edición, Zaragoza, 1948, opinión que no he visto citada en ninguno de los autores que se han ocupado del tema. La 1.ª edición es de 1944, aunque yo he manejado la 2.ª de 1948.

(53) La edición de esta obra se publicó cuando ya había fallecido MARTÍ DE EIXALÁ, hecho que ocurrió en 1857.

que «*lo que tiene*» son algunas normas excepcionales a la normativa usual del Derecho Civil y «*lo que no tiene*» es el Derecho Civil que va a funcionar como fuente suplementaria para rellenar los vacíos o lagunas del Derecho Mercantil.

A esta luz ya se ve ahora con claridad el camino que no se recorrió. La interacción entre Derecho Mercantil y Derecho Civil quedó frustrada cuando el Código de Comercio de 1885 no habla, no quiere hablar, de fuentes del Derecho Mercantil (54), sino que dice, muy bien dicho, por qué normas se regirán los actos de comercio en su artículo 2.

En el artículo 50, paralela y sistemáticamente, el Código de Comercio de 1885 sigue sin enumerar un sistema de fuentes del Derecho Mercantil, y se limita a decir, perfectamente bien dicho, por qué normas se regirán los contratos mercantiles, y constituiría una verdadera inconsecuencia con la línea que se pretendía mantener, que en esa materia se introdujera también a «los usos del comercio», que ya tienen su entrada normal por el camino del artículo 1.287 del Código Civil, sin necesidad de detenernos a etiquetar las diversas clases de usos como se hace con frecuencia (55).

4. RESUMEN DE LA POLEMICA DOCTRINAL

La exposición resumida de las distintas posturas de la doctrina mercantil, podría hacerse así:

- La de quien cree que la divergencia entre los dos artículos fue fruto de una línea metodológica previamente diseñada e intencionada (56).

(54) No es exactamente lo mismo señalar expresamente las fuentes de una rama jurídica, a decir por qué normas se regirán una serie concreta de relaciones jurídicas.

(55) Acaso sería importante recordar, a estos efectos, lo sucedido con el Código de Comercio de 1829, en el que, pese al deseo expreso del Rey que lo promulga y al texto literal del Código, no va a ser reconocida la voluntad del Monarca ni tampoco la voluntad expresa del texto legal, para considerar como fuentes del Derecho Mercantil, precisamente a las que el Código de Comercio de 1829 expresamente deroga con las palabras siguientes: «y derogo todas las leyes, decretos, órdenes y reglamentos que regían hasta el día en las materias y asuntos de comercio, y especialmente todas las ordenanzas particulares de los Consulados del Reino, queriendo que se tengan para desde hoy en adelante por derogadas y revocadas, y que no produzcan efecto alguno en juicio ni fuera de él, y que solo se observe y cumpla cuanto en este Código va prescrito y decretado; que así es mi soberana voluntad, á cuyo fin he mandado despachar la presente célula, que va firmada por mi Real mano, sellada con mi sello secreto, y refrendada de mi infrascrito Secretario de Estado y del Despacho universal de Hacienda, que la comunicará a quien corresponda, y dispondrá cuanto convenga á su cumplimiento. Dada en Aranjuez á treinta de Mayo de mil ochocientos veintinueve. = Firmado de la Real mano de S.M. = YO EL REY. = Luis Lopez Ballesteros».

(56) VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 2.^a edición, tomo I, Zaragoza, 1948, págs. 91-94.

- La de quien cree que la omisión de los usos en el artículo 50 no fue intencionada (57).
- La de quien dice que esos dos artículos son complementarios (58).
- La de quien no ve problema alguno entre esos dos artículos (59).
- La de quien se manifiesta partidario del artículo 50 y cree necesaria y urgente la derogación del artículo 2 del Código de Comercio de 1885 (60).
- La de los dos únicos autores que solucionan la controversia con acierto, desconocida por sus compañeros de especialidad (61).
- La de quienes utilizan el artículo 59 para dar prioridad al artículo 2 (62).
- La de quien resuelve la discrepancia a favor del artículo 2 (63).
- La de quien afirma que no existe contradicción por cuanto constituyen los usos de comercio una fuente peculiar del Derecho Mercantil (64).
- La de quienes aducen como fundamento el artículo 1.199 del Código de Comercio de 1829, sin tener presente que es un precepto derogado, y además, es un precepto procesal destinado a fijar la competencia jurisdiccional de un Tribunal suprimido (65).

(57) ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA, *Códigos de Comercio españoles y extranjeros y Leyes modificativas y complementarias de los mismos ó Estudios fundamentales de Derecho Mercantil Universal*, tomo I, Madrid, 1909, págs. 232 y sigs.

(58) ESPEJO DE HINOJOSA, RICARDO, *Tratado teórico y práctico de Derecho Mercantil*, 5.^a edición, Valencia, 1921, págs. 128-129.

(59) GAY DE MONTELLA, *Código de Comercio Español Comentado*, I, Barcelona, 1936, págs. 19 y sigs., esp. págs. 25-26, 50-51; GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2.^a edición, Madrid, 1948, págs. 44-45; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, I, Barcelona, 1950, págs. 219 y sigs., esp. pág. 221; URÍA, *Derecho Mercantil*, 17.^a edición, Madrid, 1990, pág. 18.

(60) RUBIO, JESÚS, «Sobre el concepto de Derecho Mercantil», en *RDM*, 1947, núm. 12, págs. 371-372.

(61) BENITO, LORENZO, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.^a edición, volumen 1.º, Valencia, 1916, págs. 25-26; VICENTE Y GELLA, AGUSTÍN, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, I, 2.^a edición, Zaragoza, 1948, págs. 81-83.

(62) CASTRO MEJIDE, DELGADO HERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ LÓPEZ, ROMÁN PUERTA LUIS y VILLANUEVA GALLEGU, *Código de Comercio y Legislación complementaria*, Madrid, 1986, pág. 34.

(63) GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI, *Comentarios al Código de Comercio*, 2.^a edición, tomo I, Madrid, 1925, pág. 29; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 8.^a edición, Madrid, 1990, pág. 64; ALFARO AGUILA-REAL, «La función de los usos en el Código de Comercio», en *RDM*, 1992, núm. 205, págs. 419-444, esp. pág. 432.

(64) VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 6.^a edición, Valencia, 1993, pág. 35.

(65) Artículo 1.199: «La jurisdicción de los tribunales de comercio es privativa para toda contestación judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles que van comprendidas en las disposiciones de este Código, teniendo los caracteres determinados en ellas para que sean calificadas de actos de comercio».

La postura aquí defendida sigue sustancialmente la de VICENTE Y GELLA, que considero un notable acierto por él mismo, no suficientemente argumentado, y coincide en parte con la de RUBIO, en cuanto se revaloriza el artículo 50 del Código de Comercio de 1885, pero se discrepa de ella en cuanto que en vez de considerar «necesario y urgente» la derogación íntegra del artículo 2 del mismo Código, se considera suficiente someterlo a sus propios límites sin necesidad de derogación alguna, como se verá en el siguiente epígrafe.

5. LA SOLUCION DE LA DISPARIDAD

Dentro de las normas por las que según el Código de Comercio de 1885 se rige la materia mercantil, se hacen dos grupos. En el primero, contenido en el artículo 2, se señala que *«los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común»*.

En el segundo, contenido en el artículo 50, se señala que *«los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común»*.

El artículo 2 pertenece al Título Primero, referente a los comerciantes y a los actos de comercio.

El artículo 50 pertenece al Título Cuarto, referente a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio.

No se alcanza en base a qué criterio de interpretación sistemática es conveniente dar el salto desde el Título IV al Título I, cuando cada uno de ellos tiene un claro contenido distinto, como no sea para sostener una afirmación que sin ese recurso resulta insostenible, a no ser que se acepte la imprecisión de considerar semántica y jurídicamente que los términos lingüísticos, actos y contratos son de idéntica significación y absolutamente equivalentes.

Con esto el Código ha resaltado la existencia de dos campos normativos distintos dentro de la unidad de la materia mercantil, uno, constituido por los actos de comercio que seguirán la normativa fijada en el artículo 2, y el otro, constituido por los contratos y sus incidencias y la capacidad de obrar de los contratantes, que seguirán la normativa fijada en el artículo 50, y los dos campos integran la materia mercantil, sin plantearse siquiera la trascendental tarea de delimitar el carácter mercantil o civil de las normas implicadas en

uno u otro campo que, por el solo hecho de regir un caso concreto, no cambian de naturaleza ni de sede.

Esta disparidad de tratamiento, voluntaria y deliberada del Código de Comercio de 1885, fue desconocida por los autores coetáneos al Código de 1885, probablemente en su búsqueda de mantener una independencia del Derecho Mercantil frente al Derecho Civil, quienes discrepando de los primeros autores que escribieron en tiempos del Código de 1829 con gráfica postura, quizá por ser uno Catedrático de Derecho Civil, Mercantil y Criminal (MARTÍ DE EIXALÁ), y el otro, Catedrático de Derecho Mercantil y Penal (DURÁN Y BAS), fueron capaces de acuñar la frase «*de lo que tiene y sobre todo de lo que no tiene*», apostando por una interacción entre ambas disciplinas, en la cual ninguna tenía nada que perder, desarrollada en torno a la doble base de la «*escepcionalidad*» de alguna norma concreta del Derecho Mercantil a la solución del caso en una norma de origen civil, y la «*supletoriedad*» del Derecho Civil para cubrir los vacíos existentes en el naciente Derecho Mercantil.

La polémica doctrinal se inicia en el año 1909 y llega hasta 1992 (66), aunque ya en el año 1916 se publica por LORENZO BENITO (67), y más tarde en 1948 por VICENTE Y GELLA (68), la postura que yo defiendo, si bien la polémica continuó (69), lamentablemente sin haberse tenido en cuenta suficientemente las obras de estos dos autores.

Con lo dicho hasta ahora queda suficientemente claro, a mi juicio, una doble conclusión: el Código de Comercio de 1885 no habla de fuentes, sino de la existencia de dos campos normativos distintos dentro de la unidad de la materia mercantil, y a cada uno le atribuye una normativa para que lo rija.

Es perfectamente lógico que la normativa referente a los actos de comercio se encuentre en el Libro Primero y en su Título Primero, cuyo epígrafe propio es «De los comerciantes y de los actos de comercio», y que el Título IV del mismo libro lleve como epígrafe, «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», pues está dedicado a una materia distinta a la que, congruentemente, se le aplica una normativa diferente.

No hay razón alguna, ya sea lógica o sistemática, para pretender desconocer, ante la taxativa regulación legal, que esa diferencia de normas rectoras para cada campo tiene una justificación clara y precisa que consiste, lisa y llanamente, en que se ha querido establecer una normativa para los actos

(66) Año que publica ALFARO AGUILA-REAL, «La función de los usos en el Código de Comercio», *op. cit.*

(67) BENITO, LORENZO, *Manual...*, 2.^a edición, volumen 1.^o, *op. cit.*, págs. 25-26.

(68) VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho...*, 2.^a edición, *op. cit.*, págs. 81-83.

(69) Conviene recordar, a todos los efectos, a los que escriben sobre el tema con posterioridad: LANGLE, CASTRO MEIJIDE, DELGADO HERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ LÓPEZ, ROMÁN PUERTA LUIS, VILLANUEVA GALLEGÓ, ALFARO AGUILA-REAL y VICENT CHULIÁ.

y otra para los contratos, pues de lo contrario lo que se está haciendo es abandonar una norma concreta y específica para buscar, tres títulos más atrás (70) y fuera de contexto, una norma que aplicar para tratar de apuntalar una postura insostenible.

JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO
Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

(70) El artículo 2 del Código de Comercio de 1885, pertenece al Título I, que lleva por epígrafe general «De los comerciantes y de los actos de comercio», mientras que el Título IV lleva como epígrafe general «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», con lo cual las reglas generales referentes a la interpretación sistemática sufren una agresión muy poco frecuente en la doctrina.

DICTAMENES Y NOTAS

Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION Y POSIBLES SOLUCIONES: 1. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. 2. BUENA FE EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO DEL TÍTULO INSCRIBIBLE. 3. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA TRADICIÓN. 4. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN.—II. LA SOLUCION EN LA JURISPRUDENCIA.—III. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES: 1. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS. 2. SUPUESTOS Y SOLUCIONES. 3. LOS CASOS DE INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION Y POSIBLES SOLUCIONES

Conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el principio de fe pública registral sólo protege al tercero de buena fe, esto es, a quien ignora la inexactitud del Registro. Mas dado que en nuestro sistema, la propiedad se transmite conforme a la teoría del título y el modo (cfr. arts. 609 y 1.095 del Código Civil), sólo son inscribibles títulos públicos (cfr. art. 3.º LH), y se exige que el tercero hipotecario haya inscrito su título para que resulte protegido (cfr. art. 34.1 LH), resulta controvertido si la buena fe de éste sólo ha de darse en el momento en que nace el título, esto es, cuando se contrata; si también en el momento en que se otorgue el título público inscribible, o cuando concurren título y modo, es decir, en el momento de la adquisición, e incluso en el momento de la inscripción. Veamos cada una de estas soluciones.

(*) El presente artículo constituye la contribución del autor a los Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Doctor Celestino Cano Tello.

1. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Según una primera solución, bastaría con que la buena fe del tercero hipotecario se diera en el momento de la celebración del contrato, y resultaría irrelevante que en un momento posterior —antes de la entrega o tradición o antes de la inscripción— llegara a su conocimiento la inexactitud registral, esto es, la existencia de una causa de nulidad o resolución del derecho de su transmitente.

A favor de esta solución se han señalado los siguientes argumentos:

- a) El conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible, pues es entonces cuando puede influir en la formación de esa voluntad, la cual, si decide adquirir una cosa a sabiendas de que no pertenece al transmitente, no puede ser protegida, y, en cambio, si ignora eso, determina, por motivos lícitos, la realización de un trueque, en el que ya no debe quedar defraudada (1).
- b) La buena fe hay que referirla al momento de celebración del negocio adquisitivo, sin que tenga que perdurar hasta la inscripción, lo que se deduce de la razón de fondo de la protección del artículo 34, que es

(1) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 2.ª ed., 1957, pág. 271 (vid. también LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.ª ed., Barcelona, 1984, pág. 189), quien añade que «el acto posterior de la inscripción, pura consecuencia mecánica que ni siquiera ha de ser forzosamente provocada por el tercero, no es producto de la propia determinación de la voluntad de adquirir, y por tanto el conocimiento de la alienación de la cosa no influye, como motivo determinante, en la adquisición» y que «la finalidad de este requisito queda cumplida en el momento de cerrar el contrato. La buena fe ha de tenerse en ese momento: no basta haberla tenido en otros, anteriores o posteriores; antes, no es suficiente, y después, ha precluido la oportunidad de invocar la protección del Registro. He aquí por qué no estará protegido el heredero, aun de buena fe, de un causante de mala».

Manifiesta asimismo LACRUZ que «en cuanto a los derechos condicionales o aplazados suspensivamente, lo decisivo para la buena fe no es el momento del cumplimiento de la condición o el término, sino el último acto necesario para la constitución del título: estas modalidades no afectan a la esencia del negocio jurídico, y sí sólo a su eficacia».

En este mismo sentido señala GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1993, pág. 351, «que de acuerdo con la finalidad del requisito de la buena fe y su carácter de hecho intelectual, su formación coincide con la de la declaración de voluntad negocial, sin tener nada que ver ni con el momento de la tradición ni con el de la inscripción»; y que «desde un punto de vista "realista" y la lógica del requisito, es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se celebra el contrato, que es cuando el adquirente sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para cerrar o no el contrato, que atenerse a un momento posterior como el de la tradición, caso de que no coincida con aquél, pues éste responde a un momento ulterior en que ya no tiene remedio la actitud intelectual plasmada en la firma del contrato».

la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar, por consiguiente, en el momento en que el acto de tráfico o comercio se lleva a cabo (2).

- c) El artículo 34 LH se refiere a un momento anterior a la inscripción, cuando dice «adquiera algún derecho», pero se refiere al título adquisitivo y no al modo, pues la Ley Hipotecaria se refiere a los títulos inscribibles (3).

2. BUENA FE EN EL MOMENTO DE OTORGAMIENTO DEL TÍTULO INSCRIBIBLE

Como una variante de la teoría que predica la buena fe sólo del momento de celebración del contrato se ha afirmado que el momento en que debe darse es el del otorgamiento del título inscribible, con base en los siguientes argumentos (4):

- a) Aunque el artículo 34 LH se refiere al «tercero que de buena fe adquiere», este precepto de la legislación hipotecaria hay que ponerlo en relación con el «título de adquisición», y no con el «modo de adquisición», pues este último es un concepto extraño a la legislación hipotecaria que sólo se refiere a los títulos adquisitivos, conforme a los artículos 2 y 3 LH. El artículo 34 LH liga un elemento intelectual, como es la buena fe, con un momento que tiene que ser el del otorgamiento del título de adquisición, que es en el que se manifiesta ese elemento intelectual y la declaración de voluntad, y no con posterioridad, pues el modo o tradición opera como mero acto real debido, en que cabe perfectamente aplicar el aforismo *mala fides superveniens non nocet*.

(2) Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, *Relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 2.ª ed., Madrid, 1995, págs. 460-461, quien, sin embargo, señala las dudas que suscita en este punto el negocio de constitución de hipoteca, por cuanto ésta no se adquiere ni constituye nunca extrarregistralmente, sino que en ella la inscripción es constitutiva, con lo que «parece que la buena fe, ligada al momento adquisitivo, debe existir no sólo en el momento del otorgamiento de la escritura pública, sino en el momento de la inscripción».

(3) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., pág. 351, quien añade: «Naturalmente, dado lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, que exige título público para inscribir, lo normal es que el otorgamiento del título público coincida con el de la tradición instrumental, pero puede suceder que se trate de elevación a público de documento privado y que éste tenga fecha fehaciente, o que sea necesaria una ratificación de un representado, y entonces para éste el momento es aquél en que emite su propia declaración de voluntad de ratificación».

(4) Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, págs. 511-512.

- b) El artículo 36 LH confirma esta interpretación, pues con referencia a la buena fe alude al momento de perfeccionarse la adquisición, que en dicho precepto no puede ser el de la tradición, porque, estando la finca poseída por otro como usucapiente, falta el elemento de la tradición posesoria.
- c) Desde el punto de vista del argumento lógico, la buena fe ha de referirse al momento en que el tercero manifiesta su voluntad de adquirir en el correspondiente título, que es cuando se compromete estableciendo las condiciones de la adquisición.
- d) Desde el punto de vista «realista» es mucho más adecuado referir la buena fe al momento en que se otorga el título público inscribible, que es cuando el adquirente, pensando ya en la ulterior inscripción de su título —cosa que no es imaginable cuando se compra en documento privado—, sopesa la situación existente y la tiene en cuenta para dar firmeza a su adquisición, en lugar de atenerse a un momento posterior como es el de la tradición —con mucha menos justificación que en el momento de la inscripción—, pues la tradición puede responder a un momento ulterior al que ya está plenamente formado el juicio intelectual del adquirente y todas las condiciones de la adquisición.

3. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA TRADICIÓN

Según una tercera solución, el momento en que se requiere la buena fe en el tercer adquirente es aquél en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, entendido éste como el momento en que concurren título y modo, y ello con apoyo en los siguientes argumentos:

- a) La dicción literal del artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria, que se refiere al que «de buena fe *adquiera*», que «será mantenido en su adquisición, *una vez haya inscrito su derecho*, aunque después se anule o resuelva...». En este precepto se distinguen dos fases, una de celebración y consumación del negocio jurídico de adquisición en sí, independientemente, de momento, de si el transferente es o no titular del dominio o derecho objeto de dicho negocio jurídico, y otra fase de inscripción del mismo, y tal precepto sitúa en la primera, mas no en la segunda, el requisito de la buena fe en el adquirente. La inscripción no hace más que cerrar el círculo de presupuesto necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más (5).

(5) Cfr. ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, *Fundamentos de la publicidad registral*, 8.^a ed., Barcelona, 1995, págs. 391 y 398.

- b) El momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción. Y es por ello que ese es el momento en el que el tercer adquirente debe tener buena fe (6).

4. BUENA FE EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN

Finalmente, también se ha considerado que la buena fe del adquirente ha de perdurar hasta el momento de la inscripción, sobre la base de los siguientes razonamientos:

- a) El artículo 34 no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente la que tenga lugar *según el Registro*. El derecho real puede, en nuestro sistema, tener existencia en la realidad jurídica extrarregistral, para lo cual basta el título y la tradición, en su caso, y en la apariencia formal hipotecaria, para lo cual es necesario que el título se inscriba. Quien adquiere por virtud de un título inscribible, pero no inscrito, es titular de un derecho real en la esfera y en el ámbito del Derecho Civil, aplicándose íntegramente y sin desviación alguna las normas de éste; la aplicación de los princi-

(6) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, págs. 369-370, quien añade: «Nos abona la solución propugnada otro argumento de justicia y equidad. Este nos parece tan decisivo que en los casos especiales en que falle y se invierta, no dudamos que sea suficiente su falta para revolversse contra la razón técnica antes expuesta e imponerse a ella. El meollo de esta razón de justicia se halla en el hecho del pago del precio. Si éste fue satisfecho al otorgarse la enajenación o se reconoció entonces su anterior entrega, sin duda que lo justo aunará el peso de su razón a lo técnico. En cambio, en caso de aplazamiento total, la justicia estará en oposición a la técnica si el tercer adquirente pierde su buena fe antes de pagar el precio y de haber inscrito su adquisición. Ante tal conflicto, preferimos sacrificar la técnica ante la equitativa valoración de los intereses en juego».

También consideran que la buena fe ha de darse en el momento de la adquisición (contrato más tradición), NÚÑEZ LAGOS, R., «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945, pág. 426; COSSÍO Y CORRAL, A. DE, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, pág. 224; *Instituciones de Derecho Hipotecario*, revisado y puesto al día por Manuel Cossío y Martínez, Madrid, 1986, pág. 239; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», en *ADC*, 1949, págs. 1241 y sigs.; VILLARES PICÓ, M., «Principios hipotecarios de la Ley de 1861», en *Información Jurídica*, 1952, pág. 592; CASSO ROMERO, I. DE, *Derecho Hipotecario y del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, pág. 201; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, 3.ª ed., Madrid, 1999, pág. 556; VALPUERTA FERNÁNDEZ, R., «Efectos de la inscripción», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. y MONTÉS PENADÉS, V. L. (coords.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, págs. 888-889.

pios del Registro, y especialmente la protección del artículo 34, sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario. Una adquisición, según Registro, requiere la inscripción del título del adquirente (7).

- b) El momento de adquisición *a non domino* es el de la inscripción, y no el de la tradición. El artículo 34 tiene su campo propio de aplicación cuando la inscripción a favor del transferente es inexacta, subsanando la inexactitud y operando una verdadera adquisición *a non domino*. Pero este efecto se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el momento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de inscripción (8).

(7) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, págs. 465-466.

(8) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, cit., pág. 466; GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ambito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, 1952, págs. 571-572, quien señala: «A mi entender, el tercero ha de continuar siéndolo de buena fe en el momento de la inscripción, y precisamente porque en este momento, y no en el de la tradición, es en el que tiene lugar la verdadera adquisición. Y esto dejando aparte la cuestión de si en los casos generales de transmisión, por negocio jurídico *inter vivos* de derechos reales, es declarativa o constitutiva la inscripción en nuestro Derecho. Pues en estos casos especiales en que el tercero adquiere, en virtud de la aplicación del principio de fe pública, es necesario que se cumplan todos los requisitos que la Ley Hipotecaria (especialmente en su art. 34) señala, el último de los cuales es la inscripción, y hasta que éste no se cumpla el tercero no adquiere, siendo su adquisición no propiamente derivativa, sino más bien originaria, *ex lege* y *a non domino*.

Refuerza este punto de vista el paralelismo y semejanza existente entre la posesión *ad usucapionem* y la inscripción en el principio de fe pública registral. Y tratándose de la prescripción ordinaria (no de la extraordinaria de treinta años, en la que la buena fe no es precisa), para que ésta se consume es necesario que el prescribiente conserve la buena fe durante todo el tiempo de posesión, según se desprende del artículo 435 del Código Civil en relación con el 1.951 del mismo Cuerpo legal, ya que nuestro Derecho, siguiendo las huellas del canónico, no acepta el principio *mala fides superveniens non nocet* (cuyo criterio es también el de Castán). Por consiguiente, tratándose de la «prescripción instantánea» que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria entraña, se precisa que el tercero se halle en situación de buena fe en el momento de la inscripción, ya que ésta equivale al plazo de posesión en la prescripción ordinaria. Claro que, seguramente, habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda (y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero, como pueden ser imposibilidad del Registrador, trabajo de la oficina, etc.), sino el del asiento de presentación, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 24 de la Ley».

Con un argumento similar, pero no tanto respecto del artículo 34 LH como del 1.473 del Código Civil, se pronuncia RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 81, por el momento de la inscripción, sobre la base de distinguir entre la adquisición *a domino* conforme al artículo 1.473 del Código Civil, en que la buena fe ha de concurrir sólo en el momento de perfección del contrato, y la adquisición *a non domino*, en que «la virtualidad transmisiva no radica en el contrato transmisivo que actúa como justo título (*ex hypothesi*, no puede y no podrá nunca sustanciar la transmisión), sino en la ley que la concreta cuando concurren todos los elementos que componen el complejo supuesto de hecho, al cual anuda aquella consecuencia. Por tal motivo, como-

- c) La buena fe debe darse también en el momento de inscribirse la adquisición en el Registro, porque los requisitos del artículo 34 LH deben ser concurrentes en el tiempo. Deben darse a la vez los cuatro requisitos (9).

II. LA SOLUCION EN LA JURISPRUDENCIA

La posición de la Jurisprudencia sobre la cuestión del momento en que debe darse la buena fe del tercero hipotecario dista de ser unívoca:

- a) De una parte, varias sentencias, y alguna Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, optan por el criterio del momento de la contratación. Es el caso de las sentencias de 7 de julio de 1900 (JC 45), 24 de marzo de 1905 (JC 118), 3 de marzo de 1909 (JC 5), 8 de julio de 1916 (JC 104), 8 de marzo de 1922 (JC 90), 30 de diciembre de 1944 (RJ 1395), 26 de febrero de 1949 (RJ 258), 12 de noviembre de 1970 (RJ 5104), entre otras, y de la Resolución de 8 de agosto de 1940 (RJ 792).
Así, las sentencias de 7 de julio de 1900 (JC 45), 24 de marzo de 1905 (JC 118), 8 de julio de 1916 (JC 104), manifiestan que lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria supone que las causas de nulidad o de resolución del derecho del otorgante que no consten en el Registro de la Propiedad fueron desconocidas por el adquirente en el acto de contratar; y el resto aluden igualmente al momento de contratar como aquél al que ha de referirse la buena fe.
- b) Pero por el criterio del momento en que concurren título y modo, se decantan las sentencias de 11 de enero de 1895 (JC 17), 7 de febrero de 1896 (JC 54), 29 de septiembre de 1897 (JC 72), 5 de abril de 1898 (JC 2), 31 de marzo de 1902 (JC 91), 20 de diciembre de 1904 (JC 109), 7 de noviembre de 1911 (JC 116), 16 de junio de 1917 (JC 118), 24 de mayo de 1952 (RJ 846), 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 28 de marzo de 1961 (RJ 1798), 24 de abril de 1962 (RJ 2093), 3 de octubre de 1963 (RJ 3964), 2 de julio de 1965 (RJ 3692), 31 de enero de 1975 (RJ 269), 16 de febrero de 1981 (RJ 528), 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 25 de marzo de 1988 (RJ 2475),

quiera que el artículo 34 LH concede tal efecto *cuando el comprador inscribe su título...* hay que entender que la buena fe de este comprador, *no sólo debió estar presente en el momento de la perfección de su título válido, sino también en el de inscribir*» (las cursivas son suyas).

(9) Cfr. CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1992, pág. 303.

16 de junio de 1989 (RJ 4692), 19 de julio de 1989 (RJ 5728), 24 de octubre de 1989 (RJ 6956), 13 de diciembre de 1989 (RJ 8828), 15 de noviembre de 1990 (RJ 8712) y 23 de diciembre de 1992 (RJ 10685), entre otras (10).

Se trata de resoluciones en las que de manera explícita o implícita el Tribunal Supremo refiere al conocimiento que tuvo el tercero, *al adquirir la finca*, de las causas de nulidad o resolución del derecho del otorgante o de las cargas que gravaban el inmueble. Significativamente, la sentencia de 25 de marzo de 1988 (RJ 2475), entiende por inexistencia de buena fe «el conocimiento anterior a su adquisición de que los inmuebles transmitidos no son propiedad de sus vendedores», o bien el «conocimiento de la existencia de un vicio en el título o modo de adquirir de que se trate», y las sentencias de 19 de julio de 1989 (RJ 5728), 24 de octubre de 1989 (RJ 6956), 13 de diciembre de 1989 (RJ 8828) manifiestan que la buena fe del tercero suponen «que *en el momento de adquirir*, desconozca o ignore la existencia de la inexactitud del Registro por discrepar su contenido con la realidad material».

En estas sentencias, la referencia al momento de la adquisición de la finca puede resultar ambigua, en la medida en que cabe considerar que la adquisición conforme al artículo 34 LH se produce sólo en el momento de la inscripción. Sin embargo, veremos a continuación que el Tribunal Supremo hace referencia, como momento de adquisición, a aquél en que concurren título y modo.

- c) Ninguna sentencia que conozca mantiene de manera explícita que el adquirente ha de ser de buena fe en el momento de otorgamiento del título público inscribible (como momento distinto al de la tradición), ni en el momento de la inscripción.
- d) Ahora bien, en la mayor parte de las sentencias citadas la referencia al momento de contratar o al de adquirir tiene carácter de *obiter dictum*, ya que la solución del caso no dependía del momento en que el adquirente había conocido la inexactitud registral. Sólo en las sentencias de 26 de febrero de 1949 (RJ 258), 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 3 de octubre de 1963 (RJ 3064) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692) el Tribunal Supremo se pronunció explícitamente sobre

(10) También la sentencia de 12 de noviembre de 1970 (JC núm. 516, págs. 243 y sigs.; RJ 5104) declara que «a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato», pero se refiere no a la buena fe, sino al momento de adquisición del bien, en cuanto el artículo 34 exige que sea de persona que el Registro aparezca con facultades para transmitir.

el momento en que ha de existir la buena fe, por ser trascendente, en mayor o menor medida, a los efectos de dar solución al caso planteado.

- a') La sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) tuvo que ver con un juicio sobre nulidad de contrato. Se solicitó la declaración de nulidad de escritura de compraventa de un inmueble hecha a favor de doña Teresa G. de la R. por el Agente Ejecutivo de Contribuciones, la cancelación de la inscripción correspondiente, la de cuantas inscripciones y anotaciones hubiese causado en el Registro el expediente de apremio seguido contra el actor y anulado por Orden Ministerial, la declaración de nulidad, por inexistencia y simulación, de la escritura de compraventa de unos terrenos otorgados por los demandados como vendedores, la declaración de nulidad por los indicados motivos de un arrendamiento del inmueble, la restitución del mismo inmueble a su estado jurídico anterior y diferentes condenas sobre frutos. Se dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción. Interpuesto por la parte demandante recurso de casación, fue desestimado por el Tribunal Supremo: «El motivo cuarto es el único que formula la *quaestio facti* del pleito y denuncia error de hecho en que se dice ha incurrido la sentencia de instancia al estimar que el demandado señor M. E. adquirió la finca en litigio sin que conociese ni constase en el Registro de la Propiedad la causa de nulidad del título anteriormente inscrito a favor de quien le transmitió el dominio, y para demostrar el error denunciado se invocan varios documentos, entre los cuales figura una anotación preventiva de anulación de la venta a la que alude el recurrente, sin que en los autos conste su existencia, según fue apreciado ya por la Sala sentenciadora, invocándose también la propia resultancia del pleito referida a la fecha de la inscripción a favor del señor E., posterior a la de la demanda, pero es lo cierto que ni de ésta había constancia en el Registro al efectuar aquella inscripción, ni es a su fecha, sino a la de la celebración del contrato que la motivó, anterior a la demanda, a la que hay que remitirse para juzgar si la adquisición se efectuó con conocimiento registral o extrarregistral de la causa de nulidad del título del transferente».
- «Estos antecedentes llevan a la conclusión jurídica evidente de que el señor E., que inscribió el dominio de la finca, es tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la intangibilidad de su título de dominio».

b') En el caso de la sentencia de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), el vendedor de una finca con pacto de retro la había recuperado pagando la cantidad estipulada, pero mientras tanto el adquirente con el mismo pacto la había enajenado a un tercero, que la inscribió a su nombre en el Registro. El primero demandó la nulidad de la venta llevada a cabo por el segundo. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada, la Audiencia la confirmó en cuanto a determinadas fincas y la revocó en relación con otras. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo: «El conocimiento de la inexactitud de la inscripción registral para que no opere a favor del tercer adquirente la situación de buena fe, ha de hallarse referido al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquél en que se efectúe la tradición por el otorgamiento de la escritura a base del artículo 1.462 del Código Civil, si de la misma no resultare o se dedujera claramente lo contrario, como ordena el precepto, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud registral después de tal otorgamiento, a efectos de privarles de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*, como resulta del texto de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria».

Ahora bien, esta afirmación se hizo a mayor abundamiento, frente a la alegación del recurrente de que el adquirente conocía ser la finca de persona distinta de su transmitente en el momento de la inscripción.

c') La sentencia de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) resolvió con base en los siguientes antecedentes. Interpuesta acción reivindicatoria, el Juez de Primera Instancia absolvió a los demandados de la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia, estimando parcialmente la demanda, declaró la pertenencia de la finca litigiosa al actor, la procedencia de la reivindicación y la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia. Como hechos probados se tuvo que la finca litigiosa fue objeto de falsas inscripciones a nombre de los titulares registrales anteriores al deudor hipotecario de quien era causahabiente el recurrido; que la mencionada finca, en un procedimiento judicial sumario al amparo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, fue rematada en subasta pública celebrada en 14 de noviembre de 1954, a favor del acreedor hipotecario, con

reserva por su parte de ceder el remate a la persona que designase, recibiendo cuatro días después en el Juzgado que conocía de las actuaciones un exhorto de otro Juzgado, solicitando se hiciera constar en dicho procedimiento la circunstancia de que estaba tramitando una demanda de juicio declarativo ordinario tendente a conseguir la nulidad de los títulos de que dimanaba el del deudor hipotecario, lo que se acordó testimoniar en virtud de providencia dictada el 18 del mismo mes; sin que conste fuera notificada al rematante, que en 22 siguiente cedió su derecho en presencia judicial al recurrido, que satisfizo el importe de la liquidación sin tener noticia en tal momento del exhorto presentado; y que en 2 de diciembre de 1954 se dictó el correspondiente auto aprobando la cesión y adjudicación de la finca al cesionario.

El Tribunal Supremo declaró: «La buena fe como requisito ineludible para ostentar la condición de tercero a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte del que pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien recibió la finca de que se trata, era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, según enseña el artículo 1.950 del Código Civil, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenamiento (*sic*), como se infiere de la redacción de los artículos 34, párrafo 2.º, 36, 40, apartado D), y número 9 del 107 de la primera ley citada, y 433 y 1.778 del Código Civil, al extremo de que la jurisprudencia de esta Sala ha proclamado con reiteración, entre otras, en sus sentencias de 28 de junio de 1941 (RJ 761), 5 de noviembre de 1956 (RJ 4114), 10 de abril de 1957 (RJ 1959), 1 de julio de 1958 (RJ 2528), 24 de febrero de 1959 (RJ 1080) y 11 de mayo de 1962 (RJ 2313), que carecen de aquella cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación jurídica extratabular de lo transmitido o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente, siendo necesario, en todo caso, que dicho requisito y circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se produzca la adquisición del inmueble litigioso, puesto que el artículo 34 mencionado, al definir al tercero hipotecario, se refiere expresamente al que «de buena fe adquiere determinados derechos», con lo que conecta de modo claro y directo el requisito psicológico e intelectual generador de la buena fe con el acto determinante de la adquisición».

«En las transmisiones de bienes inmuebles operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del convenio a que se refiere el artículo 1.450 en relación con los 1.254, 1.258 y 1.278, todo del aludido Cuerpo legal, porque tal fase contractual únicamente confiere al comprador un *ius ad rem* sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los 1.461 y siguientes, sino con el de su consecuencia mediante la tradición que exigen los 609 y 1.095, redactados en observancia de la pauta señalada al legislador por la Base XX de la Ley de 11 de mayo de 1888, como declararon, entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1891, 2 de junio de 1900, 8 de marzo de 1901, 5 de junio de 1945 (RJ 695) y 31 de octubre de 1951 (RJ 2364) por ser entonces cuando surge el verdadero *ius in re* sobre la cosa adquirida, con el consiguiente efecto de inmediatez sobre el inmueble y acción *erga omnes* para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transmisión, según el artículo 1.462 de dicho Código, que en las ventas judiciales forzosas, realizadas en el procedimiento judicial sumario consignada en el artículo 131 de la Ley especial, se sustituye por el auto aprobatorio de la adjudicación, de acuerdo con la regla 17 de dicho precepto y de la sentencia de esta Sala de 2 de junio de 1900».

«Aun cuando el recurrido ignoró los vicios que podían afectar a su titularidad en el momento de celebrarse la subasta del inmueble litigioso y en el de verificarse la cesión del remate a su favor, los conoció en cambio perfectamente al dictarse el auto aprobatorio de la adjudicación en el que se reconocieron expresamente, y como este auto, que constituye el título de la compraventa, es el que consumaba la adquisición de la finca, al haber estimado la Sala sentenciadora la concurrencia de su buena fe a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aplicando la presunción *iuris tantum* contenida en su párrafo 2.º, sin tener presente que la misma quedaba destruida por los hechos probados que la servían de fundamento, contrariando con ello lo dispuesto en el artículo 1.251 del Código Civil, es evidente que incidió en aplicación indebida del citado artículo 34 y violó, por inaplicación, los 33 de la expresada Ley y 433 y 1.950 del Código mencionado y doctrina legal que los interpreta».

d') Finalmente, la sentencia de 2 de julio de 1965 (RJ 3692) resolvió sobre una acción reivindicatoria sobre dos parcelas enclavadas dentro del perímetro de una finca propiedad de los actores, con la consiguiente petición de nulidad de las inscripciones registrales efectuadas sobre dichas fincas. El Juzgado estimó la demanda y declaró que las mencionadas parcelas eran propiedad de la parte actora, ordenando dejar sin efecto las inscripciones registrales de las mismas. La Audiencia revocó la sentencia apelada y absolvió al demandado de la demanda. El Tribunal Supremo casó la sentencia y confirmó la dictada por el Juez de Primera Instancia: «Para que el repetido artículo 34 surta la totalidad de sus efectos y el adquirente a título oneroso quede inmunizado de los resultados destructores de la regla *Resolutio jure concedentis, resolvitur jus concessum*, convalidando incluso su posible adquisición *a non domino* es imprescindible que el requisito de la buena fe, antes aludido, y las diversas circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se consume el acto traslativo del dominio del inmueble litigioso y no en otro posterior, aun cuando coincidiera con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad, como lo demuestran el principio general de Derecho *mala fides superveniens non nocet*, y la redacción del mencionado artículo 34 al definir al tercero hipotecario, se refiere de forma explícita y expresa al que “de buena fe adquiriera determinados derechos”, enlazando el requisito subjetivo y psicológico en que la misma descansa, con el objetivo del negocio jurídico determinante de la transmisión».

«Al haberse declarado probada en el razonamiento primero de la resolución que se impugna, que el titular registral del inmueble litigioso lo aportó a la entidad recurrente el 24 de mayo de 1957, recibiendo en compensación un número de acciones de valor equivalente, y que en 16 de diciembre siguiente enajenó dicha finca a la misma sociedad, y al inferir de ello que la transmisión se realizó en la última de estas fechas, es indudable que el Tribunal *a quo* incidió en el error de hecho en la apreciación de la prueba que se denuncia en el primer motivo del presente recurso al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la venta que se dice operada en la última de estas fechas se opone al contenido de los documentos consignados en el folio 9 del apuntamiento que acreditan sin el menor género de duda, que lo transmitido ese día a los componentes de la compañía demandante no fue la

finca controvertida, sino los títulos mobiliarios que a cambio de ella se entregaron a la otra parte contratante, por lo que dicho motivo debe prosperar».

«La afirmación que contiene la sentencia recurrida de que la entidad actora tuvo noticia del derecho que asistía a los demandados sobre determinadas parcelas de la finca litigiosa por haber promovido dos incidentes de nulidad de actuaciones en el proceso de ejecución de la sentencia firme que reconoció aquel derecho, y la deducción a que llega de negarla (*sic*) su cualidad de tercero hipotecario, por presumir que ese conocimiento “fue anterior a la inscripción en que basa su reivindicación”, infringe por violación, el citado artículo 34, como se pone de relieve en el cuarto motivo de este recurso, apoyado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, no sólo porque, según se indicó, entre otras, en la sentencia de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), la ausencia de buena fe no se presume nunca, por impedirlo el párrafo 2.º de dicho precepto, sino muy especialmente porque, aun cuando se estimaran inatacables en casación las declaraciones fácticas de la Sala de instancia, el resultado sería idéntico, dado que la circunstancia de que la compañía actora estuviese enterada de los vicios existentes en su adquisición, no se relacionó con ésta, sino con la inscripción, lo que como se ha expresado anteriormente provoca, por sí solo, el acogimiento de este motivo, sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes».

- e) Como cabe apreciar, la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) entiende que la buena fe sólo ha de darse en el momento de la celebración del contrato, pero las de 29 de marzo de 1960 (RJ 1255), 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692) establecen como momento relevante el de la adquisición conforme a la teoría del título y el modo. Desde esta perspectiva, parece que la doctrina jurisprudencial se inclina por esta segunda solución, lo que cabe afirmar desde una triple consideración:
 - a') En primer lugar, no hay dos sentencias que declaren, como *ratio decidendi*, que la buena fe del tercer adquirente sólo ha de darse en el momento la celebración del contrato; pero sí existen al menos dos sentencias que declaran, también como *ratio decidendi*, que el momento relevante es el de la adquisición conforme a la teoría del título y el modo.
 - b') En la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258), el Tribunal Supremo no casa, sino que confirma la sentencia de instancia; a

diferencia de lo que sucede tanto en la sentencia de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) como en la de 2 de julio de 1965 (RJ 3692), en que sí se casan las sentencias de instancia.

c') En la sentencia de 26 de febrero de 1949 (RJ 258) se declara que hay que estar al momento de celebración del contrato para juzgar la buena fe del adquirente, pero tal declaración se hace desestimando un motivo de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba en el que también se afirma que tal error no se cometió por la sentencia de instancia en tanto no consta en autos la existencia de una anotación preventiva de anulación de la venta a la que alude el recurrente ni tampoco constaba en el Registro de la Propiedad, antes de la inscripción de los recurridos, la resultancia del mencionado pleito de nulidad. En consecuencia, el Tribunal Supremo pudo haberse ahorrado la declaración del momento en que debe darse la buena fe. Le habría bastado con desestimar el motivo de casación con base en los argumentos reseñados.

f) Sin embargo, tampoco existe plena identidad entre los supuestos de hecho de las mencionadas sentencias de 3 de octubre de 1963 (RJ 3964) y 2 de julio de 1965 (RJ 3692), pues en la primera de ellas se afirma que la buena fe ha de existir en el momento de la tradición para negar la condición de tercero hipotecario al demandado, que había conocido de la inexactitud registral antes de aquélla; mientras que en la segunda se hace la misma afirmación pero a efectos de considerar tercero hipotecario al demandante, que no había conocido de la inexactitud registral sino después de la tradición.

III. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

1. ARGUMENTOS Y CONTRAARGUMENTOS

Como cabe apreciar, el abanico de argumentos en uno u otro sentido es amplio, y existen buenas razones para apoyar cualquiera de las soluciones apuntadas. ¿Cuál ha de prevalecer entonces?

Hemos de partir de dos premisas básicas: 1) Si la buena fe perdura hasta la inscripción y se dan los demás requisitos del artículo 34 LH, no cabe duda de que el tercer adquirente resultará protegido por el principio de fe pública registral; 2) Desde luego, ha de existir buena fe en el momento de contratar. Si el tercer adquirente es de mala fe al contratar, no puede resultar protegido en ningún caso.

La cuestión, por tanto, es si la buena fe ha de perdurar y por qué. La cuestión consiste en encontrar los motivos por los que también ha de haber buena fe en un momento posterior al de la celebración del contrato, cual sea el del otorgamiento del título público inscribible, el de la tradición o entrega, e incluso el de la inscripción. Y a este respecto hay que partir de las siguientes consideraciones:

- a) Referir la buena fe exclusivamente al momento de la celebración del contrato puede dar lugar a problemas derivados de la inoponibilidad del título privado esgrimido. Si se prueba que el tercer adquirente sabía de la inexactitud registral en el momento de la tradición, el título privado que esgrima a efectos de afirmar su buena fe al contratar puede desplegar dudas sobre su autenticidad respecto a la fecha (cfr. art. 1.227 del Código Civil), a los otorgantes, a la voluntad negocial, al contenido y a su cumplimiento efectivo; y por ello tal título no será, en principio, oponible frente a su contradictor. Así, en el caso de la sentencia de 27 de mayo de 1959 (RJ 2469), el demandado alegó que aunque en el momento de firmar la escritura pública de venta, el 23 de septiembre de 1952, sabía de la venta anterior en favor del demandante, que tuvo lugar el 12 de septiembre, aquella escritura era elevación de un contrato de compraventa celebrado en julio de 1952, esto es, anterior a la venta en favor del actor. El Tribunal Supremo, que casa las dos sentencias contestes de instancia, declara que «el intento de prueba en base a las cartas cruzadas de don Carlos es inadmisibile por el artículo 1.227 del Código Civil», mientras que considera probado que en la fecha de elevación a escritura pública conocía el demandado la venta en favor del actor.
- b) El carácter subjetivo de la buena fe, a que se refiere el artículo 34 LH, no la vincula exclusivamente al momento en que se forme la voluntad de adquirir el tercero, entendiendo por tal momento el de la celebración del contrato o el del otorgamiento del título inscribible. Lo mismo que para la usucapión, puede haber buena fe en la posesión en el momento en que nace el título y después perderse (cfr. art. 435 del Código Civil).
- c) Algunos autores —y algunas sentencias— se fijan en el momento de la tradición, sobre la base de que es el de la adquisición del derecho real. El argumento parece ser el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral, el conocimiento que el tercero alcance del defecto o vicio del título de su transmitente. Una vez se produce tal tránsito, esto es, una vez ingresa el derecho real en el patrimonio del

tercer adquirente, como resultado de la teoría del título y el modo, ya resulta irrelevante que llegue a conocer esa inexactitud registral.

A esta argumentación se pueden hacer una objeción de base; y es que más parece que la adquisición, en estos supuestos, no se produce sino con la inscripción (11). La adquisición del tercero hipotecario no es una adquisición *a domino* mediante la conjunción del título y el modo, pues para ello no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral, sino una adquisición *ex lege* y *a non domino* (12), aunque derivativa (13).

(11) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., pág. 466; NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», en *RGLJ*, 1950, pág. 604; GÓMEZ GÓMEZ, M., *Ambito de aplicación del llamado principio de fe pública registral*, cit., pág. 571; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., *Momento en que es exigida la buena fe...*, cit., págs. 1234 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 300; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., pág. 341; «Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», cit., pág. 502; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *RDPat*, núm. 1, 1998, pág. 55.

En contra, VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, cit., págs. 356, 367 y 368; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 438 y sigs.

(12) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., págs. 402 y sigs.; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1948, págs. 384 y sigs.; HERMIDA LINARES, M., «El Derecho Inmobiliario español, los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1951, págs. 722 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a, «Las adquisiciones *a non domino*», en *AAMN*, tomo XIX, 1974, págs. 261 y sigs.; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 454 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, cit., págs. 289 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., cit., págs. 209 y sigs.; CRISTÓBAL MONTES, A., «La adquisición registral *a non domino*», en *RGLJ*, 1966, tomo LIII, págs. 587 y sigs.; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, cit., págs. 465 y sigs.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, cit., págs. 46 y 599; CANO TELLO, C. A., *Manual del Derecho Hipotecario*, cit., pág. 305; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «Configuración doctrinal de las adquisiciones *a non domino*», en *RCDI*, 1985, pág. 344; MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L., *La legitimación registral...*, cit., págs. 638 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 355 y sigs.; *Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 525 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *Efectos de la inscripción*, cit., págs. 886 y 887; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, pág. 25; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 60. En contra, NÚÑEZ LAGOS, R., *El Registro de la Propiedad español*, cit., págs. 248 y 249, a quien sigue CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, *Derecho de cosas*, vol. 1.^o, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 13.^a ed., revisada y puesta al día por G. García Cantero, Madrid, 1987, pág. 431.

(13) La propiedad pasa del *verus dominus* al tercero protegido por el artículo 34 LH, aunque el acto de disposición no lo haya llevado a cabo aquél. El *tradens* no propietario no transmite un dominio que nunca ha tenido, sino que éste deriva del *verus dominus* en

- d) En la posición que refiere la buena fe al momento de la inscripción lo que subyace es un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo; y parece contrario al principio ético que subyace en el de fe pública registral que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su cobertura.

Es más, la adquisición *a non domino* no puede ser un principio general en tanto es una derogación al principio de autonomía privada, según el cual el propietario ha de consentir la pérdida de su propiedad; y como tal derogación de una regla general requiere una justificación especial. Para que se opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no intervenga el titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez procede de buena fe (subjetiva), invirtiendo su confianza a costa de algo, es decir, adquiriendo a título oneroso (14).

virtud de que la Ley Hipotecaria así lo establece para proteger al adquirente que reúne los requisitos de su artículo 34. En este sentido se trata de un modo de adquirir derivativo. Cfr. ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo II, cit., pág. 478 y sigs.; LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., cit., págs. 212-213; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, cit., pág. 466; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 47. En contra, los que consideran que la adquisición del tercero hipotecario es originaria [cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, cit., pág. 385; JORDANO BAREA, J., «Comentario a la obra de Mengoni, Luigi: *L'acquisto "a non domino"*», Milán, 1949, en ADC, págs. 785 y sigs.; GÓMEZ ACEBO, F., «La buena y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil», en RDP, 1952, págs. 224 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.^a, de 4 de marzo de 1988)», en ADC, 1989, pág. 1357; y CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, «Los principios hipotecarios de fe pública y buena fe en la Legislación Hipotecaria de 1944», en RCDI, 1994, págs. 2224-2225, para quien se trata de una adquisición en virtud de «prescripción instantánea»], y los que entienden que el tercero adquiere derivativamente del transmitente respecto del contenido registral a través del negocio jurídico, pero originariamente respecto del *verus dominus* (cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., págs. 405 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, tomo II, cit., págs. 377 y sigs.; *Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 523 y sigs.).

(14) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 47.

2. SUPUESTOS Y SOLUCIONES

Las anteriores consideraciones apoyarían la teoría según la cual la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción. Pero acaso convenga llegar a una conclusión definitiva desde otra perspectiva, cual es la de dar respuesta a los diferentes supuestos de inexactitud registral que pueden determinar que aparezca la figura del tercero hipotecario a efectos de apreciar en qué condiciones de buena fe resulta protegido tal tercero en cada supuesto. Y para ello procede distinguir dos grandes grupos de casos. De una parte, aquéllos en que existe doble venta o doble disposición del bien o derecho inscrito; de otra, aquéllos en que se anule o resuelva el título del transmitente.

a) En caso de doble venta o doble disposición pueden darse los siguientes supuestos y sus respectivas soluciones (15):

1. «A», titular registral, vende a «B» y más tarde a «C». Si «C» contrata de mala fe, por saber de la venta en favor de «B», no puede

(15) En las consideraciones que a continuación se formulan se parte de la base de que el artículo 1.473 del Código Civil también exige buena, aunque nada diga al respecto su segundo párrafo en punto a la compraventa de inmuebles, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia [cfr. sentencias de 13 de mayo de 1908 (JC 54), 31 de octubre de 1929 (JC 226), 31 de octubre de 1929 (JC 226), 23 de junio de 1951 (JC 224), 11 de junio de 1954 (JC 253), 24 de enero de 1957 (JC 52), 30 de enero de 1960 (JC 50), 25 de junio de 1965 (JC 403), 30 de noviembre de 1967 (RJ 4867), 24 de enero de 1969 (JC 32; RJ 201), 31 de diciembre de 1969 [RJ (1970) 1361], 30 de abril de 1974 (RJ 1802), 16 de febrero de 1981 (RJ 528), 10 de febrero de 1983 (JC 73; RJ 961), 17 de diciembre de 1984 (RJ 6286), 31 de enero de 1985 (RJ 224), 5 de julio de 1985 (RJ 3642), 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 4 de marzo de 1988 (RJ 1554), 15 de diciembre de 1989 (RJ 8836), 24 de enero de 1990 (RJ 20), 20 de julio de 1990 (RJ 6122), 10 de abril de 1991 (RJ 2682), 11 de abril de 1992 (RJ 3096), 23 de diciembre de 1992 (RJ 10685), 13 de octubre de 1993 (RJ 7516), 24 de noviembre de 1995 (RJ 8715), 27 de septiembre de 1996 (RJ 6645) y 25 de noviembre de 1996 (RJ 8559), entre otras], y la doctrina (VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, cit., págs. 379 y 380; ALBALADEJO GARCÍA, M., «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, págs. 24 y 25; MOLINA GARCÍA, A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 286; AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», en *RCDI*, 1967, págs. 1550 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1.461 a 1.473», en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, tomo II, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 930 y 931; PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, págs. 124 y sigs.; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo V, Madrid, 1991, pág. 222; RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., págs. 55 y sigs. y 173-174; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, cit., pág. 58).

resultar protegido. Pero qué sucede si «C» es de buena fe y «B» conoce de la venta a favor de «C». ¿Pasa a ser de mala fe y no puede ya ser protegido? A mi juicio, no sucede tal cosa. Cuando «B» contrata con «A» no hay inexactitud registral alguna, ni tampoco después, esto es, cuando «B» conoce la venta a «C». De hecho, en ese momento «C», mero segundo comprador, no puede dirigirse contra «B» por ninguna causa. No tiene pretensión alguna frente a él, aunque sí frente a «A». Luego «B», aun conociendo de esa segunda venta, está perfectamente legitimado para exigir de «A» el otorgamiento de escritura pública e inscribir, con lo que resultará definitivamente protegido.

2. «A», titular registral, vende a «B» y le entrega el bien. Luego vende a «C». Lo mismo que en la situación anterior, el conocimiento que pueda adquirir «B» de la venta a «C» no le puede perjudicar, pues adquirió del *verus dominus* y no hubo respecto de él inexactitud registral alguna. Nada le impide exigir la elevación a escritura pública —o interponer una acción declarativa de dominio—, inscribir y resultar protegido por el Registro de la Propiedad.

¿Y «C»? ¿Qué sucede si «C» conoce de la transmisión operada en favor de «B» y obtiene escritura pública a su favor otorgada por «A»? ¿Puede acudir al Registro antes que «B» y resultar protegido? Según esto, «C» es de buena fe al contratar (si fuera de mala fe en ese momento, no resultaría protegido en ningún caso) pero de mala fe al otorgamiento del título público inscribible. Sabe que hay inexactitud registral en ese momento y que no escritura con el *verus dominus*. Entiendo, en consecuencia, que no podrá resultar protegido por el principio de fe pública registral. Si siendo consciente de la inexactitud registral opta por exigir a «A» que escriba a su favor, en lugar de por la resolución del contrato de compraventa, su mala fe le impide obtener la protección registral.

3. «A», titular registral, vende a «B» y le entrega el bien. Luego vende en escritura pública a «C». Si «C» es de mala fe al contratar, no quedará protegido. Si es de buena fe, ¿perjudica a «B» el conocimiento que obtenga de esta segunda disposición en favor de «C»? No me lo parece. Estamos como en *sub* 2. «B» adquirió del *verus dominus* y entonces no había inexactitud registral alguna. «B» podrá exigir a «A» la elevación de la compraventa a escritura pública e inscribir, quedando protegido por el Registro de la Propiedad. Aun en el supuesto de que consideráramos a «B» de mala fe en este caso, por conocer después de haber adquirido que también hubo título y modo a favor de «C», habría que considerar igualmente a «C» de mala fe desde que supiera que con anterioridad adquirió «B» del *verus dominus*. En consecuencia, aun partiendo de esa consideración, sería «B» de mejor condición que «C».

En este supuesto, si «C» llega a saber de la anterior transmisión del bien en favor de «B», después de otorgada la escritura a su favor, sería de

buena fe al contratar e incluso al otorgarse el título público inscrible, pero tendría noticia de la inexactitud registral antes de inscribir, y ello sería suficiente para preferir a «B», que no pudo ser de mala fe por cuanto obtuvo título y modo del *verus dominus* y sin que hubiera inexactitud registral alguna ni al contratar ni al adquirir. Sólo si la buena fe de «C» perdura hasta la inscripción, resultará protegido por el principio de fe pública registral.

4. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C», a quien entrega el bien. Enterado «B» de esa enajenación a favor de «C», que es de buena fe, obtiene aquél escritura pública de «A» e inscribe. ¿Resulta protegido? Claramente no. «B» es de buena fe al contratar pero no al escriturar, pues sabe que su *tradens* ya no es propietario. Sabe que en ese momento el Registro es inexacto y, consecuentemente, no puede resultar protegido.

¿Qué sucede si cuando «B» obtiene escritura a su favor ignora que «A» ha vendido y entregado a «C»? Aquí «B» y «C» son de buena fe tanto al contratar como al operarse la tradición —real o ficticia— a su favor (si «C» es de mala fe al contratar, no resultará protegido). Ahora bien, no puede perjudicar a «C» el conocimiento que obtenga antes de inscribir del otorgamiento de escritura en favor de «B», pues cuando adquirió no había inexactitud registral alguna: adquirió del *verus dominus*. Y no ocurre lo mismo con «B». Si antes de inscribir sabe de la transmisión operada en favor de «C», no puede resultar protegido.

5. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C». Más tarde «A» entrega el bien a «B» y luego escritura a favor de «C». En este caso, el conocimiento por parte de «B» de la compraventa a favor de «C» antes de recibir la cosa no le afecta. Estamos en la misma situación que *sub* 1. Y tampoco le afecta saber de la escritura en favor de «C» antes de inscribir, porque cuando contrata y cuando recibe la cosa es de buena fe y no hay inexactitud registral alguna. Pero si «C» sabe de la entrega del bien a «B», antes de escriturar o antes de inscribir, no puede quedar protegido porque llega a saber de la inexactitud registral.

6. «A», titular registral, vende a «B» y luego a «C», que es de buena fe al contratar, pero después llega a saber de la primera venta en favor de «B». Más tarde «A» otorga escritura pública en favor de «C», que inscribe. La cuestión aquí es la trascendencia que tiene ese conocimiento por «C» de la primera venta en favor de «B» cuando resulta que éste no tiene más que un derecho de crédito y no hay inexactitud registral alguna de la que «C» llegue a tener conocimiento. La cuestión es, en definitiva, si el adquirente *a domino* ha de ser de buena fe también en el momento de adquirir; si no basta con ser de buena fe al contratar. Dicho de otra manera, ¿cómo afecta el conocimiento por «C» del primer contrato en favor de «B»? Desde luego, si «C» sólo conoce de ese primer contrato, una vez operada la tradición

en su favor, entiendo que «C» adquiere de manera irreproachable. Pero no está tan claro que así sea si antes de la tradición conoce de la primera venta en favor de «B». Es verdad que no existe en ese momento inexactitud registral alguna, pero «C» tiene en ese momento, lo mismo que «B», un simple derecho de crédito frente a «A», y juega en su contra, como criterio de decisión, que es de mala fe y no lo es «B», por ser el primer comprador (16). Esa es la diferencia fundamental entre este supuesto y los que se describen *sub* 1 y 5, que «C» conoce de una causa que puede enervar el título de su transferente —acaso porque el propio «B» se lo hace saber— (17), lo que, a mi juicio, le hace de peor condición frente a éste. En lugar de exigir la tradición, es decir, el cumplimiento del contrato de compraventa, «C» debió resolverlo (18). Estamos ante un supuesto típico de doble venta, pues la primera compraventa no se ha consumado al celebrarse la segunda (19), y que la buena fe deba darse hasta el momento de

(16) No se toma en consideración el supuesto en que el primer comprador es cómplice del vendedor en el fraude al segundo comprador.

(17) De manera similar, la STS de 18 de noviembre de 1967 (RJ 5043), en relación con la alegación del demandado, relativa a que la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, y ésta no se había dado, pues la venta anterior había sido en documento privado, declara que el demandado tuvo conocimiento de tal venta y supo que no había sido resuelta, «por lo que no puede alegar que adquirió de quien tenía facultades para transmitirle».

(18) En contra, RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., págs. 80-81, quien considera que en este supuesto la buena fe sólo ha de darse al contratar.

(19) Pues en tal caso se entiende que al celebrarse la segunda compraventa, más que doble venta habría venta de cosa ajena: cfr. SSTs de 30 de junio de 1986 (RJ 4403), 11 de abril de 1992 (RJ 3096), 17 de noviembre de 1992 (RJ 9234), 8 de marzo de 1993 (RJ 2052), 3 de marzo de 1994 (RJ 1647), 25 de marzo de 1994 (RJ 2535) y 2 de julio de 1994 (RJ 6423), entre otras; MOLINA GARCÍA, A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, cit., págs. 14 y 75; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. II, *Contratos en particular*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pág. 179; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Pluralidad de ventas de una misma cosa*, cit., pág. 264; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo, tomo XIX, 2.ª ed., Madrid, 1993, págs. 930 y 931; PETIT SEGURA, M. A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, cit., págs. 13 y 89 y sigs.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1989, pág. 313; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., «Comentario al artículo 1.473 del Código Civil», cit., págs. 219; PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 606 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dir. por C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch, tomo I, Madrid, 1993, pág. 1535; CARRIÓN OLMOS, S., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Buena fe *ex* artículo 1.473-2 del Código Civil. Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», en *CCJC*, núm. 29, 1992, pág. 502; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I)», en *Derecho de obligaciones y contratos*, coord. por M.ª R. Valpuesta Fernández, 3.ª ed., Valencia, 1998, pág. 602; NAVARRO CASTRO, M., *La tradición instrumental*, Barcelona, 1996, págs. 236 y sigs. En contra, GORDILLO CAÑAS, A., «Protección registral

la tradición es el criterio que deriva de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473, en que se habla de quien «haya tomado posesión de ella —la cosa mueble— con buena fe» y de «quien de buena fe sea primero en la posesión».

Del estudio de todos estos supuestos de doble venta o doble disposición podemos obtener algunos criterios de solución del conflicto. Serían los siguientes:

1. Quien ha adquirido *a domino* no puede verse perjudicado por el conocimiento posterior que llegue a obtener de los negocios de su *tradens* con un tercero. En la medida en que no tuvo conocimiento de inexactitud registral alguna, pues adquirió del titular registral en el momento en que era el *verus dominus*, no puede verse afectado por ese conocimiento posterior a la adquisición, aunque sí por el previo.

2. Por el contrario, quien sabe de la adquisición anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de haber título público inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su *tradens* no era dueño cuando hubo título público, resulta de mala fe (sabe de la inexactitud registral), y en el conflicto entre el adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción.

En definitiva, la buena fe ha de darse hasta la tradición (real o ficticia) para quien adquiere *a domino*; y hasta la inscripción para quien sólo puede llegar a adquirir *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido *a domino* no resulta necesario ampararse en el principio de fe pública registral, resulta que en los supuestos de doble venta o doble disposición en que sea necesaria la aplicación del artículo 34 LH la buena fe ha de darse hasta la inscripción.

del tercero de buena fe: sus requisitos según el artículo 34 LH; validez del acto adquisitivo; relación entre los artículos 33 y 34 LH. Doble venta y venta de cosa ajena. Nulidad de actuaciones procesales estimada en posterior proceso declarativo de menor cuantía. Error material del juzgador y casación. Comentario a la STS de 8 de marzo de 1993», en CCJC, núm. 31, pág. 274; RUBIO GARRIDO, T., *La doble venta y la doble disposición*, cit., pág. 51. Por su parte, CANO TELLO, C. A., «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en RGD, 1965, págs. 274 y sigs.; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición *a non domino*. Responsabilidad por evicción (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)», en ADC, 1989, págs. 1355 y sigs.; y RODRÍGUEZ MORATA, F., «Doble venta. Fe pública registral. *Litis consorcio* pasivo necesario. Saneamiento por evicción. Llamada en garantía (Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988)», en CCJC, núm. 16, 1988, pág. 173, entienden aplicable el artículo 1.473-2 en el supuesto de inscripción por el segundo comprador, habiéndose consumado la primera compraventa.

b) Los casos en que resulte anulado o resuelto el derecho del transmitente son de más sencilla formulación: «A», titular registral, vende a «B», que inscribe, y éste a «C», y luego resulta que la compraventa entre «A» y «B» es nula, o se resuelve o rescinde por cualquier causa que no consta en el Registro. En este caso es claro que «C» se verá privado de la protección que dispensa la fe pública registral si llega a conocer de la inexactitud registral antes de contratar, ¿pero también antes de escriturar o de inscribir?

A mi juicio, la aplicación a este supuesto de las consideraciones vertidas en relación con los casos de doble venta o doble disposición llevan a concluir que «C» tampoco resultará protegido si llega a saber de la causa de nulidad, resolución o rescisión antes de inscribir. Dicho de otra manera, «C» sólo resultará protegido si es de buena fe en el momento de la inscripción. Y ello puede apreciarse si perfilamos el supuesto de hecho expuesto. Así, en el caso de que «A», verdadero propietario por ser nula su compraventa, demande a «B» y «C» antes de que éste inscriba, e incluso anote su demanda en el Registro de la Propiedad, la consideración de que la buena fe ha de darse sólo en el momento de la celebración del contrato, o en el del otorgamiento del título público inscribible, o en el de la tradición, llevaría a admitir que «C» podría inscribir después de interpuesta y anotada la demanda, dejando sin efecto la acción ejercitada, para lo que sería preciso admitir un efecto retroactivo de la inscripción (20), lo que ha sido rechazado por la jurisprudencia (21).

3. CONCLUSION

Sobre la base de las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que en los supuestos de adquisición *a domino* basta con que la buena fe exista en el momento mismo en que se produce la adquisición, esto es, cuando concurren título y modo, mientras que en los de adquisición *a non domino*, como es el caso de la que se opera conforme al artículo 34 LH, la buena fe ha de perdurar hasta la inscripción, que es el momento adquisitivo, lo que hace innecesario distinguir entre supuestos de inscripción declarativa y de inscripción constitutiva a estos efectos.

El tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el

(20) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, cit., pág. 466.

(21) Cfr. Sentencias de 21 de febrero de 1966 (RJ 1532), 12 de noviembre de 1970 (RJ 5104) y 23 de enero de 1974 (RJ 257).

momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior. Y, finalmente, tampoco resultará protegido si, tal y como he intentado demostrar, conoce antes de inscribir que el Registro es inexacto.

MARIO E. CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Sobre la indignidad para suceder y legitimación activa para invocarla

Hipótesis: Imputada al causante la comisión de un delito de fraude respecto de uno de los llamados a sucederle, imputación que éste hace en demanda interpuesta en procedimiento civil, habiendo fallecido el causante en trámites de la causa, ¿es referible a aquél la indignidad para suceder al demandado, fallecido sin testar?

El artículo 685.3.º del Código Civil dispone que son incapaces de suceder por causa de indignidad: «3.º El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa». Tal causa es, asimismo, motivo de desheredación, según dispone en general el artículo 777 del Código Civil («Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 685 con los números ...3...»). Causa que el artículo 778 reitera en general para desheredar a los descendientes, y el 779 para desheredar a los ascendientes.

Dichas causas son aplicables asimismo a la sucesión intestada, según prescripción del artículo 877 del Código Civil: «Lo dispuesto sobre la incapacidad para suceder por testamento, es aplicable igualmente a la sucesión intestada».

Una diferencia de trato entre las situaciones de indignidad y de desheredación deriva de que en ésta el testador —suponiendo, pues, una sucesión testamentaria— puede provocar su ineficacia mediante reconciliación, o mediante la remisión por parte del causante efectuada en documento público o testamento (arts. 781 y 686, respectivamente, del Código Civil).

Dos requisitos, pues, determinan la norma para configurar la causa de indignidad para suceder en tema de imputación de delito que implica pena aflictiva: *a)* acusación por el llamado a suceder; *b)* que la misma sea declarada calumniosa.

a) La acusación. En el procedimiento criminal español, así en el Código Penal de 1870 y su legislación rituarial, como en la legislación española vigente, se separan como actuaciones distintas las de denuncia y acusación. La

denuncia es la notificación a la autoridad de la presunta comisión de un delito perseguible de oficio, a que todo ciudadano viene obligado. La *acusación* es la participación privada en la instrucción del sumario y subsecuentes diligencias, a lo cual nadie viene obligado sino que lo asume voluntariamente.

Obviamente, sería un contrasentido imponer a una persona la obligación de notificar la presunta comisión de un delito y, por cumplimiento de dicha obligación legal, imponerle, luego, una sanción. Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las donaciones cuando los autores fijan como uno de sus efectos la *gratitud* del donatario; cuando la previsión del Código Civil es sancionar la ingratitud: esto es, interponer una acusación, sosteniéndola, contra el donante, a lo que nadie viene obligado; sentido que debe darse al artículo 590.2.º del Código Civil.

En otras palabras, así en donaciones como en testamentos y, en general, en la sucesión —en todo caso, tipología de negocios y fenómenos gratuitos— parece ser el reclamo del legislador sancionar una actitud indebida por parte de un beneficiado y hacia el benefactor, salvo que se actúe en cumplimiento de un mandato legal. Consiguientemente, tiene sentido que el donatario o el sucesor puedan y deban denunciar un presunto delito realizado por donante o causante, pero sancionando la conducta dirigida a algo más que el cumplimiento de ese deber: sustentar la acusación privada.

En Puerto Rico, luego de la derogación del Código de Enjuiciamiento Criminal, la acusación privada es inexistente, subsistiendo solamente la querrela como equivalente a la denuncia española.

Consiguientemente, querellarse es, en Puerto Rico, el cumplimiento de una obligación legal que no deriva sanción alguna.

Desaparecida la distinción entre denuncia y acusación, ¿queda sin sanción la actuación de la persona que, directamente, provoca aquella imputación delictiva, que, asimismo, sustenta ante los Tribunales?

Este es el dilema que ofrece la legislación civil, rota su armonía con la penal.

A favor de estimar que tales causas de sanción (revocación de la donación por ingratitud, indignidad para suceder por testamento o sin él) estarían periclitadas, sería el principio de estricta legalidad, en el sentido de que, siendo normas sancionatorias, deben interpretarse restrictivamente. Y, dado que las normas penales, rituarias, impiden la hipótesis, entenderla derogada tácitamente.

A favor de considerar que las sanciones subsisten está la propia letra de los textos legales:

1. El artículo 590 del Código Civil, al emplear un término amplísimo («imputare») parece prescindir de la normativa rituaria; si bien la expresión final del precepto, «aunque lo pruebe», claramente está aludiendo a la intervención activa del imputante en el proceso penal.

2. Por lo que aquí interesa en tema de sucesiones, la sanción legislativa tiene mayor alcance, pues no se castiga el hecho en sí de la imputación, sino el resultado: ser ésta calumniosa.

Y comoquiera que la norma del Código Civil tiene carácter sustantivo, parece que es menester adecuar la normativa rituarial o procedimental, cuando no procesal, a aquélla, si bien observando la debida prudencia: nunca el resultado debe derivar a una mayor sanción que la prevista en la disposición sustantiva; nunca debe eludirse el cumplimiento de la norma bajo excusa de ser sancionatoria u odiosa (art. 21 del Código Civil).

b) *El resultado.* Tajantemente reclama el precepto citado, artículo 685.3.º, que la acusación sea declarada calumniosa. Esto es, que, en sí misma, la acusación implica un delito (el viejo delito de calumnia de la legislación española; la actual calumnia de la sec. 3.ª, Ley de 19 de febrero de 1902, 32 LPRA, sec. 3143), tipificada como delito de difamación (art. 118 del Código Penal, enmendado por Ley núm. 101, de 4 de junio de 1980). Consiguientemente es menester la correspondiente sentencia judicial al respecto.

Llevados los presupuestos normativos a la hipótesis de hecho contemplada, es de determinarse sus posibles relaciones y los problemas que de ello derivan.

1. ACUSACION Y DEMANDA EN PLEITO CIVIL COMO TERMINOS EQUIPARADOS

No existiendo en Puerto Rico la vieja acusación española, ¿es dable equiparar a la misma una demanda en pleito civil?

De entrada, cabe decir que es más grave la imputación delictiva, vía demanda civil, que mediante acusación.

En efecto, toda persona a quien se imputa un delito perseguible de oficio tiene a su favor un conjunto de derechos constitucionales que garantizan la adecuada defensa. Por el contrario, el procedimiento civil, como es de todos sabido, corre por caminos muy diferentes, lo que implica —puede implicar— un enorme riesgo, sensiblemente mayor para el imputado, al verse *acusado* sin los derechos a defenderse que le consagra así la Constitución como la legislación criminal. Cabría decir que la imputación en demanda civil es una *velada acusación*, que, con ventaja para el imputante, elude el rigor del debido procedimiento, evitándole indirectamente las resultas perniciosas de una acusación en vía penal. No obstante, estar *deshonrando* o *desacreditando*, *imputando la comisión de un hecho delictivo* o la *honradez, integridad, virtud o buena fama* del «acusado», son actos todos que tipifican el delito previsto en el artículo 118 del Código Penal citado.

Realmente entre la demanda civil y la acusación, la única diferencia sustantiva deriva de la vía procesal elegida: en la demanda, quien promueve es el que imputa, al igual que en la antigua acusación; pero, además, imputa con ventaja, al prescindirse de las garantías propias del enjuiciamiento criminal en beneficio de aquél a quien hay que presumir inocente ínterin no se pruebe lo contrario. Incluso, parece pretenderse una inversión en la carga de la prueba, pues, si bien es cierto que el demandante debe probar su pretensión (art. 1.168 del Código Civil), no es menos cierto que el demandado debe ser correspondiente.

Por ello, hay que estimar en sus justos límites la expresión doctrinal puertorriqueña, que se elabora al hilo de las posturas españolas. Así, cuando GONZÁLEZ TEJERA (*Derecho sucesorio puertorriqueño*, I, San Juan, 1983, pág. 128), escribe que, «en mi opinión, es menester que cumpliendo con las reglas de procedimiento criminal, se haya radicado denuncia o acusación y que, posteriormente, la misma sea declarada calumniosa por el Tribunal para que se complete la causal de indignidad. Por ello, una mera imputación, aunque sea bajo juramento, mientras se testifica, no sería suficiente para descalificar al declarante, por más que la misma sea infundada», no solamente está identificando dos situaciones que en Derecho español son distintas —denuncia, acusación—, de las cuales la primera es enteramente irrelevante, sino que, además, se apunta a un criterio propio del Derecho español, que haría la norma ineficaz en el ámbito puertorriqueño en cuanto éste no viabiliza formalmente la situación de *acusación*, que es, precisamente, lo que quiere sancionar el legislador civil.

Más adecuado parece ser VÉLEZ TORRES (*Curso de Derecho Civil*, IV, 3, *Derecho de sucesiones*, Rev. Jur., U.I.A., San Juan, 1992, pág. 35), al buscar un paralelismo correspondiente entre la situación actual y el sentido original de la norma, cuando escribe que tal causa de indignidad «debe entenderse en forma amplia. Es decir, no es solamente que el sucesor se encargue de acusar directamente al testador en un proceso criminal» —hipótesis hoy inexistente en Puerto Rico—, «actuando como testigo o representante del Estado, sino que debe entenderse también que es una “acusación falsa”, la imputación hecha formalmente en una denuncia o querella que se interponga ante la autoridad pertinente. Pero no debe considerarse “acusar” la dación de un falso testimonio, toda vez que éste no tiene el mismo efecto que la denuncia o querella declarada infundada por un tribunal. Además, constituyendo la causal una excepción a la capacidad de suceder, debe el precepto interpretarse en forma restrictiva y no irse más allá de lo que dispone expresamente».

Obsérvese que entre lo dicho por GONZÁLEZ TEJERA y lo afirmado por VÉLEZ TORRES hay un importante matiz diferenciador. Para GONZÁLEZ TEJERA habría que cumplir con un imposible, la denuncia o acusación, hoy inexistentes, declaradas luego calumniosas. VÉLEZ TORRES, al contrario, prescinde de

tal reclamo, que sustituye por «acusación falsa», en expresión que él mismo subraya y que debe entenderse por imputación «ante la autoridad pertinente». Es luego que ambos coinciden al estimar que un mero testimonio no es, ciertamente, la conducta que el legislador pretendió sancionar con la calificación de indigno.

Indudablemente, una demanda en pleito civil nunca puede ser una denuncia o acusación. No es denuncia porque la misma nunca sería causa de indignidad —sino cumplimiento de obligación legal—; no es acusación porque la misma no existe en Derecho puertorriqueño. Pero imputar en una demanda civil sí es una «acusación falsa ante autoridad competente»; por cuanto al Juez entonces debe corresponderle dar tanto de cuenta al Ministerio Fiscal para determinarse el aspecto criminal del asunto, ínterin que el demandante sigue sustentando la imputación en vía civil (es decir, *acusa* en la medida que lo permite el Ordenamiento).

Consiguientemente, realizada la imputación, el procedimiento civil y su sentencia —cuando no la vía penal paralela y previa, si el Juez da tanto de cuenta al Ministerio Fiscal— determinarán en su día si dicha imputación es o no calumniosa.

De serlo, habría que concluir que, siendo el imputante legitimario del causante imputado, incidiría automáticamente en causa de indignidad.

2. LA INCIDENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL IMPUTADO-DEMANDADO Y CAUSANTE DE LA SUCESSION

Obviamente, al fallecer el imputado-demandado y causante de la sucesión, él no está en condiciones de defenderse. Lo que no significa, naturalmente, que se ponga fin al procedimiento civil, así como a las consecuencias inherentes a la imputación que se le hace por un legitimario.

Este, en cuanto demandante, está, por supuesto, legitimado para continuar la acción contra los demás legitimarios que pueda haber, constituyentes todos de una comunidad hereditaria.

Ciertamente, el legitimario que actúa contra la herencia no provoca confusión alguna de títulos, en la hipótesis de ser acreedor o deudor de la masa hereditaria, sino en la parte que le es proporcional, conforme determinan los artículos 1.146, párrafo segundo, y 1.148 del Código Civil, como es criterio unánime entre los autores (cfr. VÉLEZ TORRES, *Curso*, cit., IV-1, pág. 17; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, Reus, III, 9.^a ed., pág. 311; sentencia del Tribunal Supremo de España de 12 de noviembre de 1902).

Consiguientemente puede mantener el legitimario la acción correspondiente, quedando subrogados en la posición del causante los restantes partí-

cipes en la comunidad hereditaria, con la única diferencia de que, mientras los actos de éstos —al realizarse en beneficio de la masa— se sufragan del patrimonio común, los actos del demandante —al realizarse en propio beneficio— se satisfacen con el propio patrimonio de éste.

Pero lo que aquí importa, y ahora, es ver el efecto de la imputación realizada por el demandante legitimario respecto de su causante y con referencia a los demás coherederos en tema de indignidad.

Comoquiera que —ya se ha dicho— la imputación que hizo el demandante y que pudiera configurar una causa de indignidad para suceder, se efectuó por el demandante en pleito civil, sin haberse ordenado por el juez de instancia la canalización en vía penal de tales imputaciones para su constatación o rechazo, será menester, en todo caso, esperar a que recaiga la oportuna sentencia acreditando la cualidad de calumniosa de la imputación, momento a partir del cual será posible determinar «la capacidad del heredero» (art. 687, párrafos primero y tercero del Código Civil). Esto es, si ha devenido o no indigno.

Naturalmente, cualquier interesado en la herencia está legitimado para plantear judicialmente el tema de indignidad —obviamente, el causante está materialmente impedido de hacerlo—, siempre que no haya transcurrido el término de cinco años a contar del fallecimiento del causante.

En este punto hay que plantear una relevante cuestión: el potencialmente indigno, ¿es heredero y la causa de indignidad le prohíbe retener?; ¿no es heredero y no puede heredar, constante la indignidad? Una u otra solución determinan el cómputo del plazo de la acción.

En la doctrina puertorriqueña, GONZÁLEZ TEJERA (*op. cit.*, I, págs. 131-132), da la impresión de inclinarse por la tesis de que el indigno hereda y no retiene, al escribir que «establecida la indignidad, los hijos y descendientes del excluido obtienen del causante el derecho que a la legítima tenía el indigno» (*sic* para la sintaxis), criterio que es, asimismo, compartido por la doctrina mayoritaria española y perfectamente aclarado por LACRUZ & SANCHO (*Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 111-113). VÉLEZ TORRES (*op. cit.*), nada dice sobre ello.

Aquí, en ausencia de jurisprudencia al respecto, es conveniente partir de la premisa de que el legitimario es heredero y sin derecho a retener si se declara la indignidad. No obstante, existir razones poderosas para estimar que, ínterin no recaiga sentencia judicial al respecto, no cabe computar el plazo de cinco años, por ser aquella declaración judicial presupuesto fundamental (*condictio iuris*) para afirmar la aptitud de ser o no heredero.

Tal criterio de prudencia es pertinente si se estima que, inicialmente, fallecido el causante, entra en vigor el artículo 369 del Código Civil, que determina la posesión civilísima de los herederos en los bienes del causante. Y si resulta ser aceptada la idea que el indigno hereda pero no retiene, en

cuanto heredero adquiere dicha posesión, momento determinante para computar el plazo vivo de ejercicio de la acción.

En segundo lugar conviene precisar el carácter de la acción. ¿Se trata de una sujeta a prescripción o a caducidad?

Ciertamente, bajo el enfoque dado por MANRESA o SCAEVOLA a la noción de indignidad y su relación con la capacidad, se trataría de un claro caso de caducidad, de manera tal que la acción se ejercitaría o no en el lapso de tiempo fijado, pues la función del término es generar estabilidad a la herencia, alejándola de cualesquiera avatares. A la caducidad se inclina PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, V-1, pág. 144) —corrigiéndose a sí mismo por el empleo del término prescripción extintiva—; ESPÍN CÁNOVAS (*Manual*, V, pág. 61) dice que la acción «prescribe», al igual que hacen LACRUZ & SANCHO (*op. cit.*, I, pág. 113); y Díez-PICAZO & GULLÓN parecen suponer la prescripción misma, al contabilizar el plazo de cinco años, no desde que el incapaz esté en posesión de los bienes, sino desde que se constata la causa de indignidad, eludiendo, pues, la aplicación del artículo 369 del Código Civil y la noción de posesión civilísima. VÉLEZ TORRES silencia el punto, y GONZÁLEZ TEJERA parece presuponer la prescripción (dice: «Establecida la indignidad...», *op. cit.*, I, pág. 132). Prescripción que también defiende MARTÍNEZ CALCERRADA, en la actualización de la obra de MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, Reus, 1973, 8.^a ed., tomo VI, vol. 1, pág. 140, corrigiendo al autor de la misma, el propio MANRESA. Igualmente, VÁZQUEZ BOTE (*Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho Privado puertorriqueño*, tomo XII, pág. 123 del manuscrito original, en prensa) se inclina por la prescripción, debido a: 1.^o) la identidad entre los autores que remiten a la anulabilidad general; 2.^o) la necesidad de sentencia judicial que constate previamente el hecho determinante de la causa de indignidad en vía penal (art. 685, 2, 3, 4, 5), cuyo procedimiento puede consumir en otro caso el término para «declarar la incapacidad» a que se refiere el artículo 691 del Código Civil.

Consiguientemente, si en algún momento se lleva a cabo una revisión del Código Civil —necesitado en tema de sucesiones de una profunda actualización, armónicamente realizada con el resto del articulado—, sería fundamental que el legislador, pensando estas cuestiones, nos ofreciese una solución.

Por el momento, pues, solamente queda el planteamiento que aquí se expone.

E. VÁZQUEZ BOTE
 Doctor en Derecho

Instrumenta, notarius y publicidad; su relación con la hipoteca en el Derecho post-clásico y justiniano

SUMARIO: 1. *INSTRUMENTA* Y *NOTARIUS*: 1.1. SUS CLASES Y VALOR PROBATORIO.—
2. LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO Y SUS EFECTOS COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA.—3. LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO Y SUS EFECTOS: 3.1. LA ASIMILACIÓN DE SUS EFECTOS A LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO.—4. LA CUESTION DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD.

Antes de entrar a analizar la formalización documental de la hipoteca en el Derecho post-clásico y justiniano, se impone el estudio del origen de las distintas clases de *instrumenta*, así como el tratamiento de la desigual eficacia de su fuerza probatoria, lo que nos obligaría a distinguir no sólo entre las diversas clases de documentos, sino además, diferenciar entre los distintos encargados de su redacción.

1. *INSTRUMENTA* Y *NOTARIUS*

Con el nombre de *instrumenta publice confecta* se hacía referencia a los documentos confeccionados en el *forum*, esto es, públicamente, y no a la intervención de autoridad pública o concesión de pública autoridad por el ordenamiento jurídico (1). Pero es a fines de la república (2) cuan-

(1) FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 1986, pág. 84, núm. 321.

(2) El término notario aparece mencionado por primera vez por Séneca, en *Apocolocyntosis* 9.2. Estos *notarius* en realidad cumplían una mera función de taquígrafos, sirviéndose para ello de ciertas notas, abreviaturas o signos convencionales para escribir con mayor rapidez, según MARTÍNEZ SARRIÓN, «El notario en la Baja romanidad», en *AAMN*, XXII, I, pág. 28 y sigs.

do adquiere importancia la escritura, apareciendo a partir de ese momento las categorías de *notarii* (3), *librarii*, *actuarii*, *amanuenses*, *exceptores*, etc... (4).

Dentro de estos *notarius* o redactores considerados pues como meros taquígrafos, y que por tanto no son equivalentes exactamente a lo que entendemos hoy por notario, sí que parece evidente que terminológicamente los fedatarios actuales derivan del nombre de aquellos.

Una función más similar a la de los notarios actuales la cumplían en Roma los *tabeliones* (5), debido a su intervención en el contenido documental como profesional con conocimientos jurídicos (6). Un supuesto de este tipo lo encontramos en la Nov. 44 (7) (*De los notarios y de los que dejen protocolos en los instrumentos*) donde el *tabellius* o *notarius* aparece como asesor con una función similar a la que hoy mantiene. Parte el supuesto de un documento que había sido redactado por un notario y su escribiente (*tabellione et tabulario*), conteniendo firma de la mujer —a pesar que, según ella, no sabía escribir— y de los testigos. Ante las dificultades para indagar la verdadera voluntad de la mujer, ya que ésta no reconoce lo dicho en el contenido como propio, Justiniano impone a los notarios (*tabellionum*) que formalicen el documento por sí, y que

(3) No obstante, algunos autores consideran que es durante el Imperio Bizantino cuando comienza a utilizarse en la práctica el término de *notarius* por más que, como apuntamos en la nota anterior, dicho término es mucho más antiguo. Véase, en tal sentido, el magnífico trabajo de FONT BOIX, SIMO SANTONJA, MARTÍNEZ RADIO y MADRIDEJOS SARASOLA, *Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Valencia, 1982, págs. 239 y sigs.

(4) FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano...*, op. cit., pág. 85, núm. 328.

(5) FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, op. cit., pág. 86, núm. 331.

(6) De ahí que se ha llegado a decir que «la forma notarial latina es una forma asesorada donde el *tabellius* o *notarius* aparece como un profesional con conocimientos jurídicos, habiendo perdido totalmente el carácter de profesional jurídico —en cambio— por el *notary public* norteamericano. FONT BOIX, SIMO SANTONJA, MARTÍNEZ RADIO y MADRIDEJOS SARASOLA, *La forma escrita en las legislaciones latinas...*, op. cit., pág. 35, núm. 29.

(7) Nov. 44 (Const. Imp. IUSTINIANUS, *De tabellionibus et ut protocolla dimittant in chartis*. Ann. 537). El texto, en su versión latina, comienza así:

litem paulo ante audivimus praesenti legi praebentem occasionem. Ex persona quidem mulieris cuiusdam ferebatur documentum —litteras quidem eius non habens (erat enim harum ignara) completum autem a tabellione et tabulario— subscriptio-nem habens eius et testium ostendens praesentiam. Deinde dum quaedam dubitatio super eo fieret muliere dicente nonesse a se delegata quae charta loquebatur qui litem audiebat quaerebat a tabellione cognoscere negotii veritatem denique tabellio-nem deduxit...

estén presentes hasta que se acabe y se ponga la conclusión (*completio chartae*) (8).

Llegado este punto, resulta interesante destacar las diferencias entre los *tabelliones* y los *tabularii*, debido a que en el Derecho Justiniano las funciones de los *tabularii* y de los *tabelliones* se confunden de tal manera que así, por ejemplo, el *tabellio* de Constantinopla recibe el nombre de *tabularius* (9). Sin embargo se pueden apreciar ciertas diferencias entre ambos.

En primer lugar, en relación a los *tabelliones*, fue en la época imperial hacia el siglo III, cuando se desarrolla un tipo de escriba profesional denominado *tabellius*, dedicado a la formalización documental de los negocios jurídicos de particulares, y si bien aunque con un desarrollo separado, también existieron *tabelliones* tanto en Oriente como en Occidente. Estos *tabelliones* eran profesionales libres que redactaban documentos (10) en los que se reflejaban distintas actuaciones de *iurisdictio voluntaria* (11). Reconocidos, como acabamos de ver, en la Nov. 44 como *scriptores* profesionales que tenían su actuación en lugares fijos (*stationes*) para el ejercicio de su cometido, tal como era la redacción de documentos, contratos y testamentos, así como instancias o declaraciones testificales destinados a los tribunales (12). Los *Tabelliones* podían realizar su actividad mediante dependientes (*scriptores* o *tabularius*) con despacho permanente (*statio*) por el que pagaban ganancias (*lucra*), pero no renta, lo que hace suponer que los despachos de los *tabelliones* eran objeto de tráfico privado, no teniendo la consideración de funcionarios públicos y en conclusión no gozaban del *ius actorum conficiendorum* (13), ni podían impartir la fe pública (*publica fides*). Su labor era de

(8) Son más las novedades de la Nov. 44, pues en su Cap. II establece una serie de recomendaciones a los *tabelliones*, como que no escriban los documentos en hoja en blanco (*non in alia charta pura scribant documenta...*) sino en el que tengan desde el principio (*protocollum*), que consignen fecha, así como la obligación de mantener unido el protocolo.

(9) BONO, *Historia del Derecho Notarial Español*, I, Madrid, 1979, pág. 56.

(10) Según GARCÍA GARRIDO, para que los documentos redactados por los *tabelliones* constituyan una prueba plena han de ser confirmados por éstos bajo juramento. GARCÍA GARRIDO, *Derecho Romano Privado. Casos, acciones, instituciones*, Madrid, 1997, pág. 322, núm. 2.

(11) FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdictión voluntaria en Derecho Romano*, op. cit., pág. 84, núm. 323. Véase, D'ORS, A., «Documentos y notarios en el Derecho Romano post-clásico», en *Centenario de la Ley del Notariado*, I, pág. 89.

(12) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 46.

(13) El *ius actorum conficiendorum* era la facultad de formalizar y autorizar expedientes en las actuaciones y procedimientos que tenían lugar ante ciertas autoridades. Correspondía a los gobernadores de las provincias (*rectores provinciae*), magistrados municipales (*principales curiae*), al *defensor civitatis*, a magistrados superiores, como el *magister census*, y a los obispos. Las copias expedidas gozaban de la *publica fides*, teniendo valor probatorio ante cualquier organismo del Estado o tribunales. BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 53.

rango jurídico menor, participando del *scribere* (14) de los juristas prácticos post-clásicos y asumiendo el carácter de asesores en Derecho. El ejercicio de su oficio debía de ser personal y efectivo, ya que en caso de enfermedad o por otra causa u ocupación, las partes podían formalizar por sí el asunto (*per se causam complere*). Eran responsables por su intervención en los negocios prohibidos o contrarios a la ley (15) y en los testamentos en los que no se cumpliera con las prescripciones legales (16).

Aunque centraban su actividad en materia judicial, no obstante, su actuación no estuvo exenta de limitaciones por cuanto que en ocasiones, los *praesides* de las provincias solían prohibir no sólo a los juristas, prácticos y abogados, sino también a los *tabelliones* y escribientes (*pragmatici*) la asistencia a los tribunales (*foro interdicere*), bien la formalización de documentos (*instrumentum formare*), bien la redacción de instancias (*libello concipere*), o bien la consignación escrita de declaraciones testificales (*testationes consignare*) (17). Las propias fuentes como D.48.19.9.4 y 5 nos ponen ejemplos de dichas limitaciones en el ejercicio de su actividad (18).

En cuanto a los *tabularii*, aunque erróneamente se ha identificado a los *tabelliones* con los *tabularii* (incluso ya desde los glosadores), los *tabularii* eran unos funcionarios subalternos de la curia municipal, encargados de labores de contabilidad y recaudación de impuestos, así como de la llevanza de archivos municipales, dada la finalidad de su empleo burocrático. Su cargo era considerado como *officia publica* de las ciudades. Aunque carecían también del *ius actorum conficiendorum*, el documento del *tabularius* no se consideraba que estaba dotado de la *fides publica*, debido a ser conceptualizado como una documentación de rango inferior y subsidiario (19).

(14) El documento del *tabellio* no tenía *fides publica*, cosa que estaba reservada a los actos escriturados *in actis* de quienes estaban dotados del *ius actorum conficiendorum*, aunque no obstante, tuvo una gran significación, sirviendo de prueba plena en los tribunales en aquellos procesos en los que se adujera el documento. BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 51.

(15) C.12.14.6; C.4.32.2; C.11.54.1 pr.

(16) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 47, núm. 7.

(17) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 46, núm. 4.

(18) D.48.19.9.4 (*De officio proconsulis*): Donde cita la prohibición, no tanto del ejercicio de la abogacía, sino del *foro*, considerando que si lo que se pretende es impedir totalmente la intervención en los negocios jurídicos forenses, lo que se prohíbe en realidad es el ejercicio del foro, citando entre las profesiones a las que se les suele prohibir esto mismo, los estudiosos del Derecho, los *tabelliones*, o los pragmáticos.

En D.48.19.9.5 (*De officio proconsulis*): A estas mismas profesiones también se les suele prohibir que no formalicen ningún tipo de instrumentos ni confección de *libello*, ni declaraciones testificales.

(19) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 56.

1.1. CLASES DE *INSTRUMENTA* Y VALOR PROBATORIO

En cuanto a las clases de documentos, se puede decir que es a partir de la Constitución de Antonino (año 212), cuando penetró en la práctica romana la concepción helenística de poner por escrito los actos y contratos, creándose nuevas formas documentales, como *scriptura privata*, *scriptura quasi publice confecta*, *scriptura publice confecta*, o *scriptura publica*, así se puede distinguir:

- Escrituras suscritas sólo por las partes o con intervención de testigos hechas privadamente (*idiochira graece appellatur o scriptura privata*).
- Escrituras que contenían la suscripción de tres o más testigos rogados e idóneos (*scripturae quasi publica confectae*).
- Las extendidas por escribas profesionales (*tabelliones* en Occidente, *notarii o tabularii* en Oriente), denominadas *instrumenta publice confecta*.
- Documentos que eran registrados en actas o registros oficiales del *praesides provinciae*, o de la curia municipal (*instrumenta publica*).

En realidad, sólo la *scriptura publice confecta*, *scriptura publica* o documento del *tabellio* es la que se puede considerar el antecedente remoto del *instrumentum publicum* (20). En cuanto a la cuestión del valor probatorio de tales documentos en relación al tema central de nuestro estudio, esto es, la formalización de la hipoteca, lo vamos a analizar a continuación, distinguiendo según que el modo de constitución sea público o privado.

2. LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PUBLICO Y SUS EFECTOS COMO HIPOTECA PRIVILEGIADA

El *instrumentum publicum* o documento redactado por *tabellio*, es pues un documento profesional de carácter técnico, apto no sólo para reflejar por escrito los actos judiciales sino también los acuerdos o actos extrajudiciales, siendo el vehículo idóneo para constituir un acto de la trascendencia de la hipoteca.

Ya una constitución imperial de Constantino del año 316 (21), establecía que la escritura a protocolizar no tenía que haberse realizado *oculto... aut per imperitos aut privatim*, lo que presupone que el documento tabelional ha de ser obra de un técnico a diferencia de la *scriptura privata*, la cual es equivalente a *secrete confecta* (22).

(20) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 48.

(21) *Fr. Vat.* 249.

(22) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 48, núm. 12.

El documento redactado por *tabellio* requería de su puesta en limpio (*in mundum*), aparte de la suscripción de tres testigos (23), la autorización del *tabellio* (o *completio*) y la entrega de conformidad de las partes (*absolutio*). En ello se diferencia de la simple minuta o proyecto de contrato (*scheda conscripta*) o del simple *mundum*, o documento en limpio que podía ser obra de un auxiliar del *tabellio*.

Por tanto, el documento debía de ser declarado *completum et absolutum* como fórmula de perfección (declaración de *complevit et absolvi*) (24). Y obliga a partir de ese momento al cumplimiento del contrato. En Occidente, la entrega del documento al destinatario la efectuaba el propio *tabellio* después de mediar entre las partes la *traditio chartae* (25).

El documento del *tabellio* no tenía *fides publica*, cosa que estaba reservada a los actos escriturados *in actis* de quienes estaban dotados del *ius actorum conficiendorum*, aunque tuvo gran significación sirviendo de prueba plena en los tribunales en aquellos procesos en los que se adujera el documento (26).

Con ello, los documentos notariales redactados por *tabellio* presentaban unas garantías de cierta autenticidad, aunque con algunos rasgos de intimidad y de secreto. Características estas que hoy supondrían una rémora para la prueba y, sin embargo, en su momento tan del gusto de la nobleza bizantina de la época, tan proclive a rechazar la vía documental, a igual que todo aquello que supusiera sacar a la luz sus negocios y cuitas económicas (27).

Precisamente, esta animadversión hacia la transparencia documental dio pie a que en De. 7.2 se conceda un especial privilegio a los banqueros en orden al reconocimiento de su propia contabilidad documental sin que tuvieran por ello que recurrir a la publicidad documental (28).

Ed. 7.2:

alterum ad nos ab eodem argentariorum corpore relatum est caput, ut ne teneantur ipsi, prolatis a se contractuum confessionibus, aut

(23) Según la Nov. 73.5.

(24) *Completum* significa que el documento está terminado y listo para ser firmado, correspondiendo a las estipulaciones manifestadas por las partes. El *absolvere* es la entrega liberatoria del documento al destinatario, ya suscrito por los testigos, con lo cual el documento queda concluso entre las partes.

(25) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 50, núm. 23.

(26) BONO, *Historia del Derecho Notarial...*, op. cit., pág. 51.

(27) DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la Banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, pág. 40.

(28) Aunque no equiparable al frenético mundo actual, pero no cabe duda que los actuales sistemas, usos, costumbres, operaciones y prácticas bancarias pueden encontrar ciertos precedentes en la práctica bancaria romana donde operaciones como prestar dinero, o la exigencia de garantías, eran práctica común no sólo de las clases adineradas como políticos, senadores, o pertenecientes al orden ecuestre, sino a la cada vez más influyente clase de los *argentarii*. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano*, Madrid, 2001, págs. 74 y sigs.

tabulis, aut ratiociniis illorum manu conscriptis, deinde in dubium vocatis, per publicorum instrumentorum colationem fidem impingere, propterea quod ipsorum collegium multis et praecipue nobilibus hominibus credat, qui contractus suos publicari, aut statum rerum suarum manifestum fieri non sustineant, malintque, ut consentaneum est, extraneis maiores quam minores videri, sed ut propria manu, ut dictum est, in se conceptae litterae eandem cum publicis instrumentis vim obtineant (29).

Las razones de esta excepción permitiéndoles liberarlos de la prueba mediante la aportación de documentos públicos obedece a su labor de prestar a muchos —y principalmente a las personas nobles— «*que no soportan que se publiquen sus contratos o se manifieste el estado de sus bienes...*», de ahí que la nobleza hace valer su superioridad permitiendo que los documentos escritos por su propia mano tengan la misma fuerza que los instrumentos públicos.

Por lo que hace referencia a la hipoteca constituida en documento público, una de las cuestiones que quedaban sin responder era la preferencia que obtendría la hipoteca de este modo elaborada, puesto que no se dejan al intérprete muchos indicios en tal sentido (30).

Sin embargo, ya una constitución del emperador León del año 469 (31) había dispuesto que la hipoteca constituida en documento público —*instrumenta publicae confecta*— o en documento privado suscrito por tres testigos idóneos —*instrumenta quasi publice confecta*— se anteponía a cualquier otra.

El texto viene recogido en C.8.17(18).11:

scripturas, quae saepe assolent quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis, nec ne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel

(29) Ed. 7.2: «*De otro particular se nos hizo relación por el mismo cuerpo de banqueros, para que producidas por ellos las confesiones de contratos o tablas o cuantas escritas por mano de ellos y puestas después en duda, no se vean obligados a probarlas con la aportación de instrumentos públicos, porque el gremio de ellos presta a muchos, y principalmente a las personas nobles, que no soportan que se publiquen sus contratos, o se haga manifiesto el estado de sus bienes, y prefieren como es consiguiente parecerles superiores a otros más bien inferiores; sino que las cartas escritas contra ellos por su propia mano, según se ha dicho, tengan la misma fuerza que los instrumentos públicos*».

(30) Al hilo del análisis de la Nov. 136.5.

(31) El texto de GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho Civil Romano*, V, Barcelona, 1895, pág. 335), refleja como fecha de esta constitución la del año 469, otros autores como Díez BAUTISTA (DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la Banca bizantina (Negocios bancarios en la legislación de Justiniano)*, Murcia, 1987, pág. 18, núm. 20), reseña la del 472, siguiendo a D'ORS, A. («Documentos y notarios en el Derecho Romano post-clásico», en *Estudios históricos del Centenario de la Ley del Notariado*, 1 —1964—, pág. 89, núm. 17). En ello coinciden otros autores como OURLIAC y MALAFOSSE (*Historie de Droit Privé —Le Droit romain et l'ancien droit—*), París, 1968-71 (2.ª ed. Barcelona, 1960; reimp. 1963), pág. 541, o FERNÁNDEZ-BARREIRO y PARICIO (*Fundamentos de Derecho Romano Privado*, Madrid, 1993, pág. 405).

societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae idiochira graeque appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii aut alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice scriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterioris contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur (32).

En este texto se contemplan una serie de cuestiones claramente diferenciadas:

1. Cuando se trate del ejercicio de una acción personal, se reconoce la fuerza de las escrituras, a pesar de la rémora que supone el hecho que a veces se suelen hacer en secreto por algunos.
2. En cuanto al contenido de tales instrumentos, se admite una cierta pluralidad negocial como la transacción, préstamos de interés, constitución de sociedad y, en general, todos aquellos contratos que se puedan recoger en escritura privada (*idiochiris*). Estos documentos son admitidos tanto si son redactados por los propios contratantes, como por mano de escribientes, pero firmados en presencia de testigos tabularios.
3. Estos mismos actos y contratos se pueden recoger en forma pública.
4. Que, finalmente, cuando del derecho de prenda o hipoteca se trate, se declaran preferentes aquellas garantías que hubieran sido recogidas en instrumento público. Ahora bien, si la hipoteca hubiera sido constituida en docu-

(32) IMP. LEON a Erythrio, praefectus pretorii, ann. 469: «Mandamos que si se ejercitara una acción personal, tengan su propia fuerza las escrituras que muchas veces se suelen hacer en secreto por algunos, interviniendo o no amigos, para transigir, o pactar o prestar a interés, o constituir una sociedad, o que se hacen por otras cualquiera causas o contratos, que en griego se llaman escrituras rivadas, ora si todo su contexto hubiere sido escrito por mano de los contratantes, o de escribiente, o de otro cualquiera con tal de que tenga la firma de aquellos mismos, ora si se han presentado o no, testigos aunque sean esclavos condicionales, que vulgarmente llaman tabularios o no lo sean, como si hubieran sido escritas en forma pública. Más si alguno se empeñare en reivindicar para sí, en virtud de tales instrumentos, el derecho de prenda o de hipoteca, mandamos que sea preferido el que se apoya en instrumentos hechos en forma pública, aunque sea éste expresado como posterior, a no ser acaso que en las mismas escrituras privadas se contengan las firmas de tres o más individuos de buena e íntegra reputación; porque en este caso son admitidas como si hubieran sido hechas en forma pública».

mento privado, firmado por tres testigos de íntegra reputación, será admitida en cuanto a sus efectos como si hubiera sido hecha en forma pública.

En realidad, aquí no se trata de una tentativa de organizar un sistema de publicidad documental, sino de marcar unas pautas que sirvieran para atenuar los riesgos que el carácter oculto de los actos constitutivos de las garantías hasta ese momento presentaban. Por ello, se establece un estímulo en favor de los propios acreedores constituyentes, de modo que la hipoteca constituida en documento público o en documento privado, firmado por tres testigos tabularios, prevalece sobre otras hipotecas ocultas o clandestinas, aunque sean anteriores en fecha (33).

Se refleja pues, de modo indudable, la ascensión de la forma documental frente a la supremacía casi absoluta de la forma oral en la época clásica y en el bajo imperio (34), de tal manera que el derecho post-clásico se va a inclinar por observar una mayor graduación de la prueba escrita en función de la mayor o menor fuerza probatoria que representa la autenticidad de su confección (35), para llegar en el derecho justiniano a una preferencia por la garantía recogida en instrumento público. Ahora bien, en el caso de que tal garantía lo fuera en documento privado, los efectos de dicha formalización los examinaremos con más detenimiento a continuación.

3. LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PRIVADO Y SUS EFECTOS

Nos encontramos pues, con la equiparación de efectos entre el documento tabelliónico y el documento privado suscrito con las firmas de tres testigos, siempre que sean de íntegra reputación. La necesidad de la intervención de los tres testigos también aparece en otros textos como Nov. 73.5, o en C.4.2.17, donde los considera exigibles a todos los documentos quirográficos de cuantía mayor a 5 áureos.

Es en realidad esta intervención de los testigos lo que concede garantía de legitimidad al documento (36), en cuanto que supone un recurso de autenticidad y fuerza probatoria del instrumento.

(33) OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privé...*, op. cit., pág. 541.

(34) ARCHI, «La prova nel diritto del Basso-impero», en *IVRA*, 12 (1961), pág. 22.

(35) Sobre el valor probatorio de los documentos, así como los requisitos sobre su validez, necesidad de su reconocimiento y autenticación a través de su adveración, véase BETHMAN-HOLLENEG, *Der römische -Civilprozen*, 3, 1866, págs. 279-287; SIMON, *Untersuchungen zum iustinianischen Civilprozess*, 1969, págs. 271-315, cit. DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la Banca bizantina...*, op. cit., pág. 17, núm. 15.

(36) Esto se hace patente en la Nov. 73, en donde un documento con serias dudas sobre su autenticidad es validado por la intervención de tres testigos.

En realidad, no es el documento el que actúa aquí como prueba, sino al contrario, es la necesidad de la presencia de tres testigos lo que le atribuye la fuerza probatoria al acto (37), en tanto que son éstos los que le prestan la eficacia que sin la concurrencia de los mismos carecería (38). Confirmación de ello es una constitución de Justiniano del año 530, donde prohíbe hacer cotejo de letras sobre documentos quirográficos si no tuviesen la firma de tres testigos.

3.1. ASIMILACIÓN DE SUS EFECTOS A LA HIPOTECA CONSTITUIDA EN DOCUMENTO PÚBLICO

El análisis de la equiparación de efectos de tales documentos privados nos llevaría a examinar Ed. 7.2 y Ed. 7.2.1.

En Ed. 7.2 se establecía, como vimos, una dispensa de prueba en favor de la corporación de los *argentarii*, que desemboca en una equiparación entre los documentos escritos por su propia mano y los instrumentos públicos.

Tales documentos, bien dictados por ellos o bien escritos de su propia mano, implicaban en realidad un reconocimiento de deuda por sus clientes, lo que facilitaría, a la postre, un elemento de prueba para los propios banqueros. Tales documentos, según se desprende del texto, podían incluso ser de lo más variado: confesiones o reconocimientos de los propios contratantes, recibos o apuntes de préstamos, liquidaciones de cuentas, o bien documentos autógrafos de los clientes. Hasta ese momento, las exigencias de la prueba les obligarían a éstos a presentar documentos públicos o notariales (39).

Lo que el texto no impide es que, aún tratándose de un documento privado, no se dispensa de probar la autenticidad del propio instrumento mediante la adverbación, reconocimiento o cotejo con otros indubitados del propio banquero o de sus clientes. No obstante, un discutido texto de Ulpiano (recogido en D. 2.13.6.3) (40), al hacer una exposición de las operaciones que solía llevar a cabo el banquero, a la par que le eximía de la obligación

(37) En C.8.17(18).11 es la intervención de los testigos la que hace que tales documentos sean admitidos como si hubieran sido redactados en forma pública.

(38) C.4.21.20.

(39) La explicación podría residir tanto en las presiones de los banqueros como en la aquiescencia de la propia nobleza, poco propicia a dar publicidad a sus negocios y a que se supiera la realidad de su posible debilitada posición económica. Por ello prefieren parecer superiores a los ojos de otros más inferiores. DÍAZ BAUTISTA ve aquí una razón sociológica, «temprana referencia a la figura del aristócrata que lucha por aparentar una posición de la que carece...» (*Estudios sobre la Banca bizantina...*, op. cit., pág. 40).

(40) *ULPIANUS, lib. IV ad Edictum.*

de comunicación al recibir prendas, se remite, en materia de prueba, a lo que se halle en las propias cuentas del *argentarii* (41).

Esto ultimo es lo que se confirma a continuación en Ed. 7.2.1:

et in hoc igitur mediam nos quandam viam ingressi, qua et argentarios adversus eos, qui de talibus capitulis litem movebunt, et rursus illos adversus hos uti volumus, sancimus, si istiusmodi autographae contrahentium litterae proferantur, quas aut ipse, cuius esse dicuntur, aut ipsius heredes successoresve non possunt cum iureiurando abnegare, tanquam ab illo, cuius prae se nomen ferunt, scriptae sint, non numeratae pecuniae exceptionem opponi non posse. Insuper etiam si argentarius ex publico instrumento propriae manus scripturam confirmare possit, aut ipse quidem id negligat, adversarius vero ex alterius publici scripti comparatione scripturam illam ut falsam redarguere nequeat tunc ex certis et indubiis et testium subscriptione firmatis autographis documentis, ad ea scripta, quae ab argentariis, aut contra proferuntur contrahentium autographa, comparatio fiat et firma haec sint nec minorem, quam publica instrumenta, vim et auctoritatem habeant, non ex securitate, quae illis insit, sed ex sola forma. Nec praeiudicium supplicantibus inde fiat, quod in scriptis a contrahentibus in eos expositis hypothecae, aut heredum successorumve nomen non inveniatur (42).

Justiniano, aquí lo que parece querer es dar una salida, a través de una vía intermedia, al permitir esta posibilidad tanto a los banqueros como a aquéllos

(41) Para GARCÍA GARRIDO, en este texto de Ulpiano algunos autores han querido infundadamente encontrar un concepto del contrato de cuenta corriente. En realidad, el texto lo que explica es que las cuentas pueden tener como causas, contratos u obligaciones recíprocas, créditos, estipulaciones y pagos de obligaciones anteriores. GARCÍA GARRIDO, M. J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano...*, op. cit., pág. 76.

(42) Ed. 7.2.1: «Y habiendo pues entrado nosotros en cierta vía intermedia que queremos que utilicen así los banqueros como los que promovieron litigio sobre tales particulares, como a su vez estos contra aquellos, mandamos que si se produjeran tales cartas autógrafas de los contratantes que o el mismo de quien se dice que son o los herederos o los sucesores del mismo, no pueden desconocer con juramento, como si hubieran sido escritas por aquel cuyo nombre llevan al frente, no se pueda oponer la excepción non-numeratae pecuniae (dinero no entregado). Además de esto si el banquero pudiera confirmar con un instrumento público la escritura de su propia mano o si él ciertamente prescindiera de esto, pero su adversario no pudiera redargüir como falsa aquella escritura por la comparación de otra escritura pública, en este caso hágase el cotejo de documentos autógrafos ciertos e indubitados y confirmados con la firma de testigos, con los escritos autógrafos de los contratantes que por los banqueros o contra ellos se producen y sean válidos y tengan no menos fuerza y autoridad que los instrumentos públicos, no por la seguridad que en ellos haya, sino en cuanto a su sola forma. Y no se les origine a los suplicantes perjuicio de que en las escrituras presentadas contra ellos por los contratantes no se halle el nombre de hipoteca o el de los herederos o sucesores».

que promoviesen litigios contra ellos, como medio rápido de resolver las reclamaciones sobre los créditos bancarios.

Hasta ese momento, la *exceptio non numeratae pecuniae*, que podía ser alegada por el deudor, podía condicionar el desarrollo de la prueba. Por contra, el texto condiciona esta utilización de los documentos autógrafos de los contratantes tanto a aquellos quienes intervinieron, como a sus herederos o sucesores, los cuales no pueden negar, bajo juramento, que han sido escritos por aquellos y por tanto ya no pueden alegar la *exceptio non numeratae pecuniae*.

Evidentemente, esto facilita a los propios banqueros el reconocimiento del crédito, a la par que imposibilita a los clientes de éstos actuar contra las pretensiones de cobro en tanto que la necesidad de una ratificación de la autenticidad de la deuda, propia de la *exceptio non numeratae pecuniae* ya no puede ser alegada ni por el deudor ni por sus causahabientes. Cambia pues, el sentido que hasta ese momento había tenido la *exceptio non numeratae pecunia*, nacida como medida ralentizadora de las reclamaciones de los prestamistas (43), los cuales, abusando de los *syngrapha*, podían llegar a atestiguar negocios inexistentes (44), dado el carácter probatorio de la *stipulatio* concertada (45), aunque no siempre precisamente por ellos efectivamente realizados.

La preocupación de los distintos emperadores por la protección de los deudores era evidente, dado el previsible abuso de los documentos quirográficos empleados, aún sin mediar la efectiva entrega de dinero o de numerario. De ahí, la necesidad de la *exceptio* primero, y la *querella non numeratae pecuniae* después (46), con lo cual el deudor gozaba hasta ese momento de un mecanismo de defensa para oponerse a las pretensiones de los prestamistas. Si bien, con la *exceptio* se invertía el orden de la prueba, cargando sobre los acreedores la prueba de sus reclamaciones. Ahora, con la concesión a la banca de esta prerrogativa, los deudores vuelven a estar a merced de los *argentarii*.

Pero el texto parece conceder, a continuación, una serie de nuevas ventajas añadidas a los *argentarii*, ya que a las prerrogativas anteriores excluyentes de la *exceptio*, tanto si el banquero confirmaba por instrumento público sus derechos de crédito recogidos en los documentos antes referidos, como si

(43) Cfr. C.4.7.1; C.4.30.3; C.4.30.4.

(44) FERRARI, «La degenerazione della *stipulatio* nel diritto intermedio», *Atti Veneto* 69 (1910), pág. 743 y sigs.; RICCOBONO, «*Stipulatio* ed *instrumentum* nel diritto giustiniano», *ZSS*, 43 (1922), pág. 326 y sigs.

(45) CASTRESANA, «El *chirographo* y la *syngrapha*: Significación jurídica desde la república hasta Justiniano», en *Estudios D'Ors* (1987), pág. 457 y sigs.

(46) Al principio parece que sólo tenía un plazo de un año para su utilización, que Diocleciano amplió a cinco años, para quedar reducida de nuevo a dos años por Justiniano (C.4.30.14 pr; I.3.21; I.4.13.2). Véase, LEMOSSE, «*Querella non numeratae pecuniae*», en *Studi Solazzi* (1948), pág. 470 y sigs.

llegado el caso, los clientes no pudieran contradecir tales pruebas mediante la utilización de otros documentos públicos, se añade la de permitir el cotejo mediante documentos autógrafos con la mera firma de tres testigos (47) que afiancen su validez, con la misma fuerza y autoridad de los instrumentos públicos. Con esto, marca una diferencia en la forma pero no en el fondo, en cuanto al valor probatorio de tales documentos autógrafos privados.

Una última ventaja probatoria concede el texto en favor de los banqueros, consistente en que los deudores de éstos o sus herederos o sucesores ya no pueden alegar la necesidad de que la deuda esté asimismo garantizada con hipoteca para proceder contra los bienes de los afectados. Ni siquiera el que, en caso de estar los bienes en manos de los herederos o sucesores, el nombre de éstos figure en tales documentos para ser demandados por los reclamantes (48).

4. LA CUESTION DE LA CARENCIA DE UNA ADECUADA PUBLICIDAD

Del estudio de las fuentes resulta evidente que la constatación de la existencia de una garantía hipotecaria sobre los bienes queda, en un primer momento, por lo menos hasta el final de la época clásica, confiadas en gran medida a las declaraciones de las partes (49), obligadas bajo la sanción del delito de *stellionatus* (50), que desde finales de la época clásica persigue

(47) La necesidad que sean tres testigos ya resultaba de C.8.17(18).11, donde el emperador León para estimular que la garantía hipotecaria conste por documento público al cual se asimila la suscrita por tres testigos prevalecería sobre las hipotecas ocultas aun siendo anteriores en fecha.

(48) DÍAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la Banca bizantina...*, op. cit., págs. 47 y sigs.

(49) D.20.1.15.2.

(50) D.47.20.3.1 «...se puede acusar de estelionato a los que hicieron alguna cosa con dolo, y conviene saber que si [siempre que] no hubiere otra acusación criminal que se les oponga; porque lo mismo que en los juicios privados hay acción de dolo, hay en los delitos la persecución de estelionato. Así pues, allí donde falta el título del delito, acusaremos de estelionato. Pero principalmente tienen lugar, si acaso alguno, habiendo disimulado la obligación, hubiere enajenado o permutado, o dado en pago a alguien con malicia una cosa obligada a otro; porque todos estos casos contienen estelionato. Pero también si alguno hubiera substraído [sustituido] mercancías, o hubiere distraído las que estuvieran obligadas, o las hubiere estropeado ser igualmente reo de estelionato. Asimismo, si alguno hubiere hecho impostura o colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estelionato. Y como en general he dicho, faltando la denominación del delito, tiene lugar esta acusación criminal, y no hay necesidad de expresar la especie del delito».

En cuanto a la pena que conlleva en D.47.4.2, «Si alguno juró en un instrumento que eran suyas las prendas, resulta del perjurio un delito de estelionato; y es por lo tanto, desterrado temporalmente». Sobre la configuración del delito de *stellionatus*, cuando tiene lugar, y sus penas, véase ROBLES VELASCO, «Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria. El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», en *RCDI* (mayo-junio de 1997), núm. 640, págs. 775-798.

criminalmente por la vía *extra ordinem* (51), la declaración falsa del deudor sobre la libertad de los bienes.

Ello implicaba, en el caso del *pignus*, la prohibición de volver a constituir garantía sobre cosa ya pignorada (52). Para el cumplimiento de este principio (53), la propia ley obligaba al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa, lo que estaba condicionado a la posible efectividad de un régimen de notificaciones de todas aquellas incidencias que afectaran a los bienes. Si bien, lo interesante es que impone la necesidad de un sistema de publicidad, aunque fuera de forma privada, sobre los gravámenes que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes (54).

De ahí que durante la etapa clásica fuera permanente la idea de una incompatibilidad hipotecaria de una segunda hipoteca, al menos mientras estuviera vigente la primera, estando obligado el deudor a declarar que la cosa no estaba gravada en favor de ningún otro (55). Ello impone que todo deudor que quiera destinar una cosa, ya previamente hipotecada a la constitución de una nueva garantía, debe realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada (56). Así tiene sentido el pasaje de Gayo (*GAIUS, lib. singulari de formula hypothecaria*):

Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obli-

(51) FERNÁNDEZ BARREIRO y PARICIO, *op. cit.*, pág. 405.

(52) Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya gravada, vid. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, pág. 9 y sigs.

(53) Se trata de una aplicación del principio de la *anepafia*, en virtud del cual nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa —incluso aunque le perteneciera— y por tanto, no podía disponer de ella como libre. BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano», en *TDR*, Barcelona, 1987, pág. 68.

(54) Pero parece que a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente, puesto que aunque el acreedor pudiera conocer la existencia de la carga anterior podía, a pesar de ello, realizar una nueva convención que le permitiera detentar un nuevo derecho de crédito.

(55) ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho Romano», en *RCDI*, noviembre-diciembre de 2001, núm. 668, pág. 2347.

(56) De ahí la necesidad de la *interpellatio*, la cual, ciertamente, no es un sustitutivo de la publicidad registral sino advertencia de un acreedor al deudor antes de proceder a la venta, con todos los inconvenientes de las comunicaciones privadas, lo que parece dejar al acuerdo deudor-nuevo acreedor la publicidad de la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa. De ahí que todo deudor que quiera destinar una cosa ya previamente hipotecada a la constitución de una nueva garantía, debe de realizar la advertencia correspondiente de la existencia del vínculo anterior al nuevo acreedor para que la cosa quede obligada. ROBLES VELASCO, «La segunda hipoteca en el Derecho Romano...», *op. cit.*, pág. 2366, nota 75.

gatant, praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit (57).

Pasaje en donde vemos la posible concurrencia de dos acreedores y el posible riesgo (*periculum*), en el que pueden incurrir cuando se obligan dos o más veces unos mismos bienes. Para evitar esto, se acude a una especie de cláusula de estilo, al manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro, ...salvo a Lucio Ticio, por ejemplo, en lo que exceda del primer gravamen, recayendo la segunda obligación en lo que exceda de la primera, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquélla (58).

De esta manera quedan patentes las deficiencias de un sistema de publicidad poco elaborado dentro del cual no rige un principio de publicidad registral y donde deja al acuerdo deudor-acredor la publicidad sobre la existencia de vínculos hipotecarios anteriores que recaigan sobre la cosa.

Tal vez por ello, en la época post-clásica se hace frecuente el uso de transcribir por funcionarios públicos provistos del *ius actorum conficiendorum* los más importantes actos jurídicos (59). Pero sin que en cualquier caso aparezca una institución que recoja y dé publicidad a los distintos gravámenes existentes sobre los bienes y su situación real.

Tal vez por la poca difusión de las garantías reales en Roma, no se hizo necesario un sistema que permitiera un registro y control de tales gravámenes. Pero el hecho de que no existiera tal instituto jurídico no debe de llevarnos a la tajante afirmación de que el sistema romano era carente

(57) D.20.1.15: «Los que ya hubieran obligado sus bienes, y los obligan a otro segundo acreedor para evitar el riesgo que suelen correr los que obligan muchas veces los mismos bienes, suelen manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro, sino por ejemplo a Lucio Ticio, para que en aquello que excede de la primera obligación quede obligada la cosa, de suerte que sirva para la prenda o la hipoteca lo que vale de más, o en la totalidad, cuando la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda».

(58) Esto encuentra correspondencia con el texto de Paulo, en D.47.2.66.pr. (PAULUS, libro VII, ad Plautium):

Si is, qui rem pignoris dedit, vendiderit eam quam vis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.

Donde califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda, y ello tanto si media entrega al acreedor —*tradiderat creditori*—, como si se hubiera obligado en virtud de pacto especial —*sive speciali pactione tantum obligaverat*—. Aunque lo especial del supuesto está en calificar de hurto el hecho aun cuando quien tal procede es su propio dueño —*quam vis dominus sit*—.

(59) FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, op. cit., pág. 84.

de toda publicidad, situándolo poco menos que en la clandestinidad (60). En realidad, el sistema jurídico romano no ignoró totalmente un sistema de publicidad sobre la hipoteca, como mantiene FERNÁNDEZ DEL POZO (61), pero sí que utilizó diversos modos de publicidad, fruto en cada momento de las necesidades y de la flexibilidad que demandaban el conocimiento de las garantías (62).

Así se puede citar el sistema de incorporación a los propios bienes de un hito o estela indicativo de la situación de los bienes (63) —aunque poco utilizado en Occidente (64)—, bien la propia declaración de las partes en el propio acto constitutivo de la garantía (65), bien mediante la utilización de una hipoteca general aplicable a todos los bienes presentes y futuros, como ocurre en C.8.17(16).9 (66):

quis in euiscunque contractus instrumento ea verba posuerit: «fide et periculo rerum ad me pertinentium» vel «per earum exactionem satisfieri tibi promitto» sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecae, nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri, quum sit iustum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adiecto, tam praesentes quam futuras, ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur (67).

(60) CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1989, pág. 40 y págs. 1438 y sigs.

(61) FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid, 1993, pág. 166.

(62) OURLIAC y MALAFOSSE, *Historie de Droit Privé...*, op. cit., pág. 543.

(63) Y si bien es cierto que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles, lo era en forma privada, mediante determinadas marcas —los conocidos *horoi*— en los fundos rústicos o en los edificios urbanos, aparte de la forma privada de la *aporrhesis*. ROBLES VELASCO, «Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria. El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo», en *RCDI* (mayo-junio 1997), núm. 640, págs. 775-798.

(64) GERNET, «Introduction a l'etude du droit grec ancien», en *AHDO* 2 (1938), págs. 261-292. GERNET, «Droit et predroit en Grece ancienne», *Anne sociol.*, 3 (1948-1949), págs. 21-119.

(65) D.20.1.15.2; D.13.7.36.

(66) *Imp. IUSTINIANUS*, ann. 528.

(67) C.8.17(16).9: «Si en el instrumento de cualquier contrato hubiese uno puesto estas palabras: "Con la garantía y a riesgo de los bienes que me pertenecen", o "mediante la exacción de éstos, te prometo que se te satisfará", bastan estas palabras para la hipoteca tanto de los bienes, que al presente tiene el deudor, como de los futuros, y no se considera que por virtud de las anteriores disposiciones no contengan mención de

De esta manera, la declaración de la obligación contraída queda garantizada con los bienes que le pertenecen al contratante, la cual actúa como hipoteca general de todos los bienes presentes y futuros, sin necesidad de una hipoteca especial, atendiendo para ello más a la intención de los contratantes que al sentido literal de sus palabras. Criterio de interpretación que muchos siglos después recogiera como principio paradigmático en nuestro Derecho el Código Civil de 1889 en su artículo 1.281 (68).

Finalmente, vemos cómo una de las cuestiones más relevantes de la prioridad documental es el establecimiento de una preferencia instrumental que implica no sólo el reconocimiento de la prioridad así obtenida, sino la obtención de una función propia posibilitadora del conocimiento de la garantía. No obstante, algunas fuentes, como resulta de C.8.17(18).11, no atribuyen específicamente esta preferencia a las garantías hipotecarias, sino que lo hacen para una pluralidad negocial, sea para la transacción, el préstamo con interés, constitución de sociedades y en general para todos aquellos contratos susceptibles de ser recogidos en forma privada (*idichiris*).

Cuando específicamente de hipoteca se trata, la preferencia se concede tanto si es formalizada en documento público como en documento privado firmado por tres testigos. Si en la época clásica, e incluso en el bajo imperio, la forma oral mantenía una supremacía casi absoluta, en el Derecho post-clásico la fuerza probatoria va a recaer progresivamente sobre la prueba escrita. Obviamente, la admisión de la prueba escrita va a estar directamente relacionada con la mayor o menor autenticidad en su confección. De ahí la necesidad que el documento privado, para que pueda reunir los caracteres de autenticidad y de legitimidad, requiera el concurso de tres testigos (69), lo que es también una forma de publicidad.

En definitiva, todo ello nos lleva a rechazar la opinión de quienes sustentan que el sistema romano estaba carente de toda publicidad, situándolo poco menos que en la clandestinidad. Es cierto que no tuvo —probablemente porque no sentía tal necesidad— de una institución registral que diera difusión a las garantías reales, a igual que tampoco en nuestros días la hay para recoger y publicar exhaustivamente todas las relaciones jurídicas personales

hipoteca especial, porque es justo atender a la voluntad de los contratantes, más bien que a la expresión de las palabras. Sobre cuya general hipoteca también mandamos para conservar la voluntad de los contratantes, que si el deudor hubiera dicho que obligaba sus bienes, sin haber añadido tanto presentes como futuros, se extienda, sin embargo, el derecho de la hipoteca general también a los bienes futuros».

(68) Dispone el artículo 1.281 del Código Civil: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquélla».

(69) Nov. 73.5; C.4.2.17.

y contratos privados. Pero no se puede decir que no hubiera modo alguno de conocer la existencia de una garantía hipotecaria, cosa que, según cada momento histórico, se confiaba bien a las declaraciones de las partes —bajo la amenaza de incurrir en *stellionatus*—, bien mediante documentos oficiales o privados o, finalmente, bajo el reconocimiento de una hipoteca general sobre todos los bienes presentes y futuros.

Profesor Doctor LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Facultad de Derecho
Universidad de Granada

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Derecho de la Unión Europea

La Comisión Europea ha aprobado una propuesta de Reglamento por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Puede verse una referencia en el Boletín de Información del Colegio de Registradores del mes de abril, página 1080.

El Parlamento Europeo ha aprobado la Directiva sobre la comercialización a distancia de servicios financieros. Los Quince adoptan unas normas de aplicación del IVA a los servicios suministrados por vía electrónica; deberán aplicarse antes del 1 de junio de 2003. La Comisión Europea publica una recomendación sobre la independencia de los auditores en la Unión Europea.

Estas tres noticias pueden verse en el Boletín del Colegio de Registradores del mes de mayo, páginas 1357 y siguientes.

B) Normas nacionales

1. Ley Orgánica 5/2002, de 18 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.
2. Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de *partidos políticos*.

C) Leyes Autonómicas

Asturias.—Ley 3/2002, de 19-4-2002. Régimen del suelo y ordenación urbanística.

— Ley de 23 de mayo, de parejas estables.

Cataluña.—Ley de 27 de mayo, de modificación de la Ley de 30 de marzo de 1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

Extremadura.—Ley 3/2002, de 9-5-2002. Comercio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Galicia.—Ley 3/2002, de 29-4-2002. Medidas de régimen fiscal y administrativo.

Castilla y León.—Ley 4/2002, de 11-4-2002. Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León.

Cataluña.—Ley 5/2002, de 19-4-2002. Agencia Catalana de Protección de Datos.

— Ley 6/2002, de 25-4-2002. Medidas relativas a la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las Administraciones Públicas catalanas y de modificación de los artículos 96 y 97 del Decreto Legislativo 1/1997.

Murcia.—Ley de 10 de mayo, de modificación de la Ley de 24 de abril de 2001, del suelo de la Región de Murcia.

Navarra.—Ley Foral 6/2002, de 27-3-2002. Modificación de la Ley Foral 4/1998, de 6-4-98, de la Cámara Agraria de Navarra.

II. Información de actividades

1. *Curso de Verano en la Universidad Complutense.*—Entre sus diversas actividades se ha organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España un ciclo de conferencias que han tenido lugar en los días 8, 9 y 10 de julio, bajo el título general de «Función económica del sistema registral», con el siguiente programa:

Conferencia:

— *La propiedad privada y el análisis económico del Derecho: Una visión académica*, por don JOSÉ SANTDIUMENGE FARRÉ, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra y Director del Master de Derecho Inmobiliario Urbanístico y de la Edificación.

Conferencia:

— *La estructura del sistema registral español*, por don CELESTINO PARDO NÚÑEZ, Registrador de la Propiedad.

Mesa Redonda:

— *Aproximación al análisis económico del sistema registral español*, por doña MARÍA VALLS TEIXIDÓ, Registradora de la Propiedad. Don JOAQUÍN TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, Registrador Mercantil. Don VICENTE CARBONELL SERRANO, Registrador de la Propiedad.

Conferencia:

— *Modernización del Registro Mercantil: perspectivas de futuro*, por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil. Director del

Servicio de Coordinación de los Registros Mercantiles del Colegio de Registradores.

Conferencia:

- *¿Desregulación de la función registral?*, por don JOSÉ MASSAGUER FUENTES, Catedrático de Derecho Mercantil.

Mesa Redonda:

- *Funcionamiento del mercado y sistema registral*, por don ALFONSO CANDAU PÉREZ, Registrador de la Propiedad. Don EMILIO CAMPANY BERMEJO, Registrador de la Propiedad. Don MIGUEL SORIA LÓPEZ, Registrador de la Propiedad.

Conferencia:

- *El Registro de la Propiedad y la seguridad en el mercado inmobiliario. Algunos ejemplos de reflexión. La calificación como referente de valor económico*, por don ANTONIO GARCÍA CONESA, Registrador de la Propiedad.

Conferencia:

- *Las reformas introducidas por la Ley 24/2001*, por don FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad. Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

2. *Cursos de Verano de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*—Organizados por el Departamento de Derecho Civil, han tenido lugar en los días 1 a 5 de julio, en Avila y Sanlúcar de Barrameda.

A) AVILA

- *Familia y herencia en la sociedad contemporánea*, por don JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, Presidente Honorífico de la Real Academia de Jurisprudencia.
- *Fideicomiso testamentario y fideicomiso contractual en el ordenamiento jurídico*, por don ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, Catedrático. UNED.
- *Capitulaciones matrimoniales y sucesión «mortis causa»*, por don ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS, Profesor titular. Universidad de Almería.
- *El régimen de separación de bienes: líneas generales e incidencia*, por don PEDRO MUNAR BERNAT, Profesor titular. Universidad de las Islas Baleares.

- *Derechos sucesorios del cónyuge viudo*, por doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Profesora titular. UNED.
- *Familia nuclear y sistema legitimario*, por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático. UNED.
- *La libertad de testar y los modelos familiares (el Derecho navarro)*, por doña ISABEL SABATER BAYLE, Profesora titular. Universidad Pública de Navarra.
- *La herencia yacente*, por doña MARÍA DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Profesora titular. UCM.
- *Adjudicación en pago de deudas hereditarias*, por doña FERNANDA MORETÓN SANZ, Profesora Ayudante. UNED.
- *La colación de los bienes donados en vida*, por doña MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR, Profesora titular. UNED.
- *Sucesión de Estado y de los Entes públicos*, por don LEANDRO MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, Letrado del Consejo de Estado.
- *La sucesión de extranjeros domiciliados en España*, por don MIGUEL AMORES CONRADI, Catedrático. Universidad de Cádiz.

B) SANLUCAR DE BARRAMEDA

- *La minoría y la mayoría de edad: zonas grises e independencia de la persona*, por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho Civil. UNED.
- *Las políticas de infancia en Andalucía*, por don ISAÍAS PÉREZ SALDAÑA, Consejero de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía.
- *Principios inspiradores de la Ley Orgánica sobre responsabilidad penal de los menores*, por don ALFREDO FLORES PÉREZ, Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- *La instrucción por el Ministerio Fiscal*, por doña AUXILIADORA DE LA ROSA MORENO, Fiscal Coordinadora de la Sección de Menores de la Audiencia Provincial de Sevilla.
- *Catálogo de medidas e intervención del equipo técnico*, por doña VICTORIA GUTIÉRREZ DÍAZ, Fiscal Coordinadora de la Sección de Menores de la Audiencia Provincial de Málaga.
- *Los derechos del menor en la Ley Orgánica 5/2000*, por doña CARMEN BELINCHÓN SÁNCHEZ, Directora General de Reforma Juvenil de la Junta de Andalucía.
- *Protección de la infancia: normativa estatal y autonómica*, por doña LEONOR ROJO GARCÍA, Directora General de Infancia y Familia de la Junta de Andalucía.
- *La capacidad general del menor*, por doña JUANA RUIZ JIMÉNEZ, Profesora Asociada. UNED.

- *La guarda y el acogimiento de menores*, por doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ, Profesora Titular de Escuela Universitaria. UNED.
- *La tutela como institución sustitutiva de la patria potestad*, por doña ROSA A. LEONSEGUI GUILLOT, Profesora Asociada. UNED.
- *El proceso penal de menores*, por don VÍCTOR MORENO CATENA, Catedrático de Derecho Procesal. Universidad Carlos III de Madrid.
- *Conferencia de clausura*, por don CARLOS LASARTE ALVAREZ, Catedrático de Derecho Civil. UNED.

3. *Libro sobre Derecho Foral*.—El día 29 de junio tuvo lugar en Ibiza la presentación del libro «Comentarios a la Compilación de Baleares» (Ibiza y Formentera), del que es autor nuestro colaborador don JOSÉ CERDÁ GIMENO, recientemente editado en dos voluminosos tomos del que damos noticia en la sección de Información Bibliográfica.

Hizo la presentación don LUIS PUIG FERRIOL, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y también Magistrado del Tribunal Supremo de Andorra.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Sentencia de 5 de julio de 2001.—ARRENDAMIENTOS RUSTICOS.—Precio a pagar por el arrendatario de una finca rústica para adquirir su propiedad.—Sala 1.^a—Ponente: Señor Cruz Villalón.

Antecedentes.—Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo, relevantes para la decisión del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) El recurrente, en su condición de propietario-arrendador de diversas fincas rústicas, fue demandado en once juicios de cognición por los respectivos locatarios, ejercitando el derecho de acceso a la propiedad que la legislación de arrendamientos rústicos concede al arrendatario. En todos estos juicios, los Juzgados de Primera Instancia de Segovia, que conocieron de cada procedimiento, dictaron las correspondientes sentencias, posteriormente confirmadas por la Audiencia Provincial de Segovia, en las que, en síntesis, se estimaron las demandas interpuestas por los respectivos arrendatarios, declarando su derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas mediante el pago del precio que se determine por las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos (o las correspondientes Juntas Provinciales de la Comunidad Autónoma, caso de estar constituidas), fijándose el precio de la transmisión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, es decir, conforme a la media aritmética entre la valoración catastral de las fincas litigiosas y el valor en venta de fincas análogas.

b) Contra las sentencias de apelación recaídas en los referidos procesos, don Antonio Gallego de Chaves Escudero interpuso los oportunos recursos de casación con fundamento, entre otros motivos, en la infracción del artículo 2.3 del Código Civil, argumentando que como las demandas rectoras de los diferentes juicios de cognición se habían interpuesto en una fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/1992, de 10 de febrero (que tuvo lugar el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», efectuada el 11 de febrero de 1992), la aplicación de esta ley para fijar el precio de la transmisión forzosa de las fincas rústicas a favor de los arrendatarios demandantes suponía una aplicación retroactiva de dicha ley contraria al mandato contenido en el artículo 2.3 del Código Civil.

c) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió los referidos recursos en las sentencias de 1 de octubre de 1997 (recurso núm. 2834/93), de 4 de octubre de 1997 (recurso núm. 2838/93), de 4 de noviembre de 1997 (recurso núm. 2835/93), de 24 de octubre de 1997 (recurso núm. 2833/93, de 30 de octubre de 1997), recurso núm. 2839/93), de 3 de noviembre de 1997 (recurso núm. 2836/93), de 8 de noviembre de 1997 (recurso núm. 2837/93), de 12 de febrero de 1999 (recurso núm. 2649/94), de 7 de octubre de 1999 (recurso núm. 388/95), y 19 de octubre de 1999 (recurso núm. 389/95), estimando el motivo en el que se denunciaba la infracción del artículo 2.3 del Código Civil, declarando haber lugar a la casación de las sentencias recurridas al considerar que no cabía la aplicación retroactiva de la Ley 1/1992, de 10 de febrero (art. 2.2), debiéndose estar para la determinación del precio de las fincas litigiosas a la legislación vigente al tiempo de inicio de los procesos (arts. 98 de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, y 39 y 43 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954).

d) Sin embargo, en la sentencia de 27 de abril de 1999 (recurso núm. 2648/94) que ahora se impugna, pese a que concurrió el mismo supuesto de hecho que el decidido en las sentencias que se dejan mencionadas, siendo incluso el recurrente la misma persona, desestimó el motivo en el que se denunciaba la infracción del artículo 2.3 del Código Civil con la siguiente fundamentación jurídica:

«No se ha producido retroactividad de ninguna ley, en el presente caso: la Ley de Arrendamientos Rústicos establece un derecho, el de acceso a la propiedad, con unos presupuestos y mediante el pago del justiprecio; la forma de fijar éste, el sistema o el procedimiento han cambiado tres veces en un corto período de tiempo y en cada momento se debe seguir la forma, el sistema o el procedimiento vigente en el mismo, no uno derogado, lo cual no significa retroactividad, y eso es lo que han dispuesto, correctamente, las sentencias de instancia. Por lo que este motivo decae también».

e) Con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, la representación del recurrente mediante escritos presentados en fechas 19 de octubre y 3 de noviembre de 1999, comunicó que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvió dos nuevos recursos interpuestos por el hoy demandante de amparo en las sentencias de 7 de octubre de 1999 (recurso núm. 388/95) y de 19 de octubre de 1999 (recurso núm. 389/95), en las que declaró haber lugar al recurso de casación planteado, siguiendo la misma doctrina de las ocho primeras sentencias antes citadas, en el sentido de que para la determinación del precio de las fincas litigiosas había de estarse a la legislación vigente al tiempo de inicio de los procesos (arts. 98 de la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, y 39 y 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954).

3. El recurrente denuncia la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art 14 CE), porque la sentencia recurrida ha resuelto el asunto debatido en el proceso de manera distinta a cómo lo ha hecho la misma Sala en otros ocho procedimientos anteriores y en dos procedimientos posteriores en los que se discutió un asunto idéntico. En todos los procesos, el recurrente figuró como demandado ante Juzgados de Primera Instancia de Segovia, fue apelante ante la Audiencia Provincial de Segovia y, finalmente, recurrente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

El resultado de los recursos de casación ha sido el siguiente: 1) Las ocho primeras sentencias por orden cronológico resuelven que el precio debe determinarse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa (valor real) y rechazan expresamente la aplicación al caso de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, con arreglo a la cual el precio sería la media aritmética entre el valor real de mercado y el valor catastral, porque las demandas se habían presentado con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley; 2) La sentencia ahora impugnada (la novena en el orden cronológico) se aparta sin razonamiento alguno del criterio de las anteriores y declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la aplicación al caso de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, y 3) En dos sentencias posteriores (la décima y undécima en el orden cronológico), la Sala de lo Civil sigue la misma doctrina de las ocho primeras sentencias y rechaza la aplicación retroactiva de la citada Ley 1/1992 para la determinación del precio de las fincas litigiosas.

En atención a lo expuesto, la representación del recurrente solicita de este Tribunal que otorgue el amparo y anule la sentencia de 27 de abril de 1999 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que resuelve el recurso de casación número 2684/94, para que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicte nueva sentencia en la que mantenga el mismo criterio sustentado por la propia Sala al resolver los distintos recursos de casación planteados sobre la misma cuestión por el recurrente.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por don Antonio Gallego de Chaves Escudero y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.
- 2.º Anular la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1999, dictada en el recurso de casación número 2648/94.
- 3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que se dicte nueva resolución conforme con el contenido declarado del derecho fundamental, en los términos recogidos en el Fundamento Jurídico 5.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo se dirige contra la sentencia de 27 de abril de 1999 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso de casación número 2648/94, interpuesto por el hoy demandante de amparo contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Segovia, de fecha 25 de marzo de 1994, en un juicio de cognición en el que se ejercitó por un tercero la acción de acceso a la propiedad con base en la legislación de arrendamientos rústicos. La cuestión planteada consiste en determinar si dicha sentencia ha supuesto una vulneración del derecho del recurrente a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), como se sostiene en la demanda, o de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), como fue puesto de manifiesto por este Tribunal haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 84 LOTC.

La infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), alegada por el recurrente y apoyada por el Ministerio Fiscal, se basa en que en la sentencia recurrida la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha re-

suelto una de las cuestiones planteadas en el recurso (la referida al precio que debían pagar los arrendatarios para acceder a la propiedad de las fincas arrendadas) de manera distinta a como lo había hecho en ocho recursos anteriores, también planteados por el recurrente y en los que se discutían asuntos idénticos. En relación con la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), planteada por este Tribunal al amparo del artículo 84 LOTC, el recurrente considera que la sentencia impugnada es arbitraria y vulnera el citado derecho al aplicar retroactivamente la Ley 1/1992, de 10 de febrero, para determinar el precio de la transmisión y fijar así, sin motivo ni razonamiento alguno, un precio diferente al fijado en los otros supuestos; el Ministerio Fiscal, por su parte, considera que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva puede resultar de la falta de razonamiento de la sentencia recurrida sobre la temática de la retroactividad o irretroactividad de las normas de aplicación para la cuantificación del precio de acceso a la propiedad. La representación procesal de la otra parte personada, don Alejandro Llorente Fuentes, pide la desestimación del recurso por entender que la sentencia impugnada no vulnera ninguno de los citados derechos.

2. Planteada así la cuestión, procede rechazar de entrada la alegada infracción del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley, pues, dejando a un lado si nos encontramos o no ante un cambio de criterio injustificado y *ad casum* por parte de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo cierto es que la aplicación del principio de igualdad exige un elemento de alteridad (SSTC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2, y 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5), lo que no concurre en el presente caso.

El recurrente alega que en la sentencia ahora impugnada la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha resuelto el recurso de casación de manera distinta a como lo había hecho en ocho sentencias anteriores (y también en dos posteriores) en las que resolvió otros tantos recursos de casación por él interpuestos, en los que se discutía la misma cuestión litigiosa. Es evidente, por tanto, que el recurrente no denuncia un trato desigual en relación con otra u otras personas, sino respecto de sí mismo en otros recursos por él interpuestos, y que la pretensión incumple el requisito de alteridad exigible a todo alegato relativo a la vulneración del derecho a la igualdad de trato.

3. Acotado el ámbito de nuestro análisis, la cuestión a resolver es la planteada por este Tribunal al amparo del artículo 84 LOTC, referida a la posible infracción por la sentencia recurrida del derecho del recurrente de amparo a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

El examen del supuesto ahora planteado nos lleva a constatar los siguientes extremos:

a) El recurrente, en su condición de propietario-arrendador de distintas fincas rústicas, fue demandado en once juicios de cognición por los respectivos arrendatarios ejercitando el derecho de acceso a la propiedad con base en la legislación de arrendamientos rústicos. En los distintos procesos el recurrente obtuvo respuestas judiciales coincidentes en primera instancia y en apelación, pues todas las sentencias de instancia, posteriormente confirmadas en apelación, estimaron las demandas interpuestas por los respectivos arrendatarios contra el hoy recurrente, declararon el derecho de los arrendatarios a acceder a la propiedad de las fincas arrendadas y fijaron el precio de la transmisión con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 1/1992, de 10 de febrero.

b) Contra las sentencias de apelación recaídas en los distintos procesos, el hoy demandante interpuso los oportunos recursos de casación, alegó como motivo casacional, entre otras cuestiones, la aplicación retroactiva de la Ley 1/1992 para fijar tal precio que debían pagar los arrendatarios para acceder a la propiedad de las fincas arrendadas, argumentando que los juicios de cognición se habían interpuesto en una fecha anterior a la entrada en vigor de la citada Ley.

c) La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al resolver separadamente los distintos recursos de casación interpuestos por el hoy recurrente de amparo, ha dado dos respuestas radicalmente distintas entre sí respecto del punto controvertido, puesto que, como con detalle se recoge en los antecedentes, en las ocho primeras sentencias dictadas (también en dos posteriores, la décima y undécima en el orden cronológico) declaró haber lugar a los recursos, casó las resoluciones recurridas y resolvió que el precio debía determinarse con base en el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa (valor real), rechazando expresamente la aplicación al caso de la Ley 1/1992, de 10 de febrero (con arreglo a la cual el precio sería la media aritmética entre el valor real de mercado y el valor catastral), porque las demandas se habían presentado con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley; por el contrario, en la sentencia ahora impugnada (la novena en el orden cronológico) declara no haber lugar al recurso de casación, confirmando la aplicación al caso de la Ley 1/1992, de 10 de febrero.

d) En la sentencia ahora recurrida no se menciona la existencia de las anteriores en las que la Sala de lo Civil resolvió otros recursos de casación con idéntico objeto planteados por el mismo recurrente. Tampoco se justifica la divergencia de los pronunciamientos, pues la Sala se limita a razonar, con carácter general, que en orden a la determinación del precio debe seguirse la forma, el sistema o el procedimiento vigente y no uno derogado (Fundamento de Derecho segundo), pero sin reparar en que otros supuestos similares planteados por el mismo recurrente y resueltos antes la solución dada por la propia Sala había sido diferente. Por ello, no es posible identificar en la sentencia impugnada la razón por la que en uno de los varios procesos planteados el precio de las fincas litigiosas debe calcularse de forma distinta a los demás.

4. Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el derecho a la tutela judicial efectiva supone el de obtener una decisión motivada sobre la pretensión deducida, pero que el artículo 24.1 CE no garantiza el acierto del órgano judicial en cuanto a la solución del caso concreto. También se ha afirmado con reiteración que los errores patentes o inexactitudes cometidos por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre; 190/1990, de 26 de noviembre, y 101/1992, de 25 de junio), a menos que aquéllos hubieran sido imputables a la negligencia de la parte, pues, de ser así, se estaría causando una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 190/1990, de 26 de noviembre, y 107/1987, de 25 de junio). Por ello este tipo de situaciones, al no existir otro remedio jurisdiccional, han de ser corregidas por este Tribunal a través de la vía de amparo, puesto que dentro de este recurso tiene cabida la corrección de «cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional (STC 55/1993, de 15 de febrero, FJ 2).

Ahora bien, en el presente caso no se trata de revisar la interpretación y aplicación que de la legalidad ha hecho el Tribunal Supremo en la sentencia recurrida, lo que no corresponde a este Tribunal, ni siquiera su comparación con la hecha en las sentencias anteriores y posteriores que se aportan como término de comparación, puesto que es posible que todas las resoluciones, en sí mismas consideradas, sean correctas. Tampoco se trata de corregir algún tipo de error patente o de aplicar el canon de la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad de las resoluciones judiciales, ya que la sentencia contra la que se dirige el recurso de amparo es una resolución razonada, motivada y debidamente fundada. El problema que en este caso se nos plantea no es tanto el de una resolución judicial que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por el mismo órgano judicial en supuestos anteriores sustancialmente iguales, sino el de una persona que obtiene resoluciones contrapuestas, sin razón alguna aparente que las avale, respecto de idénticas pretensiones ejercitadas en defensa de sus intereses.

En consecuencia, el contenido del derecho a la tutela judicial, aquí en cuestión, se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En el presente caso es claro que un mismo asunto litigioso, con independencia y más allá de la concreta fundamentación jurídica de las diversas sentencias, ha recibido del mismo órgano judicial, en sede casacional, dos respuestas diferentes y aparentemente contradictorias, lo que supone un resultado arbitrario en la medida en que el recurrente ha obtenido distintas respuestas sin que medie un razonamiento que así lo justifique.

Este Tribunal tiene declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los órganos (art. 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 CE (SSTC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 81/1995, de 5 de junio, FJ 4). El presente caso es uno de ellos y, al no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado por este Tribunal a través de la vía de amparo, para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que tengan que soportar una respuesta judicial diferente y no justificada; aunque ello sea fruto de la inadvertencia por el órgano judicial de que la solución ofrecida era distinta respecto de la solución dada anteriormente a casos idénticos o esencialmente similares.

5. A fin de restablecer al demandante en la plenitud de su derecho, basta con disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que por la propia Sala se dicte, con plenitud jurisdiccional, nueva resolución en el recurso de casación mediante la que se elimine el resultado disconforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de tal forma que la fundamentación de la nueva sentencia explicita las razones por las que se resuelve de modo diferente a como se hizo en los casos anteriores, a menos que decida de modo idéntico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

II. Resoluciones de la Dirección General

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

a) Registro de la Propiedad

Resolución de 12 de marzo de 2002
(*BOE* 29-5-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE QUERELLA. TRACTO SUCESIVO.

Se deniega la anotación ordenada sobre fincas inscritas en favor de persona jurídica distinta de los querellados. Las exigencias del tracto sucesivo impiden la práctica del asiento (art. 20 LH). Además es doctrina de la Dirección General, que no está prevista en el artículo 42 de la LH, la anotación por querella criminal. Unicamente cabría si con la acción penal se ejercitase la civil; pero en este caso no resulta que exista pretensión de nulidad de las enajenaciones que originaron la querella, por lo que se confirma la negativa.

Resolución de 13 de marzo de 2002
(*BOE* 30-5-2002)

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. LIMITE DEL ARTICULO 114 LH.

Aunque no se establezca un tipo máximo, es admisible la fijación de la cantidad máxima que se puede alcanzar en concepto de intereses. En cuanto al tope fijado por el artículo 114 LH, no significa otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios y de demora; respetando esta exigencia, ninguna dificultad hay para poder reclamar todos los intereses devengados por las respectivas definiciones de su garantía hipotecaria dentro de los máximos legales.

Resolución de 14 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

HIPOTECA. NOVACION. MODIFICACION DE CONDICIONES.

Es inscribible la escritura en la que se modifican las condiciones del tipo de interés, con cláusula en la que después de fijarse un índice de referencia principal y el sustitutivo, se acuerda que si fuera imposible conocer el valor de estos índices para un período siguiente, el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo, en virtud de la autonomía de la voluntad que autorizan los artículos 1.115 y 1.255 del Código Civil. Constando en el Registro los datos iniciales del crédito, no es preciso aportar de nuevo la escritura de la constitución de la hipoteca para poder inscribir el título de la modificación.

Resolución de 15 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

HIPOTECA. NOVACION. MODIFICACION DE CONDICIONES.

Es inscribible la escritura en la que se modifican las condiciones del tipo de interés con cláusula en la que después de fijarse un índice de referencia principal y el sustitutivo, se acuerda que si fuera imposible conocer el valor de estos índices para un período siguiente, el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo, en virtud de la autonomía de la voluntad que autorizan los artículos 1.115 y 1.255 del Código Civil. Constando en el Registro los datos iniciales del crédito, no es preciso aportar de nuevo la escritura de la constitución de la hipoteca para poder inscribir el título de la modificación.

Resolución de 16 de marzo de 2002
(BOE 29-5-2002)

SOCIEDAD DE GANANCIALES. NECESIDAD DE PREVIA LIQUIDACION.

En juicio ejecutivo seguido sólo contra el marido, una vez fallecida la esposa, se remata una finca ganancial, sin que concurra la previa liquidación de la sociedad conyugal. La Dirección General confirma la negativa del Registrador porque el principio de tracto sucesivo impone como necesario la liquidación y la previa inscripción del título correspondiente.

Resolución de 18 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

HIPOTECA. ANOTACION DE DEMANDA SOBRE SU VALIDEZ.

El asiento de anotación de la demanda que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es cancelable sólo en virtud del auto que aprueba el remate o adjudicación de la finca en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca cuestionada.

Resolución de 20 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

SEGREGACION Y OBRA NUEVA. REQUISITOS.

Aportadas las correspondientes licencias municipales y acreditado el cumplimiento de los demás requisitos de la legislación urbanística, se resuelve en el sentido de ser inscribible la segregación de una parcela que es urbana y de la obra nueva que se declara.

Resolución de 23 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

ERROR DE CONCEPTO. RECTIFICACION.

El titular de una finca expropiada pretende obtener la rectificación del asiento mediante una instancia ante el Registrador, por entender que se ha cometido un error de concepto en su redacción. No procede, pues el artículo 218 LH establece que cuando el Registrador o cualquiera de los interesados se opongan a la rectificación de un error de concepto, por estimar que la inscripción no es conforme con el título presentado, la pretensión de rectificación debe dilucidarse en juicio ordinario.

Resolución de 27 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

HIPOTECA. ANOTACION DE DEMANDA SOBRE SU VALIDEZ.

El asiento de anotación de la demanda que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es cancelable sólo en virtud del auto que aprueba el remate o adjudicación de la finca en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca cuestionada.

Resolución de 1 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

HERENCIA. HEREDERA UNICA.

Es inscribible la escritura de manifestación de herencia otorgada por la viuda del causante, heredera única, la cual liquida la sociedad conyugal y se adjudica los bienes hereditarios, toda vez que se acredita el fallecimiento de la madre del testador antes de la muerte de éste. Se rechaza la extemporaneidad del recurso, pues la calificación primera se produjo durante la vigencia de las normas precedentes.

Resolución de 2 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

NULIDAD DE INSCRIPCIONES. CANCELACION DE ASIENTOS POSTERIORES.

Por sentencia firme se declara la nulidad de dos inscripciones de compraventa y se ordena su cancelación. Al existir otros asientos posteriores, cuyos titulares no han sido demandados, se deniega la práctica de las cancelaciones ordenadas. Pero la Dirección General declara que esto no obsta para que, sin perjuicio de mantener otros asientos posteriores, pueda reflejarse registralmente la nulidad de los títulos de dominio iniciales, para evitar que el Registro quede abierto a nuevos actos amparados por una apariencia errónea.

Resolución de 3 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

CONCESION ADMINISTRATIVA. CESION PARCIAL.

Es inscribible una escritura por la que una sociedad, cotitular de una concesión, previamente dividida, contando con la autorización administrativa pertinente, cede una parte física de su lote a una tercera sociedad a cambio de la asunción por la cesionaria de una deuda de la cedente, pues es posible establecer derechos sobre una parte de la finca sin necesidad de división o segregación, siempre que la parte sobre la que recaiga tal derecho esté perfectamente delimitada e inscrita.

Resolución de 4 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

CADUCIDAD DE LA ANOTACION DE EMBARGO/PRORROGA IMPROCEDENTE.

No se puede practicar la prórroga de una anotación preventiva de embargo cuando ésta ha caducado, porque a partir de la fecha de la caducidad carece de todo efecto jurídico.

Resolución de 5 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

SUBSUELO PUBLICO. DESAFECTACION PARA EDIFICIO PATRIMONIAL.

Se declara inscribible como finca independiente una unidad subterránea constituida por un volumen edificable bajo suelo de carácter público municipal, previa la correspondiente desafectación, como bien demanial, de aquella unidad, configurándola como patrimonial. El aforismo *usque ad inferos* cede al principio de la función social de la propiedad. No hay precepto en la Ley

de Propiedad Horizontal que excluya la posibilidad de su aplicación a elementos del régimen demanial público. La segregación de la unidad subterránea no la desconecta totalmente del suelo. No se merma el destino público del suelo por el hecho de que el subsuelo sea objeto de aprovechamiento privativo.

Resolución de 8 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

HIPOTECA. DIVISION Y MODIFICACION DEL PRESTAMO.

Es inscribible la modificación de un crédito hipotecario en la que el primitivo crédito e hipoteca se dividen en dos, pasando la finca hipotecada a estar gravada con una primera y otra segunda hipoteca en garante del principal, intereses y costas que correspondan por cada uno de los respectivos créditos. Aunque los artículos 1.860 del Código Civil y 122 LH establecen la indivisibilidad de la hipoteca, no hay obstáculo alguno para el acuerdo distinto entre el acreedor y el deudor hipotecarios, siempre que no haya otros gravámenes sobre el bien hipotecado.

Resolución de 10 abril de 2002
(BOE 4-6-2002)

HIPOTECA. INTERES VARIABLE.

Si se fija un tipo máximo exigible, aunque se exprese que tal fijación lo es «a los únicos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por interés», debe entenderse que el alcance del derecho real de hipoteca se refiere tanto *inter parte* como *erga omnes*.

Resolución de 11 de abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

ANOTACION CADUCADA. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES.

Caducada una anotación preventiva de embargo trabado en los autos de un juicio ejecutivo, no pueden cancelarse, en virtud de lo acordado en los mismos, las cargas posteriores, una vez que tal caducidad se ha producido, pues la anotación carece desde entonces de toda eficacia jurídica.

Resolución de 13 de abril de 2002
(BOE 5-5-2002)

RECURSO GUBERNATIVO. NECESIDAD DE LA DOCUMENTACION.

Es imposible resolver un recurso si no se tiene a la vista la documentación que se refiere a la calificación recurrida.

Resolución de 15 de abril de 2002
(BOE 4-6-2002)

**ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. BIENES EX-GANANCIALES.
TRACTO SUCESIVO.**

Se suspende la práctica de la anotación ordenada por estar la finca inscrita a nombre de la esposa del demandado, por anterior disolución de la sociedad de gananciales. El asiento lo impide el tracto sucesivo y la salvaguardia judicial de las inscripciones.

Resolución de 16 de abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

CONDICION RESOLUTORIA. CANCELACION DE LA MODAL.

Se hizo donación a una Confraternidad Sacerdotal de un solar bajo condición resolutoria expresa de que se destinase a la construcción de una iglesia o capilla destinada al culto divino o apostolado propio de la confraternidad y al bien de las almas. Edificada la capilla, se solicita la cancelación de la condición resolutoria, lo que no se declara procedente si no media el consentimiento de los donantes o sus herederos, según el artículo 82 de la LH, pues la Registradora no puede apreciar por sí sola si se ha cumplido fielmente la condición impuesta.

Resolución de 17 de abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

SOCIEDAD DE GANANCIALES. APORTACION DE BIENES PRIVATIVOS.

El marido aporta a la sociedad la vivienda familiar que era privativa. Se considera inscribible al expresarse en la escritura una causa onerosa suficiente para el desplazamiento patrimonial, que viene constituida por ser en compensación de los gastos realizados para contraer matrimonio, unido al hecho de que el precio de la vivienda pendiente de pago se va a satisfacer con dinero ganancial.

Resolución de 18 de abril de 2002
(BOE 4-6-2002)

OPCION DE COMPRA. CANCELACION DE DERECHOS POSTERIORES.

Inscrita una opción de compra, se anotan posteriormente varios embargos, no pudiendo cancelarse estas anotaciones sin que previamente se haya procedido a la consignación del precio de la compraventa efectuada. El precio pagado pasa a ocupar, por subrogación real, la posición jurídica que correspondía al inmueble.

Resolución de 19 de abril de 2002
(BOE 4-6-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE SENTENCIA. CANCELACION DE LA INSCRIPCION DE DOMINIO.

Se puede practicar una anotación preventiva de la cancelación de una inscripción de dominio dictada en sentencia no firme, donde se declara nula la adjudicación de una finca, pues es relevante la publicación tabular de la específica situación en que se encuentra la titularidad de la finca a que se refiere la sentencia.

Resolución de 20 de abril de 2002
(BOE 26-6-2002)

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO. TITULO HABIL PARA INSCRIBIR.

La sentencia firme declarativa de la propiedad es bastante para conseguir la inscripción, pues no necesita ejecución ni otras actividades procesales, bastando como título el testimonio suficiente de dicha sentencia y la expresión de que es firme.

Resolución de 22 de abril de 2002
(BOE 26-6-2002)

DONACION DE INMUEBLES. NECESIDAD DE ACEPTACION.

Según el artículo 618 del Código Civil es requisito necesario la aceptación del donatario, en el propio instrumento en que conste la voluntad del donante o en otro independiente, en vida del mismo. Sin embargo, no se precisan términos sacramentales, con tal que conste claramente tal aceptación.

Resolución de 23 de abril de 2002
(BOE 4-6-2002)

PODER PARA CANCELAR. CALIFICACION.

La Dirección General, siguiendo los artículos 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y 18 de la LH, en la línea de la Resolución de 12 de abril de 2002, declara que en este caso no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de apoderamiento y el contenido de la escritura, ya que del propio título resultan los elementos necesarios para que el Registrador pueda cumplir con su función calificadora.

Resolución de 24 abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

TRACTO SUCESIVO. ANOTACION DE EMBARGO DENEGADA.

Liquidada la sociedad de gananciales y adjudicada la finca a la esposa, se deniega la práctica de la anotación ordenada en expediente contra el marido, por aparecer inscrita la finca en favor de persona distinta del deudor (arts. 20 y 38 LH).

Resolución de 25 de abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

SUBROGACION DE HIPOTECA. FIJACION DE RESPONSABILIDAD.

En la escritura de subrogación no basta con referirse tan sólo a los nuevos intereses que se modifican, sino que es preciso señalar claramente la nueva responsabilidad hipotecaria de la finca, dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito garantizado.

Resolución de 26 de abril de 2002
(BOE 26-6-2002)

CALIFICACION DE APODERAMIENTO. ACTUACION NOTARIAL.

Interpretando los artículos 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el 18 de la LH en la línea de la Resolución de 12 de abril de 2002, se declara que no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de apoderamiento y el contenido de la escritura, ya que del propio título resultan los elementos necesarios para que el Registrador puede cumplir con su función calificadora.

Resolución de 28 de abril de 2002
(BOE 26-6-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA. CONTENIDO DE LA PETICION.

Se demanda la declaración de haberse construido en exceso y que se haga constar en el Registro la extralimitación. Debe anotarse la demanda, pues en el número 1 del artículo 42 de la LH se deben incluir aquellas demandas que, de prosperar, producirían una alteración de la situación jurídica que el Registro publica.

Resolución de 30 de abril de 2002
(BOE 28-6-2002)

HIPOTECA. NOVACION Y AMPLIACION DE CREDITO.

No procede la cancelación parcial de la hipoteca al reconocerse que se ha reducido el importe de la obligación garantizada, pues la cancelación exige el

consentimiento de su titular o sentencia firme. La constancia del pago parcial que expresamente se contempla en el artículo 144 LH y 240 de su Reglamento, sólo produce los efectos que de su reflejo registral puedan derivarse, pero dejan incólume el derecho de hipoteca inscrito.

Pero de la subsistencia de la hipoteca en su integridad no puede deducirse que pueda utilizarse en la medida que se da el exceso para garantizar la ampliación por la novación modificativa que se realiza.

Resolución de 3 de mayo de 2002
(BOE 26-6-2002)

CALIFICACION DE APODERAMIENTO. ACTUACION NOTARIAL.

Interpretando los artículos 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y el 18 de la LH en la línea de la Resolución de 12 de abril de 2002, se declara que no existe ninguna contradicción entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades de apoderamiento y el contenido de la escritura, ya que del propio título resultan los elementos necesarios para que el Registrador pueda cumplir con su función calificadora.

Resolución de 6 de mayo de 2002
(BOE 26-6-2002)

CUOTA INDIVISA DE APARCAMIENTO. DETERMINACION DE USO EXCLUSIVO.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, no declaró nulo el primer párrafo del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, por lo que puede inscribirse la cuota indivisa, aunque para su completa inscripción como separada se debería completar con su descripción.

Resolución de 7 de mayo de 2002
(BOE 26-6-2002)

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA. SOLICITUD PRIVADA.

Se deniega la anotación pedida por solicitud privada, pues es título esencial el mandamiento judicial, ya que al Juez corresponde apreciar la existencia de los requisitos suficientes.

Resolución de 8 de mayo de 2002
(BOE 26-6-2002)

PRINCIPIO DE PRIORIDAD. LIMITACIONES POSTERIORES A LA PRESENTACION.

Se transmite una finca libre de toda limitación en el momento de la presentación en el Registro, por lo que no pueden afectarle decisiones judiciales

posteriores contra el transmitente, y menos cuando el adquirente no ha intervenido en el procedimiento, el cual no le puede perjudicar, pues se daría un supuesto de indefensión, prescrito por el artículo 24 de la Constitución. Dado el alcance del principio de prioridad, la calificación debe realizarse de lo que resulte del título y de la situación tabular en el momento de su presentación en el Registro.

b) Registro Mercantil

Resolución de 22 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

SOCIEDAD ANONIMA. ABSORCION. BALANCE. PLAZO PARA RECURRIR.

Se suspende la inscripción porque no consta la fecha del balance de la sociedad absorbente. Pero el artículo 244 de la Ley de S.A. tan sólo exige que la escritura de fusión contenga el balance de las sociedades que se extinguen sin incluir esta exigencia para el balance de la sociedad absorbente, por lo que en puridad no será necesario que conste su fecha, si la manifestación obra en la escritura. Como cuestión previa, el Registrador apuntaba que de acuerdo con la Disposición 18.^a de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, había extemporaneidad en el recurso; pero aquí el artículo 325 LH, al que se remite la Disposición Adicional 24 de dicha Ley, declara que en este caso el recurso no es extemporáneo, una vez que ha sido interpuesto al haberse subsanado el defecto inicial.

Resolución de 25 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

ASIENTOS EN EL REGISTRO MERCANTIL *NUMERUS CLAUSUS*.

No es inscribible el acuerdo de la Junta General de rechazar el cese del administrador único de la sociedad. Debe confirmarse el acuerdo de la Registradora que denegó la práctica de un asiento registral, pues esta inscripción no aparece regulada en ninguna norma legal y nuestro Registro Mercantil está regido por el criterio del *numerus clausus* respecto a las materias susceptibles de inscripción.

Resolución de 26 de marzo de 2002
(BOE 30-5-2002)

SOCIEDAD ANONIMA. CONSEJEROS. DURACION DEL CARGO.

Es inscribible la cláusula estatutaria en la que, después de fijar en general la duración del cargo de consejero por cinco años, se dispone que la Junta General podrá elegir como consejeros, por un plazo de ejercicio de dos años, a profesionales de singular relieve a criterio de la Junta General o del Consejo de Administración. No lo impiden las normas legales vigentes, ya que pueden

atenderse necesidades de la vida social y favorecer la incorporación de profesionales cualificados.

Resolución de 6 de abril de 2002
(BOE 30-5-2002)

DENOMINACION SOCIAL. ACTIVIDADES DEL OBJETO SOCIAL.

No se considera idéntica la denominación «Terra Mítica Hollyday, S. L.» con la preexistente «Terra Mítica Parque Temático de Benidorm, S. A.». Pero no se admite porque se considera defectuosa una denominación que hace referencia a una actividad no incluida en el objeto social, ya que debe exigirse veracidad para evitar confusiones.

SOCIEDAD ANONIMA. CIERRE REGISTRAL. IMPUESTO DE SOCIEDADES.

El artículo 137 de la Ley de 1995, que regula dicho impuesto, establece que si por incumplimiento de sus obligaciones fiscales consta nota al margen de la hoja social, no puede realizar, en lo sucesivo, ninguna inscripción que concierna a la sociedad si no se presenta certificación de alta en el Índice de Sociedades.

Resolución de 12 de abril de 2002
(BOE 5-6-2002)

SOCIEDAD ANONIMA. CONSEJEROS. PLAZO DE CARGO Y RETRIBUCIONES.

El plazo durante el que han de ejercer el cargo los consejeros nombrados por cooptación puede estar limitado, según los estatutos, el que faltare a sus antecesores para la extinción del mandato.

Otra cuestión es el régimen retributivo que plantean los estatutos para los consejeros que ejerzan, además, funciones ejecutivas en la empresa, sea relación laboral o mercantil. Es necesario que esta retribución esté expresamente prevista, determinándose el sistema o modalidad de la retribución. Puede fijarla una comisión de retribuciones, con posterior ratificación de la Junta General.

Resolución de 16 mayo de 2002
(BOE 19-6-2002)

CUENTAS ANUALES. INFORME DEL AUDITOR INDEPENDIENTE.

Para admitir el depósito de las cuentas anuales de una sociedad es preciso que se aporte un ejemplar del informe emitido por el auditor independiente nombrado por el Registro Mercantil, de conformidad con el artículo 205 de la Ley de S. A. y 378 del Reglamento del Registro Mercantil.

C) Registro de Hipoteca Mobiliaria

Resolución de 9 de abril de 2002
(BOE 3-6-2002)

HIPOTECA MOBILIARIA. BIENES YA HIPOTECADOS.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley, se declara no inscribible la hipoteca mobiliaria sobre maquinaria que ya había sido hipotecada, aunque ambas hipotecas se hayan constituido el mismo día, pactando que los dos derechos han de tener el mismo rango registral, pues éstos crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas, sobre todo en el momento de la ejecución, por imposibilidad de obtener el precio real una u otra de las hipotecas que se constituyen.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. SUBROGACION. CARTA DE PAGO Y CANCELACION.—NO CABE APLICAR EL ARTICULO 231 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO CUANDO LOS TITULOS QUE SE PRESENTAN ORIGINAN LA CANCELACION DE LA HIPOTECA POR EL PAGO DE LA OBLIGACION GARANTIZADA, PUES DICHO ARTICULO 231 ES MODIFICATIVO Y NO EXTINTIVO. (RESOLUCIÓN DE 2 DE DICIEMBRE DE 1999. BOE DE 11 DE ENERO DE 2000.)

RESOLUCION de 2 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas la subrogación prevista en los artículos 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en nombre de los cónyuges don Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, don Alberto Montes O'Connor, a hacer constar por nota al margen de determinadas hipotecas la subrogación prevista en el artículo 118.2 de la Ley y 231 del Reglamento Hipotecario con la presentación de las escrituras de carta de pago y cancelación de dichas hipotecas, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Sobre las fincas registrales números 24.878, 24.880 y 24.882, inscritas en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián, a favor

de los cónyuges don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, constan inscritas tres hipotecas a favor de las entidades «Banco Bilbao Vizcaya, Sociedad Anónima», «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima» y «Moda & Company di Iriarte, Sociedad Anónima».

En procedimiento ejecutivo ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, a instancia de «Industrias Valls, Sociedad Anónima», contra los titulares registrales, se trabó embargo sobre las tres mencionadas fincas, practicándose posteriormente las oportunas anotaciones: Letra R para la registral 24.878, letra G para la 24.880, y letra L para la 24.882.

Los días 14 de septiembre de 1990, 1 de junio de 1994 y 20 de julio de 1995, se otorgaron escrituras de carta de pago y cancelación de las hipotecas. El 18 de julio de 1996 recayó auto en el juicio ejecutivo por el que fueron adjudicadas las tres fincas a un tercero.

II. El 9 de mayo de 1996 se presentan por primera vez en el Registro de la Propiedad número 4 de San Sebastián, las mencionadas escrituras de carta de pago y cancelación de hipotecas, a las que se acompañan sendas instancias suscritas por un representante de los titulares registrales, con firmas legitimadas notarialmente, en las que tras hacer constar que, si bien en el procedimiento ejecutivo 47/91 se adjudicaron las tres referidas fincas a un tercero (pero en realidad el auto de adjudicación aún no había sido dictado), los titulares registrales habían pagado los créditos garantizados con las hipotecas, preferentes en rango registral a la carga en que se apoyaba la ejecución que motivó la enajenación judicial, y haciendo uso del derecho reconocido en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria y 231 del Reglamento, solicitan que se haga constar el pago y la subrogación por nota al margen de las inscripciones de hipoteca.

III. Dichas escrituras, acompañadas de las instancias referidas, fueron calificadas con la siguiente nota: «Reportada la precedente escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca el día 22 de este mes, una vez liquidado el impuesto, en unión de escrito firmado por don Jesús Zubiaurre Ormaeche, como representante del dueño de la finca gravada, en el que se solicita se practique nota al margen de la hipoteca haciendo constar el pago realizado por el deudor y la subrogación de éste en la cualidad de acreedor, conforme los artículos 118.2.º de la Ley Hipotecaria y 231 de su Reglamento, se deniega la práctica de dicho asiento por observarse los siguientes defectos insubsanables: 1.º La instancia del presentante es contradictoria con el título público que ha de motivar la inscripción, pues en base a la escritura presentada procede cancelar la hipoteca y no reflejar registralmente su modificación por subrogación de otra persona en la titularidad del crédito. 2.º El pago hecho al acreedor por el deudor obligado extingue la obligación y la hipoteca que garantiza su cumplimiento (arts. 1.156 y 1.164 del Código Civil). 3.º La confusión en una misma persona de los derechos de acreedor y deudor extingue igualmente la obligación (arts. 1.156 y concordantes del Código Civil), y no puede operar la subrogación contra dicha extinción del crédito por confusión (art. 1.210.3.º del mismo Código). 4.º Si bien una interpretación literal del artículo 231 del Reglamento Hipotecario podría ofrecer cobertura a la pretensión del presentante, dicho precepto ha de ser objeto de una interpretación coordinada con los artículos citados y con los otros de la Ley civil que se refieren al pago hecho por persona distinta al deudor (arts. 1.158, 1.159 y 1.209 al 1.213 del Código Civil), cobrando sentido únicamente la subrogación

prevista en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el tercer poseedor de los bienes gravados, o por el deudor pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario en la responsabilidad de las cargas o gravámenes anteriores o preferentes, de modo que por efecto de tal asunción de deudas legalmente previstas tenga ya el deudor primitivo la condición de tercero respecto de la obligación de pago, con lo que dicho pago no tendría ya efecto extintivo, sino de modificación por subrogación activa en el vínculo obligatorio. Contra la presente nota de calificación cabe recurso, en el plazo de cuatro meses, de conformidad con los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario y concordantes ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en apelación frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado. San Sebastián, 28 de mayo de 1996. El Registrador. Firma ilegible».

IV. Presentadas nuevamente estas escrituras en unión de instancias inscritas por los interesados, el 8 de julio de 1996, fueron calificadas el 19 de agosto de dicho año con la misma nota, si bien se suprimió el tercer defecto.

V. La Procuradora de los Tribunales, doña Isabel Apalategui Arrese, en representación de don Juan Francisco Jáuregui Santana y doña María José Beracoechea Otamendi, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, y alegó: Que los acreedores han dado a los interesados carta de pago de las sumas adeudadas, consintiendo la cancelación de las hipotecas, no habiéndose llevado a cabo la cancelación registral por expreso deseo de los propietarios, como lo demuestra que, transcurrido mucho tiempo desde el otorgamiento de las escrituras, éstas no habían sido presentadas en el Registro. Que, dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo ni se había dictado el auto de adjudicación, se presentaron en el Registro las escrituras de carta de pago y las instancias, solicitando que se hiciese constar la subrogación vía artículo 231 del Reglamento Hipotecario, y si bien se está de acuerdo que en un primer momento, se pidió la subrogación antes de tiempo, cuando los interesados aún eran titulares registrales de las fincas, esta cuestión ha sido resuelta (el auto de adjudicación recayó el 18 de julio de 1996), como reconoce el propio Registrador en su segunda nota de calificación de 19 de agosto de 1996, al señalar que no subsiste el tercer defecto de la nota anterior. Que no existe contradicción entre la instancia del presentante y el título público que ha de motivar la inscripción, pues la situación que nos ocupa está prevista en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario: Que en la escritura notarial no se expresa que se hace uso de la subrogación y establece la instancia como instrumento para dirigirse al Registro. Además, no procede cancelar las hipotecas que no han sido pedidas, como señala el Registrador, porque ello es contrario al principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Que el pago del deudor no extingue la hipoteca, ya que ello requiere la cancelación, conforme al artículo 76 de la Ley Hipotecaria, y que los artículos 1.156 y 1.164 del Código Civil se refieren al ámbito obligacional, no al real registral. Que no puede pretenderse una interpretación del artículo 231 del Reglamento Hipotecario coordinada con otro precepto que pueda conducir a la inaplicación del mismo, tal como pretende el Registrador, al señalar que la subrogación prevista sólo cobra sentido en el caso de que el pago hubiese sido hecho por el deudor, pero después de haber tenido lugar la subrogación del rematante o adjudicatario, ya que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario dice literalmente: «subrogado el rematante o adjudi-

catario, ..., si el importe de dichas cargas hubiese sido satisfecho por el deudor...» y si la Ley hubiera querido referirse al pago posterior, como pretende el Registrador, tendría que haber utilizado una expresión de futuro, no de pretérito.

VI. El Registrador de la Propiedad número 4 de San Sebastián, en defensa de su nota, informó: Que el principio de rogación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria significa que la inscripción, salvo excepciones, es voluntaria, no que el interesado pueda solicitar la práctica del asiento que le resulte conveniente, y así, en base a una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca, lo que procede es un asiento de cancelación, y si el presentante pretende que sea otro, el Registrador debe abstenerse de practicar asiento alguno. Que la pretensión del recurrente no puede fundarse en el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, ya que los títulos presentados originan un asiento de cancelación de la hipoteca, que ha tenido lugar, dado el carácter accesorio de la garantía, o consecuencia del pago de la obligación principal asegurada, mientras que el artículo 231 se refiere a una escritura o acta notarial de pago con efecto no extintivo, sino modificativo de la obligación garantizada y de la hipoteca, que se produce cuando habiendo pagado la obligación, no el deudor, sino un tercero, nace a favor de éste, además del derecho de reembolso del artículo 1.158 del Código Civil, el de subrogación del artículo 1.159, procediendo en este caso practicar, no una cancelación, sino una nota marginal, por tener el pago un efecto modificativo, por subrogación activa de la obligación y de la hipoteca (arts. 231 y 240 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 144 de la Ley Hipotecaria, y Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamo hipotecario). Que el artículo 76 de la Ley Hipotecaria es consecuencia de la protección dispensada a terceros por el ordenamiento hipotecario; no significa que la hipoteca no se extingue más que por su cancelación registral, sino que aunque la hipoteca se haya extinguido extrarregistralmente por pago de la obligación principal, mientras no sea cancelada, el asiento registral está protegido por la fe pública y registral. Que el artículo 231 del Reglamento Hipotecario, que hay que ponerlo en relación con los artículos 131, regla 8.ª de la Ley Hipotecaria, para el procedimiento judicial sumario, y el 1.415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para el procedimiento ejecutivo ordinario, aplica el mismo principio contenido en el artículo 118.2 de la Ley Hipotecaria: El rematante o adjudicatario en la subasta se subroga en la obligación garantizada con cargas o gravámenes anteriores o preferentes al que apoya la ejecución, de modo que, tras el remate, el primitivo deudor (al igual que el vendedor en el caso del art. 118.2) no tiene ya la condición de deudor obligado al pago y, si tras dicho remate el deudor originario paga, no se produce la extinción del vínculo obligatorio, sino la modificación de éste, por subrogación activa, originándose la situación prevista en los artículos 118.2 de la Ley Hipotecaria, y 1.210.3.º y 1.212 del Código Civil). En cambio, con relación al tercer poseedor de los bienes hipotecados no es necesario esperar al remate para que el efecto subrogatorio tenga lugar, pues éste no es deudor, y si paga al acreedor el pago no extingue el crédito sino que lo modifica al quedar subrogado dicho tercer poseedor en el crédito y garantías del que ha cobrado (art. 1.212 del Código Civil), ya que él tenía interés en el cumplimiento de la obligación (art. 1.210.3.º del Código Civil).

VII. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste.

VIII. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.156 y 1.206 del Código Civil; 118, 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, y 231 del Reglamento Hipotecario, y sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1999.

1. Son hechos relevantes en el presente recurso, los siguientes:

En juicio ejecutivo iniciado en 1991, se toman las oportunas anotaciones de embargo sobre varias fincas que constaban anteriormente hipotecadas.

En 1990, 1994 y 1995, los respectivos acreedores otorgan las correspondientes escrituras de carta de pago y cancelación, las cuales, «por deseo expreso de los propietarios —como manifiestan los representantes de los mismos en diversos escritos presentados en relación con estas actuaciones— no ha deseado llevar a cabo la cancelación registral».

También de los escritos de los recurrentes resulta que a consecuencia de las actuaciones ejecutivas, las diversas fincas fueron adjudicadas a un tercero antes del 9 de mayo de 1996.

Los propietarios y deudores, «dando por perdida la propiedad de las fincas, aun cuando no se habían ultimado algunos trámites del procedimiento ejecutivo» (según se dice en escrito de apelación; en otro momento informaron que el auto de adjudicación de las fincas lleva fecha de 18 de julio de 1996), en 8 de julio de 1996 presentaron las referidas escrituras de carta de pago y cancelación y, a la vez, solicitaron por instancia al Registrador que, por aplicación del artículo 232 del Reglamento Hipotecario, se hiciera constar por nota marginal la subrogación de los propietarios-deudores en las hipotecas anteriores al embargo ejecutado.

2. La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se transmita también al comprador la deuda garantizada con la hipoteca, de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor (el pacto por el que se establezca que el comprador «se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la responsabilidad con ella garantizada»), el consentimiento expreso o tácito del acreedor (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205 del Código Civil). De no darse este doble consentimiento, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda, no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, e incluso en el caso de que el comprador, por haberse comprometido frente al vendedor al pago de la deuda o por cualquier otra razón, hubiere descontado del precio el importe de la obligación garantizada o hubiere retenido este importe. Y es precisamente para esta hipótesis para la que el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria prevé una especial subrogación en favor del deudor: Si «al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca (la venta precede pues al pago y, no obstante la venta, el vendedor sigue siendo el deudor), quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

3. El artículo 231 del Reglamento Hipotecario no crea una especial hipótesis de subrogación —lo que sólo sería posible por vía de Ley— sino que se limita a aclarar que la especial subrogación que, conforme al artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, se produce en favor del deudor cuando paga después de vendida la finca, se produce también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a

la venta, como son el remate y la adjudicación en pago. En el caso de que se ejecute una finca gravada con hipotecas o cargas preferentes al crédito del actor, se entiende que el rematante o adjudicatario acepta estas cargas y que, frente al deudor o dueño de la finca gravada, asume «la obligación de satisfacerlas» (cfr. arts. 131.8.^a, 10 y 13.^a y 133.11 de la Ley Hipotecaria y 1.512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asume esta obligación sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. arts. 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1.205, 1.252 y 1.257 del Código Civil).

4. En el caso ahora planteado no procede la subrogación prevista en el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria, porque la deuda y, consiguientemente, la hipoteca habían dejado de existir antes de producirse el remate, y ya hemos visto que constituyen presupuestos legales de esta subrogación la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca. Desde que se produjo la extinción de la deuda por el pago hecho por el deudor y propietario de la finca hipotecada, se produjo, automáticamente, la extinción de la hipoteca. Y se produjo la extinción de la hipoteca aunque aún no se hubiera practicado en el Registro la correspondiente cancelación, pues la extinción del derecho inscrito es presupuesto y no efecto de tal asiento (cfr. art. 79 de la Ley Hipotecaria), regla aplicable también al derecho de hipoteca (cfr. art. 136 de la Ley Hipotecaria). Otra cosa es que el hecho extintivo de la hipoteca no pueda «perjudicar a tercero como no se haga constar en el Registro por medio» del asiento procedente, en este caso, la cancelación (cfr. arts. 76 y 144 de la Ley Hipotecaria); pero es evidente que el deudor y propietario de la finca hipotecada que pagó, no es un tercero en el acto extintivo, el pago, que provoca la extinción de la hipoteca.

5. Ciertamente, la discordancia del Registro con la realidad, en relación a las hipotecas extinguidas, plantea diversas cuestiones: Sobre la regularidad del procedimiento de ejecución si se anuncian subastas de las fincas con gravámenes que realmente no existían. Sobre si el rematante, al estimar que había que responder de cargas que realmente no existían, ha dado por las fincas un precio inferior al que habría correspondido; o si, por el contrario, por haber conocido antes el rematante la realidad de haberse extinguido las hipotecas, ofreció el precio que correspondía a una finca libre de esas cargas. Sobre la significación que haya de tener en las posibles irregularidades, el que la discordancia sea debida precisamente a la desidia o, quizá, a la intención fraudulenta de quien ahora pretende, en su favor, la resurrección de las hipotecas. Son, todas éstas, cuestiones distintas de las que resuelve el artículo 118.11 de la Ley Hipotecaria y las soluciones procedentes quedan fuera del automatismo de la vía registral.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 2 de diciembre de 1999.—El Director general, *Luis Cabello de los Cobos y Mancha*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

COMENTARIO

De nuevo en esta Resolución se plantean dos problemas que ya fueron objeto de la resolución de 12 de septiembre de 2000. En concreto, y aunque el tema por el que se plantea el recurso es la suficiencia del poder de los apoderados de las entidades de crédito para cancelar inscripciones de crédito hipotecario, subyace, y así se examina, el tema de la necesidad de causa de la cancelación.

1. En cuanto a este segundo aspecto, una vez más y de manera satisfactoria, a mi entender, la DGRN afirma contundentemente la imposibilidad de entender el consentimiento necesario para cancelar del artículo 82.1 LH, como un consentimiento formal. El Centro Directivo afirma la necesidad de causa en la cancelación y que dicha causa debe, además, expresarse. Pues según cuál sea la causa de la cancelación deberán exigirse requisitos distintos en cuanto a la capacidad necesaria para otorgar ese consentimiento para cancelar, verdadero negocio cancelatorio.

Conviene detenernos en este punto y hacer un breve repaso al concepto y sentido del consentimiento formal, y su aplicación o no, en el consentimiento cancelatorio del artículo 82.2 LH.

El consentimiento formal se encuadra dentro del denominado principio del consentimiento. Principio que Díez Pícazo define diciendo que «para transmitir el dominio y para constituir, modificar o extinguir un derecho real, por un lado, y para una inscripción o cualquier modificación en los asientos del Registro por otro, es necesaria la prestación de uno o varios consentimientos» (1). De esta definición del principio del consentimiento podemos deducir sus dos vertientes: por un lado, forma parte de este principio el «consentimiento material», que no es sino el acuerdo abstracto de dos voluntades dirigido a producir una modificación jurídico-real, con independencia de otra causa anterior que lo origine, o sea del negocio causal (ejemplo, transmiten el dominio finca sin decir qué causa: compra-venta, donación, permuta, etc.); y por otra parte como elemento integrante del principio del consentimiento, encontramos el consentimiento formal, que es la declaración de voluntad de un titular registral dirigida a la obtención de la práctica de un asiento en el Registro; es decir, la sola voluntad del titular es capaz de producir la extensión de un asiento registral, sin que sea necesario que en la realidad extrarregistral se haya producido el cambio real que el nuevo asiento publica.

El principio del consentimiento, con sus dos vertientes, opera en el Derecho alemán, donde encuentra todo su significado, debido a la especial configuración de la adquisición, modificación y transmisión de los derechos reales en el sistema germánico.

La transmisión de los derechos reales en el sistema alemán tiene dos momentos diferenciados: 1) el negocio obligacional, con eficacia sólo *inter partes*, por el que se obligan únicamente a celebrar un negocio dispositivo, y 2) el negocio dispositivo que se produce mediante un acuerdo abstracto entre transferente y adquirente —se ponen de acuerdo en transmitir, en que se produzca la modificación real, sin referencia a la causa de tal transmisión o modificación—, y la inscripción del mismo en el Registro; inscripción, por lo

(1) Véase Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 302.

tanto, constitutiva. Pues bien, la inscripción en el Registro se lleva a cabo únicamente mediante la declaración de voluntad del titular registral consintiendo en que se practique el asiento pertinente. Esta declaración de voluntad o consentimiento es el que antes hemos denominado consentimiento formal, que se caracteriza por ser unilateral, recepticio (dirigido al Registrador), abstracto (no depende de causa alguna, ni del negocio obligacional, ni del propio negocio dispositivo antecedente), formal, y dispositivo.

Pues bien, fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ quien introdujo en nuestro Derecho el principio del consentimiento. Si bien el consentimiento material no se admite en nuestro sistema de manera casi generalizada (por nuestro sistema de adquisición y modificación de los derechos reales del título y modo), el consentimiento formal sí que ha sido admitido por la doctrina; y, precisamente, una de sus manifestaciones más significativas es el consentimiento cancelatorio que establece el artículo 82.1 LH. Esto es así porque parece que la sola voluntad del titular dirigida al registro es suficiente para que, sin más, el Registrador cancele el asiento, sin necesidad de que esa voluntad o consentimiento se base en una causa o razón anterior.

Si el consentimiento del artículo 82.1 LH, cumple todas y cada una de las características que se acaban de indicar, habremos de concluir que se trata de un consentimiento formal, pero, sin embargo, si le falta una de ellas, ya no será un consentimiento formal en el sentido germánico, y habrá que tratar de recalificarlo para darle su verdadero significado.

Parte de la doctrina ha considerado tradicionalmente que sí se trata de un consentimiento formal (entre otros: JERÓNIMO GONZÁLEZ, CANO TELLO, SERRANO ALONSO, ROCA SASTRE, GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, DE LA RICA MARITORENA, HERNÁNDEZ GIL, SANZ FERNÁNDEZ, CHICO Y ORTIZ, LACRUZ BERDEJO, etc.), basándose como ya he dicho, en la dicción literal del artículo, y en alguna que otra Resolución de la DGRN (11 de abril de 1901, 24 de abril de 1936, 29 de marzo de 1935, 28 de abril de 1927, 22 de agosto de 1978).

Sin embargo, Díez Pícazo en un brillante trabajo («El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación») (2), se encargó de superar esta tesis tradicional, y rechazó que el consentimiento del artículo 82.1 LH fuera un consentimiento formal, pues no cumple todas las características propias del mismo, ya que se trata de un consentimiento causal y no abstracto, al igual que todo nuestro sistema causalista; y que tiene su causa, precisamente, en la extinción del derecho previa a toda cancelación, sin la cual no puede extenderse el asiento cancelatorio. No puede existir en nuestro Derecho la dislocación entre el Derecho material o sustantivo y el Derecho formal, necesaria para la existencia del consentimiento formal, luego es imposible que éste tenga alguna manifestación en nuestro sistema. Para Díez Pícazo el consentimiento del artículo 82.1 LH es un verdadero negocio jurídico unilateral, recepticio, causal y no abstracto, al que a partir de ahora denominaremos negocio cancelatorio, y que es uno de los presupuestos determinantes de la cancelación más frecuentes en la práctica. A Díez Pícazo le han seguido muchos otros autores, que dan por superada la idea del consentimiento formal en este precepto, admitiendo la nueva tesis del negocio cancelatorio, entre estos destacan: AMORÓS GUARDIOLA, ZUMALACÁRREGUI, Díez González, GÓMEZ GALLIGO, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, GARCÍA GARCÍA y otros.

(2) Véase Díez Pícazo, L., «El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación», en *Estudios de Derecho Privado*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 293-311.

Los argumentos más importantes para negar el carácter formal y abstracto de este consentimiento son:

1. El Registro español es de títulos. Por lo tanto, para que se practique cualquier asiento en el Registro será necesario que previamente se haya producido y se presente al Registrador el documento en el que conste el acto o negocio (título) por el que se produjo la modificación jurídico-real. En el caso de la cancelación, para que se extienda el asiento correspondiente será necesario, como regla general, la extinción del derecho inscrito.

2. La inscripción es declarativa —declara, constata una modificación jurídico-real que ya se ha producido— y, por lo tanto, exige la previa creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales por el título y modo. Lo mismo ocurre con la cancelación, que es también declarativa, y en consecuencia, se hace imposible la práctica de un asiento de cancelación sin que previamente se haya producido la extinción del derecho real —salvo los supuestos de ineficacia del asiento—.

3. Los artículos 1 y 2 LH, confirman las líneas precedentes al determinar que el objeto del Registro son los títulos. Además, el 173 RH exige que se presente el título por el que se acredite el negocio jurídico dispositivo que produjo la modificación jurídico-real, para que se pueda practicar la cancelación.

4. Como consecuencia de los puntos 1, 2 y 3, el consentimiento para la cancelación no puede, por sí solo, originar el asiento cancelatorio correspondiente. Tiene que fundarse en el negocio real del Derecho material que extinguió el derecho inscrito, en definitiva, en su causa. No hay separación entre la manifestación de la voluntad del titular registral para la cancelación y la extinción del derecho inscrito, o lo que es lo mismo, entre el Derecho sustantivo y el formal o registral; por tanto, no cabe el consentimiento formal en la cancelación.

5. El consentimiento para la cancelación tiene una causa en la que se basa y de la que depende. No es abstracto. Así lo ponen de manifiesto los artículos 79 y 80 de la LH, en combinación con la calificación registral para practicar una cancelación que, en virtud de los artículos 99 y 18 LH, atañe también al negocio dispositivo previo.

6. La causalidad de los asientos registrales en Derecho español no ofrece duda alguna. El artículo 193.2 RH, confirma este extremo respecto al asiento de cancelación, al exigir que en él debe especificarse su causa. De esta forma, se puede decir, no sólo que el negocio cancelatorio es causal, sino que su causa debe expresarse. Así se rebate el argumento de aquellos autores que, aunque consideran causal al negocio cancelatorio, mantienen que no es necesario la expresión de su causa, apoyándose para ello en el artículo 1.277 del Código Civil, que recoge la presunción de causalidad en el Derecho español.

7. La admisión del consentimiento formal puede poner en peligro la exactitud de nuestro sistema registral. Imagínense que fuera posible que con la simple declaración de voluntad del titular de un asiento a tal efecto, se cancelara dicho asiento —principio del consentimiento formal—. Consecuentemente, y en virtud del artículo 97 LH, cancelado el asiento se presumiría extinguido el derecho que publicaba; el problema surgiría cuando ese derecho no se hubiera extinguido en la realidad, y sin embargo, así lo presumiera el Registro. ¿El solo consentimiento del titular puede dar lugar a esta inexactitud registral? No parece, dentro de la lógica de nuestro sistema, el atribuir a una declaración de voluntad efectos tan desmedidos.

8. Si tanto la inscripción como la cancelación son vehículos de la publicidad registral, y por lo tanto, se les debe aplicar los mismos principios registrales, se puede concluir que, si no basta para la práctica de una inscripción que así lo consienta el perjudicado por la misma, tampoco bastará para la práctica de la cancelación.

9. La jurisprudencia registral ha declarado en varias ocasiones la necesidad de la causa, tanto en general, de los títulos que se presentan al Registro, como en particular, del consentimiento cancelatorio, de donde se concluye que ese consentimiento no puede ser formal en el sentido estricto y germánico de la palabra. Pueden verse, en este sentido, las Resoluciones: 26 de octubre de 1867, 16 de junio de 1898, 25 de junio de 1912, y posteriormente, Resoluciones de 18 de mayo de 1955, 12 de febrero de 1958, 3 de septiembre de 1982, 3 de diciembre de 1986 y 30 de junio de 1987, 12 de febrero y 18 de marzo de 1999. Asimismo, la DGRN se ha manifestado en varias Resoluciones en contra del consentimiento formal cancelatorio; baste ver, a este respecto, las Resoluciones de 22 de agosto de 1978 y 2 de noviembre de 1992. Sobre todo en esta última que en el Fundamento de Derecho número 3 establece claramente que «el párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista». A continuación, esta Resolución da una serie de argumentos a favor de la necesaria causalidad del consentimiento cancelatorio, por consiguiente, se reafirma la no aplicación del principio del consentimiento formal en estado puro en el artículo 82.1 LH. Esta Resolución es confirmada plenamente, puesto que la repite, por la Resolución de 27 de septiembre de 1999. Por último, aunque menos extensamente en sus argumentos, confirma esta idea la Resolución de 12 de septiembre de 2000.

La DGRN en esta Resolución asume todos estos presupuestos y afirma la necesidad de causa de la cancelación en su Fundamento de Derecho número 2, siguiendo la línea jurisprudencial que cobró fuerza a partir de la Resolución de 2 de noviembre de 1992. Por lo tanto y hasta aquí, considero que la doctrina que establece el Centro Directivo es extraordinariamente acertada.

Sin embargo, a continuación y como ya lo hizo en otras Resoluciones citadas (3), llega a una conclusión, a mi juicio, errónea. El hecho de que la cancelación deba tener siempre una causa que la justifique, no autoriza a deducir, o permítanme la expresión, «imaginar» esa causa de las palabras o incluso, en este caso concreto, del propio acto por el que se autoriza a cancelar la hipoteca al apoderado del acreedor hipotecario, una disposición unilateral del derecho inscrito. Es decir, la DGRN deduce como causa de esa cancelación la renuncia o abdicación del derecho de hipoteca inscrito a su favor. Renuncia que, en ningún momento, aparece expresada en la escritura de cancelación, siendo esta característica (ser expresa) requisito indispensable para su propia eficacia.

Luego, entiendo que la DGRN se confunde en este punto, admitiendo como causa de la cancelación la renuncia del derecho de hipoteca (por otra parte perfectamente admisible), al no constar ésta de manera expresa, y ni siquiera

(3) Véanse Resoluciones de 2 de noviembre de 1992, 27 de septiembre de 1999 y 12 de septiembre de 2000.

poder interpretarse así de las propias palabras de la escritura. Creo que es desmesurada la interpretación que hace la Dirección General en este extremo, y considero más acertada la opinión del Registrador que suspende la inscripción por faltar la expresión de la causa de la cancelación (4).

2. El tema base del recurso que da lugar a la presente Resolución es la suficiencia o no de los poderes otorgados por las respectivas entidades de crédito a sus apoderados, para cancelar la inscripción de hipoteca que se pretende.

En concreto, se discute sobre el poder otorgado por dos de los otorgantes de la escritura de cancelación, que son el Banco de Fomento y el Banco Español de Crédito. El primero de ellos otorga a su representante un poder en el que se expresa la facultad de «formalizar cartas de pago o finiquitos de los préstamos y cualesquiera otros riesgos que hayan sido satisfechos al Banco de Fomento, S.A., y cancelar las hipotecas constituidas a su favor sobre bienes muebles o inmuebles, otorgando las correspondientes escrituras públicas». Mientras que el Banco Español de Crédito concede como facultad, y entre otras perfectamente numeradas y concretas: «2) otorgar en nombre del Banco carta de pago de las deudas y créditos a favor del mismo, a que se refiere el número anterior, cancelando total o parcialmente las garantías a que también se hace referencia con el número precedente».

El sujeto legitimado para consentir en la cancelación, y por tanto cancelar un asiento, es el propio titular del derecho inscrito que debe cancelarse (en este caso los acreedores hipotecarios que son las entidades financieras); pero también pueden prestar el consentimiento para la cancelación sus representantes y causahabientes, según establece el artículo 82.1 LH. Los representantes «legítimos» del titular registral podrán cancelar y consentir en la cancelación cuando así se lo haya autorizado el titular registral, o tengan poder suficiente para ello, actuando siempre en nombre del titular.

La capacidad necesaria para cancelar es la capacidad máxima o de disposición, ya que la cancelación se equipara con un acto de riguroso dominio. Luego, el acreedor hipotecario, en este caso, debería tener esa capacidad (salvo excepciones) (5) para poder cancelar el asiento de crédito hipotecario. Pues bien, el representante voluntario del acreedor debe tener, consecuentemente, un mandato expreso para poder cancelar que deberá constar en escritura pública, dando debido cumplimiento, de este modo, a lo preceptuado en el artículo 1.713 del Código Civil, al considerarse, como ya he dicho, a la cancelación como un acto de riguroso dominio.

Pero, además, el poder que se otorgue a ese representante deberá ser muy específico y concreto, y se interpretará de forma estricta o restrictiva, no valiendo poderes genéricos o amplios que puedan cubrir una serie de facultades, si entre ellas no se encuentra o se deduce claramente la de cancelar.

(4) Véase a este respecto, los siguientes comentarios: VALERO FERNÁNDEZ REYES, A., y MARTÍN MARTÍN, A. J., «Comentario a las Resoluciones de 2 de noviembre de 1992», en *RCDI*, 1993, págs. 1593-1605, y el «Comentario a la Resolución de 12 de septiembre de 2000», hecho por mí en esta misma revista.

(5) Cuando el crédito hipotecario, cuya inscripción se pretende cancelar, se haya extinguido por el pago de la obligación garantizada, bastará para cancelar la capacidad de administrar sus bienes, al ser, sólo y entonces, en este caso concreto, la cancelación un acto debido del acreedor. Sólo así se explican, por ejemplo, las excepciones del artículo 178.2 y 5 RH.

En la presente Resolución se autoriza expresamente a ambos representantes a cancelar hipotecas, admitiéndose claramente dicha facultad, que se articula en un mandato expreso y concreto como tradicionalmente ha exigido la doctrina y la jurisprudencia, al considerar que la capacidad para cancelar debe ser la misma que para enajenar. Ahora bien, el poder otorgado por el Banco Español de Crédito parece que sólo autoriza para cancelar los créditos hipotecarios extinguidos por pago de la obligación garantizada, mientras que el otro poder parece atribuir la capacidad más general o genérica de cancelar hipotecas, con independencia de la causa de dicha cancelación. La DGRN así lo interpreta, y por lo tanto considera bastante el poder del apoderado del Banco de Fomento para cancelar la hipoteca extinguida (a su entender, por renuncia del acreedor), pues está autorizado (expresamente) para cancelar todo tipo de hipotecas (con independencia de la causa); mientras que el poder otorgado por el Banco Español de crédito no sería suficiente para cancelar esta hipoteca extinguida por renuncia, ya que sólo se le autorizaría al mismo a cancelar hipotecas extinguidas por previo pago de la obligación.

Como la interpretación que debe hacerse de los poderes debe ser siempre estricta y restrictiva, me parece adecuada la interpretación que en este caso hace la DGRN en los términos que acabo de exponer. Si aparece vinculada la facultad de cancelar al otorgamiento de cartas de pago, parece correcto que no pueda cancelar más que en ese supuesto. Sin embargo, quiero hacer una matización en orden a los poderes necesarios para cancelar por representantes y la capacidad necesaria para cancelar.

Si el representante debe tener capacidad máxima para cancelar, el poder que debe otorgarle dicha facultad debe ser expreso (art. 1.713 del Código Civil). Si le bastara la capacidad de administrar sus bienes, debería ser suficiente un poder general (art. 1.713 del Código Civil). No obstante, a los representantes siempre se les exige ese poder expreso y concreto, aunque, y en teoría, en algún caso debería bastar con un poder general, cuando la cancelación se trate de un acto debido, sólo en determinadas excepciones (vgr., la cancelación de la hipoteca por pago de la obligación garantizada, como bien sugiere la DGRN), para el que sería suficiente la capacidad de administrar. Pero esto no ocurre, y aunque coincida con el planteamiento de la DGRN de que es distinto cancelar porque se renunció a la hipoteca (capacidad de disponer), que cancelar porque se pagó y cobró el crédito asegurado (acto debido, capacidad de administrar), esto no debe tener el reflejo en el poder otorgado a los representantes, pues éstos siempre deberán actuar para cancelar, respaldados por un mandato expreso y específico para cancelar (6). Se trata de la excepción por el propio carácter que tiene la representación. Los poderes a los representantes deben interpretarse siempre de forma estricta, y se debe exigir que las facultades se especifiquen claramente, que se delimiten, y que se sea más exigente en su interpretación y requisitos para asegurar, en cierto modo, que el representado no va a poder realizar ningún acto fuera de la voluntad de su mandante. Todo esto conduce a exigir siempre un poder expreso y específico que, en este caso, les autorice a cancelar, o sea, a dispo-

(6) En este sentido se encuentran numerosas Resoluciones en las que se afirma que el poder dado para otorgar cartas de pago y cobrar créditos garantizados con hipoteca, no es suficiente, sin más, para cancelar las inscripciones correspondientes. Véase, Resoluciones de 9 de octubre de 1880, 24 de septiembre de 1891, 17 de junio de 1893, 27 de septiembre de 1924 y 29 de marzo de 1935.

ner. En consecuencia, siempre va a ser necesario un poder de este tipo (concreto), independientemente de la capacidad que, en principio, debería bastar al representado, y por tanto al representante para cancelar.

Por lo tanto y para terminar, considero que en el caso de la Resolución que se analiza, se cumplen las exigencias necesarias para poder considerar suficiente el poder para cancelar; otra cosa distinta es, como bien dice la DGRN, amparándose precisamente esa interpretación restrictiva de los poderes, que al aparecer ligada la cancelación a una causa determinada no pueda salirse de la misma, pero no porque necesite un poder que refleje otra capacidad diferente, ya que los representantes, por el carácter especial de la representación siempre necesitan un poder expreso donde se mencione la facultad de cancelar. Requisito, éste, que se cumple en ambos poderes analizados, aunque uno de ellos sea más amplio que el otro. Los dos son suficientes para cancelar, ahora bien, cada uno limitado al tipo de cancelación que se especifica.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. INTERESES VARIABLES. MAXIMO «A EFECTOS MERAMENTE HIPOTECARIOS». CERTIFICACION BANCARIA A EFECTOS DE EJECUCION.—SE CUMPLEN LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION, A EFECTOS DE INSCRIPCION DE UNA HIPOTECA EN LA PARTE RELATIVA A INTERESES VARIABLES, SI SE CONVIENE UN TIPO MAXIMO DE COBERTURA HIPOTECARIA, AUNQUE NO SE ESTABLEZCA, TAMBIEN, UN TIPO MAXIMO DE DEVENGO. NO ES OBICE PARA LA INSCRIPCION EL QUE SE EXPRESE QUE LA FIJACION DE TIPO MAXIMO SE REALIZA «A EFECTOS MERAMENTE HIPOTECARIOS», QUE DEBE SER INTERPRETADA EN EL SENTIDO DE ESTABLECER UNA RESPONSABILIDAD MAXIMA POR ESTE CONCEPTO, EFICAZ TANTO PARA LOS TERCEROS COMO PARA EL DEUDOR.

EN EL CASO DE HIPOTECA EN GARANTIA DE UN PRESTAMO QUE SE CONFIESA RECIBIDO POR EL DEUDOR, PERO CUYO CAPITAL SE INGRESA EN EL MISMO ACTO EN UNA CUENTA DE DISPOSICION CONDICIONADA, CABE PACTAR, AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1.435 LEC, QUE LA CANTIDAD EXIGIBLE SE ACREDITE MEDIANTE CERTIFICACION DEL SALDO DE LA CUENTA EXPEDIDA POR LA ENTIDAD DE CREDITO, SIN QUE DEBA ENTENDERSE VULNERADO DICHO PRECEPTO, QUE SE REMITE A LA LEGISLACION HIPOTECARIA —MATERIA RELATIVA A CUENTAS DE CREDITO—, NI EL ARTICULO 153 LH, QUE ESTA PREVISTO ESPECIFICAMENTE PARA EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO, Y NO PARA EL ORDINARIO, EN EL QUE SI ESTA PREVISTA LA OPONIBILIDAD POR EL DEMANDADO DE LAS EXCEPCIONES DE FALSEDAD Y PLUSPETICION.

LOS OBSTACULOS PARA LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA, POR RAZON DE LOS INTERESES, NO DEBEN IMPEDIR, SI ASI LO SOLICITA EL PRESENTANTE, SU INSCRIPCION RESPECTO DEL PRINCIPAL Y LAS COSTAS. (RESOLUCIÓN DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2000. BOE DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

RESOLUCION de 28 de septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banco

Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia número 2, don Eugenio Aguilar Amador, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia, número 2, don Eugenio Aguilar Amador, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 11 de abril de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Murcia, don Antonio Yago Ortega, el Banco Hipotecario de España concedió un préstamo de determinada cantidad de dinero a don José Soto Sabuco y doña Susana Pérez Zoza, los cuales constituyen hipoteca sobre una finca urbana sita en dicha ciudad.

En la citada escritura se establecieron las siguientes cláusulas: 3.^a Bis. »Tipo de interés variable. Indices de referencia. 1. Períodos de interés variable. Cálculo del tipo de interés vigente. En cada «período de interés variable» el «tipo de interés vigente» será el que se obtenga de redondear al alza al más cercano cuarto de punto, el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación, en ambos casos, del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal. En los índices de referencia que se definen en el mismo apartado, son: 1.º Índice de referencia principal: Índice MIBOR (tipo interbancario a un año MIBOR). 2.º Índice de referencia sustitutivo: Índice «Conjunto de Entidades» (Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el Conjunto de Entidades de Crédito). 3.º Tipo nominal por imposibilidad de aplicación de los índices de referencia anteriores. 6.^a «Intereses de demora. Cualquier débito vencido de la parte prestataria y no pagado al Banco devengará intereses de demora a favor de éste desde la fecha en que debió ser solventado hasta el día de su completo pago, y sin necesidad de requerimiento alguno, sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6.^a bis. Estos intereses se devengarán por días, y se calcularán a razón del tipo anual resultante de incrementar en seis puntos porcentuales el «tipo de interés vigente» con arreglo a lo establecido anteriormente, redondeándose la suma por exceso a enteros por ciento y sin que en ningún caso el tipo de interés de demora pueda ser inferior al 24 por 100 anual». 9.^a «Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada y solidaria de la parte prestataria, don José Soto Sabuco y doña Susana Pérez Zoza, constituyen hipoteca, que el Banco acepta en la forma dispuesta en el artículo 217 del Reglamento Hipotecario, sobre la finca que a continuación se describe, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo en los casos, forma y plazos convenidos, y además: a) del pago de los intereses ordinarios convenidos en las cláusulas 3.^a y 3.^a bis, al tipo máximo del 8,5 por 100, que se fija a efectos meramente hipotecarios, limitándose además esta responsabilidad, a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, a una cantidad máxima igual al importe de cinco anualidades de tales intereses; b) del pago de los intereses de demora pactados en la cláusula 6.^a, limitándose hipoteca-

riamente la responsabilidad por este concepto, de manera que estos intereses de demora, al tipo del 24 por 100, que se fija a este solo efecto, ni por sí solos, ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, sobrepasen el mismo importe de cinco anualidades de intereses ordinarios determinado en el anterior apartado; y...» 10.ª «Fuero, Domicilio, Tipo de Subasta, Título efectivo... A efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para el solo caso de que la entidad acreedora decida acudir al procedimiento ejecutivo común, se pacta expresamente por las contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable en dicho procedimiento podrá practicarse por el Banco mediante la expedición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y la aportación de un certificado expedido por el Banco del saldo que resulta a cargo del deudor por todos los conceptos. En documento fehaciente hará constar el fedatario público que intervenga, a requerimiento de la Entidad acreedora, que el citado saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor, que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada por las partes y que ha sido previamente notificada al deudor. En la liquidación se especificarán, en su caso, los tipos de referencia distintos del inicial que se hayan utilizado en la misma...»

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el día 22 de abril último, bajo el asiento número 564-2 del diario 73, retirado el mismo día y devuelto autoliquidado del impuesto, el 27 de mayo último para su despacho, con solicitud de que se extienda nota de calificación, se observan los defectos subsanables siguientes: 1) Las cláusulas 3.ª bis, 6.ª y 9.ª, infringen el principio de determinación y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de febrero de 1990, 12 de julio y 20 de septiembre de 1996, entre otras; por cuanto: En la cláusula 3.ª bis. Tipo de interés variable, no se fija límite alguno de variabilidad del tipo de interés, al alza y a la baja; en la cláusula 6.ª, intereses de demora, se señala un límite mínimo pero no máximo; y en la cláusula 9.ª, constitución de hipoteca, se establece un tipo máximo del ocho cincuenta por ciento, «a efectos meramente hipotecarios», siendo así que el tipo máximo debe operar a todos los efectos legales, tanto en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecante, como en aquellas que se produzcan entre acreedor y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales a cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. 2) Las cláusulas 1.ª bis, 2.ª-3, 3.ª-4, 4.ª, 5.ª, 7.ª, 8.ª, 11.ª y 12.ª, así como los párrafos primero y cuarto de la cláusula 10.ª, carecen de trascendencia real, infringiendo además la cláusula 5.ª el principio de determinación y la cláusula 11.ª el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y artículo 13 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Además las comisiones previstas en la cláusula 4.ª, no están aseguradas con la garantía hipotecaria. 3) El párrafo quinto de la cláusula 10.ª contiene un pacto sobre materia sustraída a la autonomía de la voluntad e infringe lo dispuesto en los artículos 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, así como la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de enero de 1996, entre otras. 4) El inciso final del párrafo quinto de la cláusula 9.ª, relativo a la extensión de la hipoteca, no respeta la limitación establecida en el artículo 112 de la Ley Hipote-

caria. 5) La cláusula 6.^a bis, vencimiento anticipado, en cuanto se refiere a las obligaciones establecidas en las cláusulas 1.^a bis, 2.^a-3, 3.^a-4, 3.^a bis, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 11.^a participa de los defectos anteriormente atribuidos a esas cláusulas. Y en su párrafo segundo contiene pacto sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad. 6) Los apartados relativos a la TAE y las declaraciones finales tienen mero carácter informativo. No se ha solicitado anotación de suspensión. Se indica que los defectos reseñados bajo los números 2 a 6 no impedirían la inscripción del documento calificado, prestando en ese caso su consentimiento el interesado para que sea inscrito con denegación de las cláusulas a que se refieren, conforme a lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Contra la precedente nota de calificación se puede interponer, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, recurso gubernativo ante el Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, por los trámites establecidos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia, 10 de junio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del Banco Hipotecario de España, S. A., interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1.º y 3.º de la nota de calificación, y alegó: I. Que respecto al defecto señalado bajo el número uno, corresponde hacer las siguientes precisiones: 1.º En la cláusula 3.^a bis de la escritura se establecen las reglas para determinación del tipo de interés ordinario que será aplicable al préstamo a partir del segundo año de duración prevista. En las reglas e índices de referencia que se definen en el mismo apartado, se expresa como índice de referencia oficial el índice MIBOR y como índice de referencia sustitutivo el «Conjunto de Entidades». 2.º En la cláusula 6.^a se estipula el tipo de interés de demora aplicable a los débitos vencidos no pagados en el préstamo, que se calculará incrementado en seis puntos porcentuales el tipo de interés aplicable, con un mínimo del 24 por 100 anual. 3.º La estipulación 9.^a de constitución de hipoteca fija los topes de responsabilidad por intereses ordinarios y de demora, bajo la fórmula que se establece en los apartados a) y b) de la referida cláusula. Que la inscripción de hipotecas en garantía de préstamo a interés variable es cuestión pacífica en nuestro Derecho (art. 131, regla 4.^a de la Ley Hipotecaria), existiendo bastante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, respecto a dicha inscripción (Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987, 14 de enero de 1991, así como las citadas por el Registrador). En las expresadas Resoluciones se exigen, para dar cobertura hipotecaria al pacto de variabilidad de intereses, los siguientes requisitos: a) Que la variación pactada permita su determinación con referencia a factores objetivos; esto es, índices de referencia oficiales publicados en el «Boletín Oficial del Estado». Los tipos de referencia pactados en el documento calificado corresponden con dicha definición; b) Que se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria. En la estipulación 9.^a se fija un tipo máximo de interés a efectos hipotecarios, independiente del límite de anualidades frente a tercero que se determine a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que el señor Registrador requiere, para la inscripción de la hipoteca, que se establezca una limitación que afecte no sólo al derecho real de hipoteca que se quiere constituir, sino a la obligación en cuya garantía se constituye, de tal forma que en el préstamo se fije un tipo máximo y mínimo a partir o por debajo del cual no resultarían

de aplicación las reglas de variabilidad pactadas. Sin embargo, dicha interpretación no tiene fundamento legal, ni se corresponde con la interpretación realizada por la Dirección General, por cuanto no se trataría únicamente de definir con precisión los límites de la garantía hipotecaria (a todos los efectos legales), sino de limitar la propia obligación garantizada. Que no tiene fundamento legal por cuanto no existe norma alguna que exija, para la determinación del tipo de interés variable, establecer un límite. El cálculo del tipo de interés tomado como referencia un índice objetivo, elimina la posibilidad de un devengo excesivo o usuario de los mismos. La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, tampoco exige límite. Que contradice dicha interpretación las Resoluciones citadas y, con mayor precisión, lo manifiesta la Resolución de 23 de octubre de 1987. Que, de conformidad con lo expuesto, el documento calificado no infringe el principio de especialidad respecto a la cuantía máxima de que hipotecariamente responde la finca, en garantía de los intereses ordinarios y de demora, con independencia de la extensión del pacto de intereses que, en cuanto exceda, operará únicamente en el ámbito obligacional. II. Que respecto al defecto señalado bajo el número 3 en que se estima contrario a la ley el pacto de liquidez contenido en la escritura de préstamo hipotecario, a los efectos previstos en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que señalar: 1.º Que en dicho artículo, entre los requisitos previstos para despachar ejecución, se regula el llamado pacto de liquidez. Que no puede interpretarse que es materia sustraída a la autonomía de la voluntad un convenio entre las partes que se haya prevenido en la ley y cuya existencia se requiere para producir determinados efectos procesales. 2.º Que los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, no resultan de aplicación por cuanto en los mismos se regula la ejecución de hipotecas en garantía de cuentas de crédito, formalizándose en el documento calificado un préstamo hipotecario. Que, por otra parte, los pactos contenidos en el párrafo quinto de la estipulación 10.ª se refieren a incoación de un procedimiento ejecutivo ordinario, y no al procedimiento sumario hipotecario a que se aplica el artículo 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 225 y siguientes de su Reglamento. III. Que en lo referente al párrafo final de la nota, se señala en la escritura de préstamo se pacta una obligación principal para el prestatario y obligaciones jurídicamente accesorias a la misma, por cuanto no son esenciales para la perfección del contrato que se otorga. En la cláusula de constitución de hipoteca se garantiza la obligación principal y alguna de las obligaciones accesorias. Que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe interpretarse en conexión con el principio de rogación (art. 434 del Reglamento Hipotecario) que permite al solicitante o interesado solicitar la inscripción parcial del título. Que dado el carácter accesorio del pacto de intereses, el recurrente debe gozar del derecho de decidir si le satisface una garantía parcial, aún limitada a la obligación de devolución del capital de préstamo, o tener la posibilidad de recurrir únicamente contra la denegación de dicho pacto, sin entender viciado íntegramente el título, con un efecto aparentemente sancionador. Que así lo entienden las Resoluciones de 24 de abril de 1992 y 8 de noviembre de 1993.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: I. Que en el escrito de interposición del recurso, el recurrente se refiere a los defectos señalados en el apartado 1 de la nota de forma conjunta e incompleta. Que para determinar con claridad las cuestiones planteadas, resulta necesario

considerarlos por separado: A. Pacto de variabilidad de intereses. Que es cierto que la hipoteca en garantía de préstamos de interés variable está admitida en nuestro derecho (art. 131, regla 3.ª, núm. 4 de la Ley Hipotecaria). Pero ni la citada regla ni ninguna otra contenida en la Ley Hipotecaria, Código Civil o Código de Comercio, establece los requisitos de validez y eficacia de los pactos de variabilidad de intereses. Estos requisitos han de ser deducidos de la jurisprudencia, de la analogía o de los principios generales y, en último caso, de la doctrina especializada. El recurrente no distingue entre pacto de variabilidad y responsabilidad hipotecaria por intereses. Que, ciertamente, la objetividad de los índices, factores o datos de que dependen la variación de interés, es requisito exigido, sin fisuras, por la Jurisprudencia y la doctrina; pero no es el único, también se exige: que la variación del tipo puede ser tanto al alza como a la baja; que las cláusulas y condiciones que se establecen para calcular el tipo aplicable sean claras y específicas, y que se establezcan topes de variabilidad. Este último, que es lo que ahora interesa, se fundamenta en las siguientes consideraciones: 1. La ausencia de límites convierte en aleatorio un contrato conmutativo como el préstamo. 2. Si no se fijan los límites se produciría un contrasentido jurídico. 3. El documento calificado contiene un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, y una vez que tenga acceso al Registro, si no existen límites de variabilidad quedaría indeterminada la extensión del derecho inscrito (crédito hipotecario) en cuanto a los intereses. 4. El artículo 219.3.º del Reglamento Hipotecario ofrece otro argumento aplicable por analogía. 5. Que también hay que considerar la Directiva de la CEE, número 93/13, de 9 de abril de 1993, y según la misma se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando haya sido redactada previamente. Esto último es lo que ocurre en este supuesto. Que hay que tener en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1996, y el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios. B. Responsabilidad Hipotecaria por intereses. Que cuestión distinta es la de fijar un límite máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses. La escritura calificada fija un tipo máximo del 8,50 por 100, pero sólo «a efectos meramente hipotecarios» y no a todos los efectos legales, tanto entre partes, como respecto a terceros. Que hay que pensar que dicha frase encierra algún significado. Que no puede ser otro que el de «a efectos de terceros» o «en perjuicio de terceros». La equivalencia de la frase anterior y «a efectos hipotecarios» es algo generalizado tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1918). C. Intereses de demora. Que todo lo que se ha dicho para los intereses remunerados es aplicable para los intereses de demora, en cuanto que éstos se determinan en función de aquéllos, o sea, incrementando en un tanto por ciento el interés ordinario aplicable, pero el problema se agrava porque, olvidando el límite máximo, se establece en la escritura un tope mínimo para los intereses moratorios (no inferior al 25 por 100). Con esto se contradice, desde el principio, la regla general pactada para este tipo de intereses. II. En relación con el defecto tercero de la nota que es objeto de recurso. Que el recurrente hace caso omiso de las declaraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 19 de enero de 1996, que confirma la doctrina ya mantenida en Resolución de 16 de febrero de 1990. III. Que el apartado tercero del escrito de interposición del recurso se plantea una cuestión más bien de carácter procedimental, aunque de forma poco esclarecedora. Que se estima que el Registrador lo que no debe hacer es despachar el documento, sin reflejar

parte de su contenido esencial y sin contar con el consentimiento del interesado. Si así lo hiciera podrá dar lugar a un asiento de manera quizá no querida por los contratantes, que incluso podrían preferir la no inscripción al despacho del documento en forma no deseada; circunstancia que no fue manifestada en modo alguno con arreglo al principio de rogación (art. 434 del Reglamento Hipotecario).

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, confirmó la nota del Registrador fundándose: 1.º Que existe indeterminación al alza del pacto de variabilidad de intereses, en la cláusula 3.ª bis. Esta cláusula, válida y aplicable en cualquier obligación con intereses ha de tener sus limitaciones y matices cuando se pretenda extender al ámbito hipotecario, por su especial contenido que abomina la indeterminación y la aleatoriedad. La cláusula es contraria al principio de especialidad y al de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y no se conocerá la extensión al alza del derecho inscrito, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Hipotecaria. 2.º Que existe oscuridad de la cláusula por intereses «a efectos hipotecarios», que es tanto como decir «a efectos de terceros». La Resolución de 12 de julio de 1996 declara no inscribibles tales cláusulas. 3.º Que por aplicación analógica del artículo 219.3.º del Reglamento Hipotecario se deberían rechazar «las cláusulas de interés variable» que permitan un incremento superior al 50 o al 25 por 100, según la duración del préstamo. 4.º Que no resulta plausible la pretensión de acomodar los requisitos para la determinación del saldo del procedimiento ejecutivo a su particular conveniencia, en contra de una asentida jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Resolución de 16 de febrero de 1990 es sustancialmente idéntica al caso que trata el recurso, y en esta misma tesis abunda la Resolución de 3 de enero de 1996.

VI. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que en cuanto a la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses. Que se considera se confunden obligación garantizada y garantía de la obligación. Que respecto a la obligación no existe, como declara el auto, inconveniente en admitir la fijación de un tipo de interés variable que, por su propia esencia, supone una cierta indeterminación en la obligación asumida, lo que ha llevado a incluir la garantía de los mismos, según doctrina consolidada, dentro del grupo de las hipotecas de seguridad (Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984). La indeterminación, en cualquier caso, se ve constreñida por la remisión a un tipo de referencia objetivo, externo a las partes y oficial. Que de esta forma se impide la aplicación de un tipo de interés desajustado a las condiciones imperantes en el mercado hipotecario. Se facilita la financiación a largo plazo sin introducir en las condiciones iniciales de la operación una prima de riesgo por los cambios, de difícil predicción, del mercado; y ello, sin perjuicio del necesario y obligado control de la proporcionalidad de las condiciones financieras aplicables, que corresponderá a los Juzgados y Tribunales de forma continuada, así como, tratándose de una entidad de crédito, a los Organismos Públicos, como señala la Resolución de 16 de febrero de 1990. Que admitida la validez de la obligación, así pactada, se centra el recurso en la necesidad o no de añadir un nuevo requisito (la fijación de un límite). Cuando dicha obligación quiera garantizarse con hipoteca o, más precisamente, si dicho límite es requisito de la obligación o de la garantía real. Que se considera que un límite (la responsabilidad máxima) se ha de predicar de la hipoteca que se

constituye, pero no de la obligación que se garantiza. Dicha limitación no es exigida por el principio de especialidad y operaría únicamente en el ámbito obligacional (Resolución de 23 de octubre de 1987). Que respecto a la garantía establecida, se determina, a efectos hipotecarios, un tipo máximo de interés ordinario, pactándose independientemente de la limitación por anualidades prevista en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que precisamente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expresa que la fijación de la responsabilidad hipotecaria opera a todos los efectos, favorables y adversos, frente a tercero y frente al deudor hipotecario, sin que deba ser confundida con la limitación por anualidades que sí se establece «en perjuicio de tercero» (Resolución de 9 de octubre de 1997). Que el artículo 219 del Reglamento Hipotecario exige «una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria», no un límite a la cláusula de estabilización. Respecto a ésta se remite a índices oficiales y objetivos. Que las cláusulas de estabilización del valor constituyen una medida correctora del nominalismo y tratan de paliar las alteraciones del poder adquisitivo del dinero, en el sentido de que transforman las deudas de suma de dinero en deudas de valor, por esto se aplican exclusivamente al capital pactado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1997). Que constituye un sistema gravoso, tanto para el deudor como para el crédito territorial, ampliando la garantía del capital para paliar la posible depreciación del mismo. En los préstamos a interés variable se persigue, en cambio, la reducción del riesgo sin ampliar la garantía constituida. Que respecto a la extensión de la garantía por intereses moratorios, procede reiterar lo expresado respecto a los intereses ordinarios. 2.º En lo referente al pacto de liquidez. Que tanto el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 153 de la Ley Hipotecaria requieren convenio expreso entre las partes para otorgar eficacia ejecutiva a la certificación del saldo expedido por la Entidad acreedora. La existencia del pacto no es contraria a ninguna norma imperativa. En la cláusula 1.ª bis se regula la apertura de una cuenta especial donde, una vez entregado el préstamo a la prestataria, queda depositado hasta el cumplimiento de determinadas condiciones. No se trata de un depósito bancario en cuenta corriente. El préstamo se perfecciona en el mismo acto de otorgamiento mediante entrega al prestatario de la cantidad prestada. Dicha cuenta especial se extingue en el momento que se acredita el cumplimiento de las condiciones pactadas. El supuesto difiere del que dio lugar a la Resolución de 16 de febrero de 1990. En este punto conviene mencionar la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 1990. La ejecución de hipotecas en garantía de préstamos a interés variable se prevé expresamente en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en cuya regla 3.ª, apartado 4.º se determinan los documentos cuya anotación es necesaria para su tramitación. No resulta de aplicación a las mismas el procedimiento establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. 3.º En cuanto a la denegación completa de la inscripción se mantienen las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 117 de la Constitución Española; 1.155, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil; 1.435, 1.464 y 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 132 y 153 de la Ley Hipotecaria, y 245 del Reglamento Hipotecario.

1. Según el primer defecto de la nota, que es objeto de impugnación, estima el Registrador que hay indeterminación en las cláusulas relativas a

la fijación de los intereses ordinarios y moratorios que devengará el préstamo que se garantiza con la hipoteca cuya inscripción se pretende, toda vez que pactándose la variabilidad del tipo de interés aplicable, no se establece tope máximo a la variación de unos y otros, y en la cláusula de constitución de hipoteca, aunque se establece un tipo máximo al definir la respectiva cobertura hipotecaria, se añade que tal fijación lo es a «efectos meramente hipotecarios».

El defecto no puede ser estimado. Por una parte, debe tenerse en cuenta que tratándose de préstamos hipotecarios, el principio de determinación registral se predica sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes, respecto de aquel principio, aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía, y en consecuencia, no cabe imponer, al amparo de dicho principio, la fijación de un tipo máximo al que pueden ascender los intereses ordinarios o moratorios en las relaciones personales entre acreedor y deudor, si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria, de modo que más allá del cual no podrán ser ya satisfechos con cargo al precio de remate del bien hipotecado, aun cuando los efectivamente devengados y exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor fueren superiores. Por otra, es indudable que la expresión «a efectos meramente hipotecarios» no puede ser entendida sino en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses, esto es, de definir el alcance del propio derecho real de hipoteca y, por ende, con alcance tanto *inter partes* como *erga omnes*; así resulta no sólo de la literalidad misma de la expresión, sino también de la necesaria valoración de las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efectos de la valoración conjunta de todas ellas, y del entendimiento de las palabras en la acepción más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr. arts. 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil).

2. Respecto al segundo de los defectos que son objeto de impugnación, se produce a propósito de la siguiente cláusula de la hipoteca calificada: ...«A efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para el solo caso de que la entidad acreedora decida acudir al procedimiento ejecutivo común, se pacta expresamente por las contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable en dicho procedimiento podrá practicarse por el Banco mediante la expedición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y la aportación de un certificado expedido por el Banco del saldo que resulta a cargo del deudor por todos los conceptos. En documento fehaciente hará constar fedatario público que intervenga, a requerimiento de la Entidad acreedora, que el citado saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor, que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada por las partes y que ha sido previamente notificada al deudor. En la liquidación se especificarán, en su caso, los tipos de referencia distintos del inicial que se hayan utilizado en la misma...». En la cláusula primera del negocio calificado se expresa que el prestatario recibe «en este acto a su satisfacción el importe del préstamo», pero en la cláusula inmediatamente siguiente se señala que dicho importe se ha ingresado en una cuenta abierta en el propio

Banco prestamista, de la cual no podrá disponer el prestatario sino después de cumplidas determinadas condiciones. Además, en la cláusula séptima del contrato se establece expresamente que el importe del préstamo deberá destinarse a la financiación de la vivienda que se hipoteca y que constituirá el domicilio habitual del prestatario. El Registrador suspende la inscripción por tratarse de materias sustraídas a la autonomía de la voluntad, y por vulnerar lo dispuesto en los artículos 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario.

Es incuestionable el carácter de orden público de la regulación del juicio ejecutivo, sin que la autonomía de la voluntad pueda tener otro margen que el expresamente previsto en las leyes (art. 117 de la Constitución Española); pero también lo es que la remisión del párrafo penúltimo del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la Ley Hipotecaria, para el caso de cuentas corrientes abiertas por Bancos y Cajas de Ahorro y garantizadas con hipoteca —hipótesis en la que encaja el supuesto ahora debatido, como ha señalado este Centro Directivo, toda vez que la cantidad prestada y entregada al prestatario ha sido ingresada en una cuenta abierta en el propio Banco concedente, y de la que aquél no podrá disponer sino cumpliendo ciertas condiciones—, posibilita un cierto margen a la autonomía de la voluntad, en cuanto viene a permitir el pacto por el cual, a efectos de proceder ejecutivamente, el saldo pueda acreditarse por certificación de la entidad acreedora. Ciertamente, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria contiene otras exigencias en orden a la operatividad de dicho pacto —posibilidad de oposición por error o falsedad, etc.— que no se recogen en la estipulación cuestionada; mas si se tiene en cuenta que: *a)* aun cuando esas otras exigencias no se recogieran en el pacto que atribuye a la certificación bancaria valor acreditativo del saldo adeudado, serán de inequívoca observancia, dado el carácter de *ius cogens* de esos trámites procedimentales; *b)* que la estipulación cuestionada concreta la aplicación del pacto considerado al procedimiento ejecutivo ordinario; *c)* que en la tramitación de dicho juicio se prevé expresamente la oponibilidad por el demandado de las excepciones de falsedad y plus petición (cfr. arts. 1.464 y 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); *d)* que las exigencias adicionales del artículo 153 de la Ley Hipotecaria parecen concebirse para la hipótesis de ejecución por el procedimiento judicial sumario, dadas las peculiaridades de su tramitación que no contempla la alegación de excepciones y en el que no cabe otras causas de suspensión que las del artículo 132 de la Ley Hipotecaria; *e)* que la propia literalidad de su párrafo segundo, da a entender que todas las previsiones que le siguen se refieren a la hipótesis de ejecución por este procedimiento (téngase en cuenta, a este respecto, la precedencia temporal del art. 153 de la Ley Hipotecaria sobre el párrafo penúltimo del art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); nada puede objetarse a la validez e inscribibilidad de tal pacto.

Por lo demás, y habiendo sido así solicitada por el recurrente, ninguna dificultad existe para inscribir parcialmente la hipoteca en cuanto al principal y a las costas, suspendiéndola en cuanto a los intereses ordinarios y moratorios; sobre ser conveniente obtener ya la garantía de aquéllos, ninguna razón hay para que el rechazo de la garantía respecto a la obligación accesoria —que puede no haberse pretendido— implique también el de la cobertura de la obligación principal, obligación cuya existencia no queda afectada por los vicios de aquélla (cfr. art. 1.155 del Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y declarando que en el caso debatido podría accederse a la inscripción parcial solicitada.

Madrid, 28 de septiembre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

COMENTARIO

Los dos defectos señalados por el Registrador en su nota de calificación, que dan lugar a este recurso, son: 1. La falta de determinación con respecto a los intereses remuneratorios variables y a los de demora. 2. En segundo lugar, la inadmisibilidad de la cláusula de la hipoteca en la que se pacta por las partes contratantes que la determinación de la cantidad adeudada, a efectos de reclamación ejecutiva, será la que aparezca en la certificación del Banco acreedor. Voy a centrar este comentario en el primero de los defectos descritos.

1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD O DETERMINACIÓN CON RESPECTO A LOS INTERESES GARANTIZADOS CON HIPOTECA

Si el principio de especialidad se erige como un principio fundamental en nuestro sistema hipotecario, más importante es aún con respecto del derecho de hipoteca, al cual se denomina, en este caso, principio de determinación. Podemos definir este principio con relación a la hipoteca o crédito hipotecario como la necesidad de describir, individualizar o determinar todos sus elementos integrantes, es decir, la finca o derecho sobre la que recae, la obligación o crédito que garantiza (al menos en sus líneas fundamentales, y con sus peculiaridades: intereses, etc.), y los sujetos intervinientes.

En cuanto a la obligación garantizada, como es sabido, la hipoteca puede asegurar, además de la obligación principal, otra serie de obligaciones accesorias o secundarias como son los intereses, gastos o costas. Y, precisamente, respecto de los intereses, el principio de determinación actúa en dos grandes ámbitos: descripción de los intereses y determinación de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a los mismos.

Para dar debido cumplimiento de este principio en el primer ámbito, los intereses deben quedar determinados, especificando para ello: *a)* la clase de interés de que se trate (remuneratorios, o de demora, y fijos o variables), *b)* tipo, *c)* plazo y forma de amortización, *d)* sanción correspondiente a su incumplimiento.

Para compensar los riesgos de la variación del precio del dinero en una obligación a largo plazo, se establecen los intereses variables, que son más complejos y suponen una indeterminación mayor respecto a su cuantía, ya que ésta se desconoce al ir cambiando a lo largo del tiempo. Respecto de los mismos habrá que especificar cuál es el criterio que determina su valor o tipo en cada momento, que deberá ser objetivo (Resoluciones de 7 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1990, 26 de diciembre de 1990, 14 de enero de 1991 y 17 de marzo de 1994). Generalmente esto se hace fijando al inicio y para el

primer período determinado un tipo de interés inicial que es un porcentaje del capital garantizado, y que normalmente coincide con el MIBOR o EURIBOR, y posteriormente, se establece un tipo de referencia que se compara con el inicial y se le suma o no un diferencial para calcular el tipo aplicable a cada período.

Creo que, en este caso, se cumple perfectamente lo aquí descrito, ya que en la escritura se establece como índice de referencia el MIBOR, el índice de referencia sustitutivo (Índice Conjunto de Entidades), y se dice que en cada período deberán redondearse dichos índices al alza al más cercano cuarto de punto. Todo lo cual estructura, en mi opinión, un criterio claro para saber cuál es el tipo resultante que se debe aplicar a cada período para el cálculo de los intereses debidos.

Y con respecto a los intereses moratorios, o de demora, creo que el tipo aplicable a los mismos también queda perfectamente determinado con la fórmula expresada, a la que se añade la advertencia de que no pueden ser inferiores al 24 por 100 anual.

A la vista de lo que se acaba de exponer, considero que el principio de determinación se cumple perfectamente con respecto a la descripción de ambos tipos de intereses.

Pero corresponde analizar si este mismo principio se cumple de la misma manera en su segundo ámbito de aplicación, que como ya hemos dicho, exige establecer la responsabilidad hipotecaria por estos conceptos. Es decir, como la hipoteca puede asegurar, también, los intereses, es necesario expresar cuál es el importe que queda garantizado con dicha hipoteca. Consecuentemente hay que especificar hasta qué punto o cuantía responde la finca hipotecada por este concepto. Esta determinación de la responsabilidad hipotecaria se hará mediante la fijación de un tipo o porcentaje sobre la cantidad total del principal garantizado con hipoteca, y su traducción al montante en pesetas en que consista dicho porcentaje (aunque no es necesario que se especifique la cantidad total si ésta se calcula fácilmente por una sencilla operación aritmética, cuando, como en este caso, se fija el tipo y el límite temporal: cinco años) (1). Si se trata de intereses variables o moratorios, como en el presente recurso, además hay que establecer un máximo de dicha responsabilidad, por resultar imposible su determinación exacta. En el caso de los de demora es necesario dicho máximo porque sólo nacen si se incumple la obligación, y por tanto, su cuantía y su existencia es indeterminada; y en el caso de intereses variables, es imposible determinar su cuantía *a priori*, pues ésta va cambiando con el transcurso del tiempo. Todo lo cual conduce, como ya he dicho, a establecer un tope máximo de responsabilidad hipotecaria por estos conceptos, como ha recordado insistentemente la doctrina del Centro Directivo en numerosas ocasiones, para cumplir con el principio de determinación registral (2). Pero dicho tope máximo tiene unos límites que debe cumplir para evitar los abusos y la usura en ese campo, que son los establecidos en el artículo 114 LH.

(1) En este sentido, las Resoluciones de 26 de diciembre de 1990, 17 de marzo de 1994 y 24 de abril de 1992.

(2) Véase las siguientes Resoluciones: 26 de octubre de 1984, 31 de octubre de 1984, 21 de enero de 1988, 16 de febrero de 1990, 26 de diciembre de 1990, 14 de enero de 1991, 17 de marzo de 1994, 16 y 17 de diciembre de 1996, 9 y 10 de octubre de 1997 y 24 de agosto de 1998.

La cláusula 9.^a de la escritura de hipoteca establece como máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses variables el tipo máximo de 8,5 por 100, limitando y respetando los límites de la responsabilidad hipotecaria del artículo 114 LH, de cinco anualidades de tales intereses. Y la misma cláusula 9.^a especifica que la para la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses de demora se establece un tipo máximo del 24 por 100, respetando, asimismo, el límite de los cinco años del artículo 114 LH.

Si los intereses aparecen descritos con claridad y la responsabilidad hipotecaria está perfectamente determinada con esos máximos que recoge la propia escritura, no encuentro razón alguna para suspender la inscripción como hace el Registrador, por entender que no se da debido cumplimiento al principio de determinación registral. Los máximos que deben establecerse son, únicamente, relativos a la responsabilidad hipotecaria, y no con respecto a la variabilidad de los intereses a lo largo de su existencia. Se debe limitar la cantidad de la que la finca hipotecada responda, y no, los intereses debidos por el deudor al acreedor, pues éstos ya se han calculado previamente conforme a unos índices y diferenciales legalmente admitidos, para evitar de este modo la usura; pero otro tipo de límite o máximo en su devengo no tendría sentido en la obligación existente entre el deudor y acreedor, pues se estaría limitando, en definitiva, esta misma.

En este sentido, tiene razón la DGRN cuando dice en el Fundamento 1.º de Derecho que «el principio de determinación registral se predica sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía y, en consecuencia, no cabe imponer, al amparo de dicho principio, la fijación de un tipo máximo al que puedan ascender los intereses ordinarios o moratorios en las relaciones personales entre el acreedor y deudor». Esta resolución viene a confirmar la doctrina, que comparto plenamente, de la Resolución de 23 de octubre de 1987, en la que se afirmó que «sólo en cuanto el crédito concedido y la obligación accesorio de intereses sean garantizados hipotecariamente, el principio de especialidad y la trascendencia *erga omnes* del gravamen establecido impondrán la fijación de topes de responsabilidad, pero aun así, éstos sólo podrán predicarse respecto de la afección real, pero nunca respecto de la responsabilidad personal que incumbe al deudor».

En este sentido, y cuando el Registrador suspende la inscripción por entender que no pueden establecerse los topes de responsabilidad únicamente a «efectos hipotecarios», por entender que ese tipo máximo debe operar a todos los efectos legales, es decir, también en las relaciones entre acreedor y deudor, entiendo que está mal interpretando esa expresión, y que carece de sentido su argumentación, pues no puede interpretarse la expresión «a efectos hipotecarios», como equivalente a «efectos frente a terceros».

El Registrador repite, en este caso, la doctrina establecida, entre otras (3), en la Resolución de 9 de octubre de 1997, en la que se afirma que «la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo

(3) Véase las Resoluciones: 10 de octubre de 1997, 24 de agosto de 1998 y 3 de diciembre de 1998.

a la cobertura hipotecaria de dichos intereses, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito».

Pues bien, creo que esta doctrina se está refiriendo a que es necesario, efectivamente, determinar los máximos de responsabilidad hipotecaria ya que, por supuesto, afectan a las relaciones entre el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario, pero no en sus relaciones personales (como pretende el Registrador en esta Resolución), sino en las relaciones que surjan entre ellos derivadas del propio derecho real de hipoteca, por ejemplo, a efectos de ejecución, o de la acción de devastación, en las que, lógicamente, sí que se tendrá en cuenta ese tope máximo de responsabilidad hipotecaria, pues en ambos casos la finca no podrá responder por más de ese límite, pero no creo que se pretenda limitar la responsabilidad personal del deudor a ese tope.

En consecuencia, me parece absolutamente correcta la interpretación que hace la DGRN de la expresión «a efectos hipotecarios», que quiere decir que se fija la extensión de la cobertura hipotecaria con respecto a esos intereses, es decir, pretende definir el alcance del derecho real de hipoteca, que actúa y produce efectos tanto frente a terceros como entre las partes. Entiendo que no cabe deducir, como hace el Registrador, que el establecer un tope máximo de responsabilidad hipotecaria «a efectos hipotecarios», quiera excluir los efectos que dicho tope imponga a las relaciones entre el deudor hipotecante y el acreedor hipotecario derivadas del derecho real de hipoteca, como por el contrario ocurre con los límites del artículo 114 LH (que distingue perfectamente entre las partes y terceros) (4), pero sí que debe excluirse que dicho máximo afecte o limite de algún modo la responsabilidad personal del deudor frente a su acreedor por los intereses debidos.

Creo que este es el sentir de la doctrina de la Resolución de 9 de octubre de 1997, citada anteriormente, contradiciendo la interpretación que de la misma hace el Registrador, y que aplica, a mi juicio, erróneamente en esta Resolución.

La DGRN vuelve a reiterar lo que aquí se acaba de exponer en las Resoluciones de 6 y 18 de noviembre de 2000, estableciendo una interpretación mucho más clara con respecto de la eficacia de esos topes de garantía hipotecaria, «a efectos meramente hipotecarios».

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

(4) En las Resoluciones citadas anteriormente que dicen que el máximo de responsabilidad hipotecaria del tipo de interés lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, tanto en las relaciones con terceros como entre las partes, se da la circunstancia de que dicho tope máximo se establecía a la vez «a los solos efectos hipotecarios» y «respecto a terceros». Es decir, se identificaban ambas expresiones, entendiendo por efectos hipotecarios, únicamente efectos frente a terceros. Por eso, la DGRN rechazaba esa cláusula, ya que el tope máximo de responsabilidad hipotecaria, como bien aclara la presente Resolución, afecta tanto a las partes como a terceros (en sus relaciones jurídico-reales). Sin que pueda confundirse esto con el límite de responsabilidad hipotecaria frente a terceros del artículo 114.1 LH, que sólo afecta a ellos, como bien señalan a continuación las Resoluciones citadas.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE SOBRE ELEMENTO COMUN.— NO PROCEDE LA INSCRIPCION DE UNA SERVIDUMBRE SOBRE UN ELEMENTO COMUN DE UN EDIFICIO EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL DECLARADA JUDICIALMENTE EN PROCEDIMIENTO EN EL QUE NO HAN SIDO DEMANDADOS TODOS LOS COPROPIETARIOS DEL EDIFICIO, SEGUN EL REGISTRADOR, O LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, SEGUN LA RESOLUCION. (RESOLUCIÓN DE 6 DE OCTUBRE DE 2001. BOE DE 11 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 6 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Alvarez de Lara y Maza, a inscribir una servidumbre de paso en cumplimiento de sentencia firme, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Manuel Hernández Uriguen, en representación de don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Santurtzi, don Gonzalo Alvarez de Lara y Maza, a inscribir una servidumbre de paso en cumplimiento de sentencia firme, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por sentencia número 103/95, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, el día 17 de febrero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de cognición 729/92, siendo demandante don Juan Antonio V. B. y doña María Concepción J. S., y demandados don Manuel D. D., se declara servidumbre forzosa a favor de los demandantes para acceder al huerto de los mismos (predio dominante), registral 13010, del Registro de la Propiedad de Santurtzi, siendo el predio sirviente la finca registral 227 del mismo Registro de la Propiedad.

II. Presentada la anterior sentencia firme complementada por auto del mismo Juzgado de fecha 4 de febrero de 1998, también firme, por la que se ejecuta aquélla, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador de la Propiedad que suscribe, previa calificación del precedente documento, que ha causado el asiento 800 del Diario 9, de fecha 10 de junio de 1999, en unión de los complementarios aportados, y tras examinar los antecedentes del Registro, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 y siguientes del Reglamento para la ejecución de la misma, ha acordado: Denegar la inscripción solicitada por observar el (los) siguiente(s) defecto(s) insubsanable(s), que impide(n) la práctica de la misma: No haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente sobre el que se constituye la servidumbre forzosa de paso. En efecto, el predio sirviente —finca registral 227 de Santurtzi— aparece descrito en su inscripción 10.^a en los siguientes términos: «Urbana... Casa... Está enclavada sobre terreno propio de cuatrocientos dieciocho metros cuadrados; de ellos, la casa ocupa doscientos ocho, setenta y ocho metros cuadrados —sic— y el resto del terreno, doscientos nueve, veintidós metros cuadrados —sic— no edificado, se sitúa en el sur, como antuzano...»; en la misma inscripción, en que se constituye dicha finca en régimen de propiedad horizontal, se describen los elementos independientes precisando que todos ellos lindan, por el

oeste, con terreno sobrante, «común al edificio, y según los respectivos folios registrales de dichos elementos independientes, los designados con los números uno, dos y tres aparecen inscritos a nombre de personas distintas al demandado, cotitulares, junto con éste, del referido terreno, común al edificio. No cabe olvidar que cuando la inexactitud del Registro proviene de no haber tenido acceso al mismo alguna relación jurídica inmobiliaria (en el supuesto que nos ocupa, una servidumbre de paso), la rectificación tabular puede lograrse, entre otros medios, por la vía de una resolución judicial que ordene tal rectificación; pero, en tal caso, y como con toda claridad dispone el artículo 40, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, la demanda habrá de dirigirse «contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho» —en el caso en cuestión, todos los copropietarios del edificio constituido en régimen de propiedad horizontal y enclavado en la finca sobre la que se constituye la referida servidumbre de paso— (cfr. en análogo sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de septiembre de 1980). Contra la presente nota de calificación puede reclamarse gubernativamente, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y con el artículo 111 de su Reglamento, sin perjuicio de que los interesados puedan acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad del título. El recurso gubernativo, regulado en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, deberá promoverse en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de la presente nota por medio de escrito dirigido al excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que habrá de presentarse en este Registro de la Propiedad, expresando sucintamente los hechos y fundamentos de Derecho, determinando con claridad y precisión los extremos de la precedente nota que sean objeto de reclamación e indicando un domicilio en el territorio de dicho Tribunal Superior donde deban notificarse las providencias que recaigan. Santurtzi (Vizcaya), 14 de junio de 1999. El Registrador de la Propiedad. Fdo.: Gonzalo Alvarez de Lara y Maza».

III. El Procurador de los Tribunales, don Manuel Hernández Uriguen, en nombre y representación de don Juan Antonio Vicarregui Butron y doña Concepción Jáuregui Sáiz, interpuso contra la nota de calificación, recurso gubernativo y alegó: Que la causa en la que basa el Registrador la denegación de la inscripción es la de no haber demandado a todos los hermanos Díez Diego, argumentando que cuando adaptan los bienes a la Ley de Propiedad Horizontal y los adjudican, dan el 100 por 100 a la casa que está dentro de los terrenos entre los cuales se encuentra el del predio sirviente, no dando porcentaje a este predio, por lo que el Registrador estima que es de todos, cuando dichas afirmaciones contrastan con otras recogidas en el propio Registro y siendo don Manuel Díez Diego quien ha transaccionado en el Juzgado la servidumbre de paso. Que ante tal afirmación emitida por el Registrador, hay que recordar que tal excepción no fue contemplada por el Juez. Que hay dos sentencias firmes reconociendo la servidumbre y además una transacción judicial, en la que el demandado es dueño de hecho y de derecho del predio sirviente. Que el recurrente ha cumplido con todos los trámites judiciales y el Registrador alega, en contra de las sentencias firmes, excepciones desestimadas en las mismas. Que el predio sirviente aparece bien definido en el Registro de la Propiedad, como propiedad del demandado don Manuel Díez Diego. Que se solicita la inscripción de la servidumbre sin perjuicio de que los hermanos Díez Diego, o en

su caso, el Tribunal correspondiente exija a don Manuel Díez Diego segregue el terreno que aparece como de su propiedad.

IV. El Registrador en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que el defecto apuntado en la nota de calificación no es el de no haber demandado a todos los hermanos Díez Diego, sino el de no haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente, ya que la parte de terreno sobre el que se constituye la servidumbre tiene la consideración de elemento común (art. 396 de la Ley de Propiedad Horizontal, art. 40, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, Resolución de 25 de septiembre de 1980 y 24.1 de la Constitución). Que la jurisprudencia se muestra partidaria, en los supuestos de comunidad de bienes, de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario para evitar la indefensión de todos aquéllos que pudieran resultar afectados por el pronunciamiento judicial que recaiga en el pleito (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1990). Que el Registro no responde de los datos y circunstancias de puro hecho ni de los descriptivos de la finca (sentencia de 3 de febrero de 1993). Que el Registrador, conforme a los artículos 100 y 101 del Reglamento Hipotecario, y Resoluciones de 11 y 19 de enero de 1993 y 12 de febrero de 1996, entre otras, debe calificar las resoluciones judiciales teniendo en cuenta los obstáculos que surjan del Registro y así se ha concretado por parte del Registrador. Que el cauce del recurso gubernativo no es el adecuado para solicitar al demandado la segregación del terreno que aparece como de su propiedad para poder inscribir la servidumbre.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco confirmó la nota del Registrador, fundándose en sus alegaciones.

VI. El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en esencia en sus alegaciones.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 24 de la Constitución Española, 13.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, 18 y 20 de la Ley Hipotecaria y 100 de su Reglamento.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes:

Se presenta en el Registro testimonio de sentencia firme dictada en juicio declarativo, complementada por auto, también firme, por el que se ejecuta aquélla, constituyendo una servidumbre forzosa de paso.

Presentados ambos documentos en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por ser el predio sirviente elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal y no haber sido demandados todos los conductos del edificio.

Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. El recurrente apela el auto presidencial.

2. El recurso no puede prosperar. El principio constitucional establecido en el artículo 24 de la Constitución Española proscribe la indefensión, y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria) impide que pueda tener acceso al Registro una resolución judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal si no ha sido demandada la Comunidad de Propietarios, siendo éste uno de los obstáculos que surgen del Registro y que debe calificar el Registrador en los documentos judiciales (cfr. art. 100 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 6 de octubre de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto del comentario se centra en que *«el principio constitucional establecido en el artículo 24 CE proscribe la indefensión, y su corolario registral constituido por el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) impide que pueda tener acceso al Registro una resolución judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal si no ha sido demandada la Comunidad de Propietarios, siendo éste uno de los obstáculos que surgen del Registro y que debe calificar el Registrador en los documentos judiciales»*.

En la Resolución objeto de comentario se parte de la existencia de la sentencia número 103/95, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baracaldo, el día 17 de febrero de 1995, como consecuencia de los autos de juicio de cognición 729/92, siendo demandante don Juan Antonio V. B. y doña María Concepción J. S., y demandados don Manuel D. D., se declara servidumbre forzosa a favor de los demandantes para acceder al huerto de los mismos (predio dominante), registral 13010, del Registro de la Propiedad de Santurtzi, siendo el predio sirviente la finca registral 227 del mismo Registro de la Propiedad.

Las dos posturas enfrentadas son las siguientes:

- El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción de la sentencia por existencia de defecto insubsanable al *«no haber sido parte en el procedimiento todos los titulares registrales del predio sirviente sobre el que se constituye la servidumbre forzosa de paso»*.

Matiza el Registrador que *«el predio sirviente... aparece descrito... y en la misma inscripción, en que se constituye dicha finca en régimen de propiedad horizontal, se describen los elementos independientes precisando que todos ellos lindan, por el oeste, son terreno sobrante, «común al edificio» y según los respectivos folios registrales de dichos elementos independientes, los designados con los números uno, dos y tres aparecen descritos a nombre de personas distintas del demandado, cotitulares, junto con éste, del referido terreno, común al edificio. No cabe olvidar que cuando la inexactitud del Registro proviene de no haber tenido acceso al mismo alguna relación jurídica inmobiliaria (en el supuesto que nos ocupa, una servidumbre de paso), la rectificación tabular puede lograrse, entre otros medios, por la vía de una resolución judicial que ordene tal rectificación, pero en tal caso, y como con toda claridad dispone el artículo 40-2.º LH, la demanda habrá de dirigirse contra todos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho»*.

- El procurador en nombre de la parte demandante alega que *«el demandado don Manuel Díez Diego ha sido quien ha transaccionado en el Juzgado la servidumbre de paso, que hay dos sentencias que reconocen la servidumbre y además una transacción judicial en la que el demandado es dueño de hecho*

y de derecho del predio sirviente. Que el predio aparece bien definido en el Registro de la Propiedad, como propiedad del demandado don Manuel D. D. y solicitando la inscripción de la servidumbre».

Hay diversos puntos interesantes de comentar en esta Resolución:

- Por un lado, la servidumbre de paso legal se constituye judicialmente.
- Y, por otro, el problema que tiene repercusión registral: el predio sirviente es el elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal, y en el procedimiento judicial no han sido demandados todos los conductos del edificio.

Como es sabido, según el artículo 536 del Código Civil, las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los interesados, las primeras son las llamadas servidumbres legales y las segundas son las voluntarias. No obstante, pese a tan rotundo pronunciamiento del legislador de 1889, la realidad es muy diferente. Al señalar el citado precepto que las servidumbres legales se establecen por la ley quiere decir que la ley se limita a identificar supuestos de hecho cuyas circunstancias facultan al titular del predio dominante para hacer efectiva o reclamar la efectividad de la servidumbre. Pero, como cualquier otra facultad, su titular puede o no ejercitarla, en caso afirmativo, puede darse el caso de que el dueño del predio sirviente se avenga a cumplir lo legalmente previsto, ofreciendo al dueño del predio dominante el servicio o la utilidad reclamada y acordando ambos la correspondiente indemnización. Pero también pueden existir, como es el caso que nos ocupa, disensiones o litigios entre los interesados que reclamen la correspondiente resolución administrativa o judicial.

Todo lo cual significa que aunque la causa última en encuentra en la ley, en la generalidad de los supuestos el acuerdo de los interesados o la resolución administrativa o la sentencia judicial es realmente la fuente de creación de este tipo de servidumbres, entre la que se encuentra la típica servidumbre de paso que estamos analizando.

Continuando con el estudio de las servidumbres de paso, debemos apuntar que el supuesto objeto de la Resolución, es un supuesto que el Código Civil regula en su artículo 564. Se trata del caso de la servidumbre de paso en beneficio de las fincas enclavadas, según el cual: «el propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización». La *causa servitutis* es clara, si resulta que la finca ha pasado a ser inaccesible para su titular, es obvio que el Código otorgue al titular de la finca enclavada, la posibilidad de exigir paso mediante la constitución de la correspondiente servidumbre.

En el supuesto objeto de estudio se constituye la servidumbre a través de la correspondiente sentencia judicial resultante del procedimiento de cognición 729/92 en el que los demandantes pasan a ser titulares del predio dominante porque su huerto resulta enclavado y no tienen acceso salvo por la finca de los demandados que pasan a convertirse en titulares del predio sirviente. Fincas que es una casa constituida en propiedad horizontal y del que forma parte, precisamente, como elemento común el patio que va a ser el acceso a la finca del predio dominante sobre el que se ha constituido por sentencia la servidumbre de paso.

En cuanto al segundo punto no podemos olvidar que el principio de legalidad es uno de los más importantes sobre el que sustenta el Derecho Hipo-

tecario. El Registrador se constituye como un órgano independiente que controla la legalidad del acto en todos sus requisitos a efectos de su inscripción en el Registro. Así pues, la calificación es una actuación independiente e imparcial del Registrador, bajo su responsabilidad, siendo pues independiente de la función judicial (1).

El Registrador, al realizar su función calificadora, debe tener en cuenta, a su vez, el principio de tracto sucesivo, el cual exige que para que pueda ser inscrito un derecho, es necesario que conste previamente inscrito el derecho del transferente u otorgante. Como es sabido con este principio se persigue que la cadena de transmisiones que constituye el historial de una finca se produzca de modo continuo, sin saltos ni interrupciones, de forma que el adquirente de hoy sea el transmitente de mañana y que el transmitente de hoy haya sido el adquirente de ayer.

El fundamento de este principio, básico en un sistema de llevanza por fincas, resulta de la seguridad jurídica y del principio sustantivo de que nadie da lo que no tiene, ya que con él se persigue que los derechos deriven del verdadero titular.

En la presente Resolución se hacen observaciones muy precisas que confluyen en recordarnos la existencia del principio constitucional que prohíbe la indefensión (art. 24.1 CE) (2), y que se concreta, según lo que hemos dicho en los párrafos anteriores, en prohibir el acceso al Registro de la Resolución

(1) También resulta interesante la RDGRN de 12 de febrero de 1996, la cual ha sabido plantear la problemática existente sobre el alcance de la función calificadora del Registrador ante un documento judicial. Y dice que «el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por tanto los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes, de entre las que no cabe excluir las dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria. Con ello se veda la posibilidad de que en ejercicio de aquella función pueda cuestionarse si los fundamentos jurídicos en que el juzgador basa su fallo se ajustan o no a Derecho, o si los trámites procesales se han cumplido con regularidad. No es al Registrador sino a los interesados a los que incumbe la defensa de los derechos que entiendan han sido violados por la resolución judicial acudiendo a los cauces procesales adecuados, incluido en casos como el presente en que no ha habido contradicción, el entablar el juicio declarativo correspondiente».

Continúa diciendo que «todo ello no significa, sin embargo, que la inscripción de los documentos judiciales quede al margen del control de legalidad que supone la calificación registral, pues conforme al artículo 18 LH y 100 RH, el Registrador deberá examinar, en todo caso, las formalidades extrínsecas, *los obstáculos que surgen del Registro*, la competencia del Juzgado o Tribunal, y la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, entendiéndose este último extremo como la idoneidad o habilidad del procedimiento seguido para obtener el tipo de resolución cuya inscripción se pretende, si bien en ocasiones la doctrina de este Centro lo ha ligado a la defensa de los derechos del titular registral a través de su participación en el proceso en la forma y con las condiciones mínimas impuestas por la Ley, de suerte que no sufra en el propio Registro las consecuencias de una indefensión procesal» (la cursiva es mía).

(2) La RDGRN de 11 de enero de 1993 afirma que «no sólo los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo y las reglas registrales que reflejan los artículos 40.d) y 82 LH exigen la presencia del titular del crédito hipotecario en el procedimiento para que la sentencia correspondiente pueda servir de título para la cancelación, sino que es la misma Constitución del Estado la que exige esa presencia, porque, de otro modo, se produciría la indefensión del titular registral, lo que en ningún caso debe ocurrir según el artículo 24 CE».

judicial que afecta a un elemento común de una propiedad horizontal, si no ha sido demandada toda la Comunidad de Propietarios de la misma (3).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HERENCIA. PARTICION: INTERVENCION DE LOS LEGITIMARIOS.—CUANDO POR AFIRMACION DEL PROPIO LEGATARIO, LOS LEGADOS DE LOS QUE PRETENDE TOMAR POSESION AGOTAN EL TOTAL CAUDAL HEREDITARIO, PRODUCIENDOSE UNA EVIDENTE LESION A LA LEGITIMA DE LOS DESCENDIENTES, ES IMPRESCINDIBLE LA INTERVENCION DE LOS LEGITIMARIOS PARA LA INSCRIPCION A FAVOR DEL LEGATARIO. (RESOLUCIÓN DE 20 DE OCTUBRE DE 2001. BOE DE 10 DE DICIEMBRE DE 2001.)

RESOLUCION de 20 de octubre de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Carmen Amaro Castro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Benidorm, número 3, don Germán Rodríguez López, a inscribir una escritura de partición de herencia, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Elena Gil Bayo, en nombre de doña Carmen Amaro Castro, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Benidorm, número 3, don Germán Rodríguez López, a inscribir una escritura de partición de herencia, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. Don Francisco M. V. falleció en Alicante el 9 de febrero de 1998, casado con doña Carmen A. C., bajo el régimen de gananciales, careciendo de descendientes, bajo testamento otorgado ante el Notario de Benidorm, don Pablo Madrid Navarro, el 23 de octubre de 1997, en el cual lega a sus padres, don Francisco M. O. y doña Elena V. M., la legítima que señala el artículo 809 del Código Civil y preelega a su esposa el pleno dominio de la vivienda habitual y una licencia de taxi y la instituye heredera.

El 30 de julio de 1998, mediante escritura pública autorizada por el mismo Notario, doña Carmen A. C. otorga escritura de partición de herencia en la que se dice que siendo ella y sus suegros, don Francisco M. O. y doña Elena V. M. los únicos interesados en la herencia de su esposo, sin que estos últimos hayan comparecido al otorgamiento de la escritura, acepta unilateralmente la herencia y como heredera y de conformidad a lo dispuesto en el testamento, se hace entrega a sí misma del legado, adjudicándose los bienes descritos y

(3) La RDGRN de 19 de enero de 1993, reitera (en un supuesto de denegación de anotación preventiva de demanda de rescisión del convenio recaído en una suspensión de pagos y de subsiguiente declaración de quiebra en la que se pedía la anotación respecto de fincas cuyo titular registral no aparece como demandado) que «de practicarse la anotación quedarían menoscabados los efectos de una inscripción registral por una decisión judicial adoptada en un procedimiento en el que no han intervenido, como parte, ni ha sido oído el titular registral... En consecuencia, de no ser parte en las actuaciones judiciales el titular registral y producirse la consiguiente quiebra del exigido tracto sucesivo, surge para el cumplimiento del mandamiento un obstáculo registral que, según el artículo 100 RH, debe ser señalado por el Registrador en la calificación registral».

manifiesta que hará entrega a sus suegros de la legítima que les corresponde, que es un tercio de los bienes inventariados.

II. Presentada copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3, fue calificada con la siguiente rota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, ya que de conformidad con el artículo 81.a del Reglamento Hipotecario, en relación con el 809, 813, 820 a 822 y 885 del Código Civil; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de mayo de 1971, 27 de febrero de 1982, 1 de octubre de 1984, 25 de septiembre de 1987 y 20 de septiembre de 1988, y sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1934, 25 de mayo de 1971 y 26 de abril de 1997, deberán prestar su consentimiento a la partición y entrega de legado realizada, los ascendientes del causante como herederos forzosos. Contra esta nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo dentro del plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de la misma, por medio de escrito dirigido al Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana, por los trámites y con los requisitos establecidos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Benidorm, 20 de octubre de 1998. El Registrador. Fdo.: Germán Rodríguez López».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Elena Gil Bayo, en representación de doña Carmen Amaro Castro, interpuso recurso gubernativo contra la citada calificación, y alegó: 1. Que la calificación registral no se ajusta a derecho, puesto que en la escritura pública objeto de la calificación se ejecuta el testamento de don Francisco M. V., en el que el causante realizó la partición de sus bienes de una forma absolutamente ajustada a la legislación vigente en materia de sucesiones. Que la voluntad del testador resulta clara y evidente, al establecer un prelegado a favor de su esposa está excluyendo expresamente unos determinados bienes del caudal hereditario, su deseo es que el pleno dominio de los mismos recayese en su esposa, todo sin perjudicar la legítima que les corresponde por imperativo legal a sus padres que se la deja en forma de legado no como herederos, nombrando como heredera única de todos sus bienes a su esposa. 2. Que ante la ausencia de otros bienes, los prelegados a la esposa, la vivienda habitual familiar y una licencia de taxi, el legado de la legítima debía pagarse obligatoriamente y según permite el Código Civil en metálico (art. 809 del Código Civil). 3. Que los ascendientes del causante, aunque legitimarios, lo son en calidad de legatarios, dependiendo de la heredera para entrar en disposición del legado. Que la esposa, en cumplimiento de las obligaciones que la legislación le impone como heredera en relación con los legados, depositó en una cuenta de la Caja de Ahorros del Mediterráneo el legado a disposición de los legatarios, requiriéndolos notarialmente en este sentido, sin que hasta la fecha tenga conocimiento de que hayan acudido a retirar el dinero depositado. 4. Que la calificación del Registrador infringe los siguientes preceptos: artículos 815, 885, 888 y 1.056 del Código Civil. Que, por último, los preceptos, resoluciones y sentencias del Tribunal Supremo invocados por el Registrador en la nota de calificación no son aplicables a este caso concreto.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó: Que la cuestión planteada en este recurso consiste en determinar si es o no necesaria la intervención o consentimiento de los ascendientes legitimarios, o en su defecto, la aprobación judicial en una escritura de partición de herencia efectuada unilateralmente por la prelegataria y única heredera instituida como

tal. Cuestión que se debe responder afirmativamente y ello sobre la base de los siguientes fundamentos de derecho: 1. Que la legítima se configura en nuestro Derecho Civil Común como un deber legalmente impuesto al testador y que obliga no sólo a éste, sino también a los herederos y legatarios (arts. 806 y 815 del Código Civil). El derecho de legítima se atribuye *ope legis* al fallecimiento del causante y el legitimario lo obtiene *ipso iure*. Que es por ello que el hecho de deferir la legítima al «título de legado» que arguye la recurrente sobre la base de la manifestación testamentaria, no obsta el mantenimiento del defecto atribuido al título. Que la calidad de legitimarios de los ascendientes se impone a la forma de atribución de la legítima, y la prelegataria, tanto como única heredera (art. 79 del Reglamento Hipotecario) como legataria (art. 81.a del Reglamento Hipotecario), necesita la intervención o consentimiento, o en su caso aprobación judicial, de los legitimarios en la partición para determinar en cuanto deben reducirse las mandas hechas en testamento (art. 820 del Código Civil) si lesionan la legítima. 2. Que la porción legitimaria debe hacerse efectiva en bienes de la herencia (art. 806 del Código Civil) y sólo excepcionalmente, y en los supuestos contemplados en nuestra ley (arts. 821 y 822; 829, 839 y 840, 841 y siguientes; 1.048, párrafo 1.º, 1.062, 1.077 y 1.056 párrafo 2.º del Código Civil) se permite el pago en otros bienes; y aún en estos casos, se exige unanimidad o en su defecto aprobación judicial (art. 843 del Código Civil). Que, por tanto, al pago en metálico de la porción legitimaria de los ascendientes que se pretende en la escritura calificada, nada habría que objetar si los legitimarios lo consintieran. Que la «reserva» del artículo 806 del Código Civil significa una afectación de los bienes al pago de las legítimas y convierte al legitimario en un potencial cotitular de los bienes de la herencia, lo que impide la partición efectuada por el heredero sin consentimiento del legitimario afectado, y permite a éste rescindir la realizada por el testador. Las reducciones previstas en los artículos 818 y siguientes y 829 del Código Civil, presuponen el concurso del legitimario en las operaciones de valoración, computación e imputación y explícitamente así lo confirman los artículos 843 y 1.056 del Código Civil. Que al no ordenar el testador la forma de pago ni atribuir bienes concretos para ello, son todos los de la herencia, incluidos los legados, los afectos al pago y que éste se haga en metálico, en contra de lo manifestado en el escrito de recurso, es excepción en nuestro derecho común y sólo admisible en los casos señalados en los preceptos citados y siempre con la aquiescencia de los legitimarios.

V. El Presidente del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en que la no intervención de los ascendientes del causante determina la invalidez y falta de eficacia del documento de partición. Véase que el punto 2.º del artículo 807 del Código Civil es taxativo. Que al respecto hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 818 y 847 del Código Civil y 1.048, 1.063, 1.065 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin olvidar tampoco lo dispuesto en los artículos 1.391, 1.398 y 1.410 del primer cuerpo legal citado. Que la omisión de la intervención de los padres del causante no puede entenderse subsanada de ningún modo por el acta de requerimiento citada por la recurrente. Que, por último, hay que señalar lo que dice la Resolución de 8 de marzo de 1965 y la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1992.

VI. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 809, 813, 820 a 822 y 825 del Código Civil; 81 del Reglamento Hipotecario; las sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1934, 25 de mayo de 1971 y 26 de abril de 1997; y las Resoluciones de este Centro Directivo, de 8 de marzo de 1965, 25 de mayo de 1971, 27 de febrero de 1982, 1 de octubre de 1984, 25 de septiembre de 1987 y 20 de septiembre de 1988.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso, los siguientes: Fallece el titular registral sin descendientes y bajo testamento en el que prelega a su esposa la finca objeto del recurso y una licencia de taxi, lega a sus padres la legítima e instituye heredera universal a su citada esposa. Se presenta en el Registro el testamento referido acompañado de escritura en que la esposa, después de decir que los bienes a ella legados son los únicos que componen el caudal, se hace entrega a sí misma de dichos bienes, y, calculando por sí sola la cuantía de la legítima, manifiesta que entregará a los ascendientes del testador la cantidad que por legítima les corresponde. Presentados los anteriores documentos en el Registro, se suspende la inscripción por falta de consentimiento de los herederos forzosos a la partición y entrega de legado realizada. Apelada la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso, siendo apelado el auto presidencial.

2. Sin necesidad de acudir a ningún tipo de argumentación doctrinal, dadas las circunstancias del caso concreto, en el que, según la propia afirmación de la viuda, los legados hechos a ella agotan todo el caudal hereditario, es evidente la necesidad de intervención de los legitimarios para realizar la reducción de legados, ya que los ordenados a favor de la misma lesionan la legítima de los ascendientes.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 20 de octubre de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto del comentario se centra en que «*sin necesidad de acudir a ningún tipo de argumentación doctrinal, dadas las circunstancias del caso concreto, en el que, según la propia afirmación de la viuda, los legados hechos a ella agotan todo el caudal hereditario, es evidente la necesidad de intervención de los legitimarios para realizar la reducción de legados, ya que los ordenados a favor de la misma lesionan la legítima de los ascendientes*».

En la Resolución objeto de comentario se parte del fallecimiento de don Francisco M. V. en Alicante, casado con doña Carmen A. C., bajo el régimen de gananciales, careciendo de descendientes, bajo testamento otorgado ante Notario de Benidorm, don Pablo Madrid Navarro, en el cual lega a sus padres, la legítima que señala el artículo 809 del Código Civil y prelega a su esposa el pleno dominio de la vivienda habitual y una licencia de taxi, y la instituye heredera.

Con posterioridad, la esposa otorga ante el mismo notario escritura de partición de herencia mediante escritura pública autorizada en la que se dice que siendo ella y sus suegros los únicos interesados en la herencia de su esposo, sin que éstos últimos hayan comparecido al otorgamiento de la escritura pública, acepta unilateralmente la herencia y como heredera y de conformidad a lo dispuesto en el testamento, se hace entrega a sí misma del legado, adjudicándose los bienes descritos y manifiesta que hará entrega a sus suegros de la legítima que les corresponde que es un tercio de los bienes inventariados.

Las dos posturas enfrentadas son las siguientes:

- De una parte, la del Registrador, quien suspende la inscripción alegando que deberán prestar su consentimiento a la partición y entrega de legado realizada, los ascendientes del causante como herederos forzosos.

- De otra parte, la existente en el recurso gubernativo presentado por doña Carmen Amaro Castro, basado en que en la escritura pública objeto de calificación se ejecuta el testamento del causante...:

- Quien realizó la partición de sus bienes de una forma absolutamente ajustada a la legislación vigente en materia de sucesiones.

- Que la voluntad del testador es clara y evidente, y al establecer un prelegado a favor de su esposa, está excluyendo unos determinados bienes del caudal hereditario, su deseo es que el pleno dominio de los mismos recaiese sobre su esposa, sin perjudicar la legítima que les corresponde legalmente a sus padres que se la deja en forma de legado no como herederos, nombrando como heredera única de todos sus bienes a su esposa.

- Que el legado de la legítima debería pagarse obligatoriamente y según permite el Código Civil en metálico (art. 809 del Código Civil).

- Que los ascendientes legitimarios lo son en calidad de legatarios, dependiendo de la heredera para entrar en disposición del legado.

- Que la esposa, en cumplimiento de la legislación vigente, abrió una cuenta y depositó en ella el legado a disposición de los legatarios, requiriéndolos notarialmente en este sentido, sin que hasta la fecha tenga conocimiento de que hayan acudido a retirar el dinero depositado.

Hay diversos puntos interesantes de comentar en esta Resolución:

- Naturaleza jurídica de la legítima. Forma de la legítima a través de legado.

- Consentimiento y asistencia de los legatarios legitimarios en la partición de la herencia.

- Materialización en bienes hereditarios de la porción legitimaria, salvo en los casos exclusivamente contemplados en la Ley.

- Conexión entre la necesidad del consentimiento de los legitimarios y otras instituciones hereditarias como la reserva y las reducciones.

- La omisión de la intervención de los legitimarios no se puede subsanar de ningún modo *a posteriori*, ni siquiera por un acta de requerimiento posterior.

A primera vista, parece que interesa únicamente comentar la *necesidad de consentimiento o de intervención de los ascendientes legitimarios en la partición de herencia*, o, en su defecto, la aprobación judicial en una escritura de par-

tición de herencia efectuada unilateralmente por la prelegataria y única heredera instituida como tal, pero en realidad se está analizando la verdadera *naturaleza jurídica de la legítima*.

Es evidente, como informa el propio Registrador, que la legítima se configura en nuestro Derecho Civil Común como un deber legalmente impuesto al testador y que obliga no sólo a éste sino también a los herederos y legatarios. El derecho de legítima se atribuye *ope legis* al fallecimiento del causante y el legitimario lo obtiene *ipso iure*.

Es posible que se difiera la legítima a título de legado, esto no significa que «en modo alguno puede el legitimario pretender una vocación *mortis causa* a título universal, y por tanto tener pretensiones de heredero» (1).

Esto significa que la forma de atribución de legítima no tiene que ver con la necesidad de intervención o consentimiento, o en su caso, aprobación judicial de los legitimarios en la partición para determinar en cuánto deben reducirse las mandas hechas en testamento (art. 820 del Código Civil), si lesionan la legítima.

La siguiente cuestión objeto de comentario se centra en la necesidad de materializar en bienes de la propia herencia de la legítima (art. 806 del Código Civil), salvo casos excepcionales. Supuestos que se encuentran taxativamente fijados en nuestra ley: artículos 821 y 822, 829, 839 y 840 y 841 del Código Civil. 1.048-1.º, 1.062, 1.077 y 1.056-2.º del Código Civil (2). No obstante, en los supuestos excepcionales vistos se exige unanimidad o en su defecto aprobación judicial (art. 843 del Código Civil). De manera que es posible que si los legitimarios consintieran el pago en metálico de la legítima que se pretende con la partición realizada, nada habría que objetar.

Hay que tener en cuenta que el propio testador, en el supuesto objeto de estudio, en modo alguno ordena la forma de pago ni atribuye bienes concretos para el pago de la legítima, de modo que la porción legitimaria está integrada por todos los bienes de la herencia, incluidos los legados.

Los últimos puntos que debemos tener en cuenta es la conexión entre la necesidad del consentimiento de los legitimarios y otras instituciones hereditarias como la reserva y las reducciones. Y el hecho de que la omisión de la intervención de los legitimarios no se puede subsanar de ningún modo *a posteriori*, ni siquiera por un acta de requerimiento posterior.

Conectado con el pago de la legítima, se halla otra institución: la *reserva* (art. 806 del Código Civil). Institución que conlleva la afección de los bienes al pago de las legítimas y convierte al legitimario en un potencial cotitular de los bienes de la herencia, lo que impide la partición efectuada por el heredero sin consentimiento del legitimario afectado y permite a éste rescindir la realizada por el testador.

También hay otra institución hereditaria que está conectada indirectamente con el consentimiento en la partición de la herencia es la *reducción*

(1) Tal y como observa LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil. T. Séptimo. Derecho de Sucesiones*. 2.ª ed., Madrid, 2001, pág. 249.

(2) En el supuesto objeto de estudio la legítima de los ascendientes concurre con la del cónyuge viudo. Como es sabido, la cuota legitimaria de los ascendientes, tras la ley de 24 de abril de 1958 (hoy aún en vigor), es de cuantía variable, pues se incrementaron los derechos legitimarios de los cónyuges. Teniendo en cuenta el artículo 809-2.º, si los ascendientes concurren con el cónyuge viudo, su legítima será de una tercera parte de la herencia.

(arts. 818 y sigs. y 829 del Código Civil). Las reducciones presuponen el concurso del legitimario en las operaciones de valoración, computación e imputación, y explícitamente así lo confirman los artículos 843 y 1.056 del Código Civil. Y en el caso objeto de autos, parte de los legitimarios: los ascendientes fueron obviados por el propio cónyuge, es el cónyuge viudo quien realiza por sí solo la cuantía de la legítima que les corresponde a los ascendientes, haciéndose a su vez entrega a sí mismo de todos los bienes que componen el caudal de la herencia.

Por último, no debemos olvidar otro punto esencial sobre el que se centra la Resolución, fundado en relación con la *necesidad de consentimiento de los legitimarios*. Pues bien, hay que tener en cuenta la doctrina registral existente basada en el propio artículo 885 del Código Civil, que prohíbe que el legatario pueda ocupar por su propia voluntad la cosa legada, sino que deberá pedir al heredero su entrega (3).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(3) La RDGRN de 8 de marzo de 1965, en su considerando cuarto señala que: «*el artículo 885 del Código Civil prohíbe que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada, ya que deberá pedir su entrega al heredero o albacea que se halle autorizado para darla, por lo que, como regla general y siempre que esté instituido solamente un heredero, no será necesaria la previa partición de bienes, pues bastará a dicho heredero —único adjudicatario de la herencia, y, por tanto, sin nada que partir— realizar la entrega de los bienes legados, pero en este caso concreto no hay que olvidar que se trata de un legado de parte *alícuota* del tercio del as hereditario y que su régimen es distinto del legado de cosa específica —cualquiera que sea la posición doctrinal adoptada acerca de su naturaleza— por la afinidad entre aquel legado y la herencia, derivada en ambos de la común atribución indeterminada de bienes, lo que obliga a que se concrete o materialice mediante la partición el contenido económico para fijar la parte que corresponde a uno y otro, y sin que esto obste a las amplísimas facultades que en la cláusula 6.ª del testamento confiere la difunda al albacea, que podrá ejercitarlas una vez se haya dado cumplimiento a la anterior exigencia y señalado los bienes que componen el tercio dejado para sufragios por el alma y obras de caridad...*»

La RDGRN de 20 de septiembre de 1988 también aborda el problema de la inexistencia del consentimiento prestado por los herederos forzosos, y lo resuelve en los siguientes términos: «se plantea la cuestión de decidir si es posible la entrega de legados de cosa específica habiendo herederos forzosos que no prestan su consentimiento y sin que conste haberse realizado el inventario, la liquidación y la adjudicación de la herencia en su totalidad, y consiguientemente, sin que haya sido determinado el haber hereditario correspondiente, en el presente caso, a la heredera legitimaria que no interviene en la escritura (si intervienen y consienten los otros dos hermanos que son, además, los legatarios)». Continúa alegando la doctrina contenida en la RDGRN de 27 de febrero de 1982 que afirma que, «no es posible la entrega sin que proceda la liquidación y partición de la herencia con expresión de las operaciones particionales de las que resulte cuál es el haber y lote de bienes correspondientes a la heredera forzosa cuyo consentimiento para la entrega de los legados no consta porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos. Y, evidentemente, no equivale a esta exigida liquidación general previa, la inconcreta afirmación realizada en la escritura por el comisario contador partidor y los otros dos hermanos de que la heredera legitimaria ya recibió en vida del testador o causante su parte hereditaria».

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

CONSTITUCION DE HIPOTECA: NULIDAD EX ARTICULO 878, PARRAFO 2.º DEL CODIGO DE COMERCIO. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

Según doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio establece una nulidad absoluta, tanto desde un punto subjetivo como objetivo, siendo tal nulidad intrínseca, de forma que no tiene que ser declarada judicialmente, salvo que alguien se oponga a ello. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, en que la anulación ha de ser instada, contándose los plazos del artículo 878 desde la retroacción de la quiebra en adelante y los de los artículos siguientes hacia atrás.

Aquel principio de nulidad absoluta se ha entendido corregido en ocasiones cuando los actos de transmisión o administración del quebrado se declare que no afectan o no son contrarios a los intereses de los acreedores, cosa que no se da en el caso litigioso, en el que los juzgadores de instancia declararon que la constitución de la hipoteca y el reconocimiento de la deuda beneficiaban al acreedor hipotecario y perjudicaban al resto de los acreedores. Mas a la vista del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, en cuanto establece que las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere su artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, es claro que se está estableciendo una excepción a aquel principio de nulidad absoluta; pero ello no justifica el afán del acreedor hipotecario recurrente en casación de que la nulidad instada se incardine en el artículo 880, causa 4.ª (constitución de hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior o por préstamos cuya entrega no se verificase de presente ante el Notario y los testigos), porque este precepto no se dice modificado

por la ley especial y establece una presunción de fraude *iuris et de iure* que no requiere, por tanto, prueba de su concurrencia ni la admite en contrario; y si esto se predica de los actos realizados por el deudor dentro de los treinta días precedentes a la fecha de retroacción de la quiebra, con mayor razón ha de mantenerse la fraudulentencia de los actos realizados, no antes, sino dentro del período de retroacción, lo que implica, a su vez, una excepción legal a la que en el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio introdujo el mentado artículo 10 de la Ley 2/1981.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: OBJETO. INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

El procedimiento judicial sumario fue concebido para obtener la realización mediante pública subasta del inmueble a que afecta la hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación de pago que pesa sobre el prestatario y para el caso de impago de lo adeudado.

En el caso de autos, el acudir el prestamista al procedimiento del artículo 131 LH, no supuso actuación fraudulenta alguna por su parte, sin que pueda calificarse como tal la doble circunstancia de promoverse el procedimiento hipotecario sin esperar al resultado de los declarativos instados para obtener la declaración judicial de la nulidad del crédito garantizado y la falta de mención en aquél de la pendencia de los mismos. En su caso, siempre dispondría la parte prestataria de la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios prevenida en el artículo 131, regla 2.ª, inciso final LH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACION. SUELO NO EDIFICADO: ELEMENTO COMUN ACCIDENTAL. DESAFECCION. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Sobre una superficie total de 18.183 metros cuadrados se elevan cuatro construcciones tipo chalet de 191,94 metros cuadrados cada una, aisladas, independientes y separadas.

Doctrina de la Sentencia.—Al constituir la finca en régimen de propiedad horizontal, la gran parcela residual viene a considerarse elemento común del conjunto, pese a que el solar excedente no es necesario para el adecuado uso y disfrute de las edificaciones.

Aplicar a las urbanizaciones (las denominadas propiedades horizontales tumbadas) por analogía la preceptiva que regula la propiedad de los pisos de un edificio tiene que rechinar en muchas ocasiones porque las situaciones son disímiles.

Para que las superficies (a veces muy extensas) de terreno intermedias entre las viviendas construidas se desvinculen de las reglas de la propiedad horizontal y puedan transformarse en partes privativas, susceptibles de división, se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

Las tierras no ocupadas por las edificaciones constituyen unos atípicos elementos comunes, unos elementos comunes por desbordamiento impropio, que revisten carácter accidental y que pueden transmutarse en bienes sujetos al régimen de la comunidad romana.

La jurisprudencia dominante atribuye a las demasías superficiarias la consideración de elemento común de la urbanización. Se distinguen dos clases de elementos comunes: los esenciales (las cimentaciones, los muros, el solar propio de la edificación,...) y los accidentales. Aquéllos nunca podrán ser objeto de negociación separada y serán inherentes (por cuotas) a los diferentes pisos, locales o chalets. Por el contrario, los elementos comunes accidentales podrán acceder a los circuitos de la libre negociación y al posible reparto entre los diferentes propietarios por la voluntad de los mismos; para ello se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

LIMITACIONES DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Si bien el artículo 348 del Código Civil consagra el derecho de propiedad, con trascendencia constitucional, no lo hace en forma rígida y absoluta, pues admite limitaciones legales, como son las impuestas por la Ley de Aguas, de Costas, del Suelo y Expropiación Forzosa, Propiedad Horizontal y demás normativa restrictiva de las facultades dominicales.

El *ius aedificandi* se somete a disposiciones legales o reglamentarias de carácter general que encauzan el derecho de propiedad para que no resulte lesivo del derecho de los demás, por lo que los condicionamientos o limitaciones establecidas obligan y deben ser respetadas y, caso de infracción, han de asumirse las consecuencias correspondientes por las construcciones extralimitadas. En todo caso, el cercenamiento de las facultades dominicales obedece a la perspectiva social que a la propiedad se le asigna constitucionalmente.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUBROGACION EN LAS DEUDAS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Hechos.—Practicada una segregación sobre finca hipotecada sin distribución de la responsabilidad hipotecaria, se ejecuta una segunda hipoteca sobre el resto de la finca matriz, el cual es adjudicado al acreedor.

Doctrina de la Sentencia.—La confusión se produce por la confluencia en una misma persona de dos derechos reales de diferente volumen jurídico: el de propiedad y el de hipoteca. Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario, la hipoteca se extingue por confusión de derechos.

El artículo 131 LH tiene una redacción imperativa que no permite alentar vacilaciones hermeneúticas. Comienza así: «El procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas». Por tanto, todas y cada una de sus reglas pertenecen al *ius cogens* y son de obediencia absoluta por todos, incluidos los jueces.

Cuando el procedimiento judicial sumario culmina con la adjudicación de la finca al acreedor en pago de su crédito, la subrogación en las cargas anteriores y preferentes (art. 131, regla 10.^a LH) implica, según la doctrina más autorizada, que el primitivo deudor es reemplazado en el débito por el acreedor adjudicatario que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Conforme al artículo 1.156 del Código Civil debe producirse la extinción de la obligación por confusión de derechos.

Cuando el procedimiento culmina con un remate de la finca en pública subasta, la doctrina más autorizada considera que también en este caso se produce una subrogación en el débito personal preferencial (art. 131, regla 8.ª LH). Se produce una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la ley del procedimiento ejecutivo.

Comentario.—Importante fallo sobre la naturaleza de **la subrogación del adjudicatario en la responsabilidad de las cargas preferentes**, que acoge la tesis de la asunción de la deuda, apuntada por la STS de 20 de junio de 1997 —núm. 652, pág. 1138 de esta *Revista*—. Se mantiene así la postura tradicional defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, GUASP, SANZ FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE, LÓPEZ TORRES, LÓPEZ LIZ.

Frente a ella, cabe recordar que se inclinan por la subrogación limitada a la responsabilidad real la STS de 27 de enero de 1990 y autores como BLÁZQUEZ, RUIZ ARTACHO, REZA, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, SELVA SÁNCHEZ, REY PORTOLÉS, OCAÑA RODRÍGUEZ, MERINO GUTIÉRREZ, ADAME MARTÍNEZ. Más recientemente, CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C., «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 30 de enero de 1999», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 2000; DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «El “vértigo jurídico” de la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1999», en *Lunes* 4,30, núm. 259, junio de 1999, y alguna referencia en «Naturaleza jurídica de la hipoteca del artículo 217 RH como hipoteca sobre varios objetos con dispensa de distribución», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario anterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias*, Valencia, 2001; VIVAS TESÓN, I., «La responsabilidad real del adjudicatario de una finca hipotecada. Comentario a la STS de 30 de enero de 1999», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2001, defiende una subrogación perfecta en la obligación asegurada, con responsabilidad limitada a la finca adquirida, que no excluye ni altera la responsabilidad del primitivo deudor.

La DGRN en Resolución de 2 de diciembre de 1999 dice que la asunción es no liberatoria: «sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. arts. 118, párr. 1.º LH y 1.205, 1.252 y 1.257 del Código Civil)». La Resolución de 16 de julio de 1999 se pronuncia sobre la cancelación de cargas anteriores a la ejecutada por consolidación, no por compensación.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 668.3.º, 670.5 habla de subrogación en la responsabilidad derivada de las cargas o gravámenes anteriores, y en el artículo 669.2, de subrogación en las cargas anteriores, lo que supone, según DÍAZ FRAILE, MONTERO AROCA y RIVAS TORRALBA, el rechazo de la doctrina de la asunción de deuda.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. COMPETENCIA. PODER IRREVOCABLE. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

La STS de 4 de mayo de 1998, acerca de inconstitucionalidad de normas preconstitucionales, y por ello, de la derogación del artículo 129 LH en el inciso sobre «procedimiento extrajudicial», cuya doctrina la Sala Primera del Tribunal Supremo comparte y ratifica, se ha invocado en el recurso extemporáneamente y carece de viabilidad casacional.

Está fuera de toda duda la aplicación de la regla prevenida en el artículo 235 RH, actualmente en el artículo 236 a tenor del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, concerniente a que dicho procedimiento «sólo podrá ser seguido ante notario hábil para actuar en el lugar en que radique alguna de las fincas».

Es doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandatario, sino que responde a exigencias del cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal en la relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados. La transcrita doctrina jurisprudencial resulta de perfecta aplicación al caso de que se trata, puesto que la escritura de préstamo hipotecario evidencia que el mandato conferido a los prestamistas ejecutantes no estaba basado en una relación personal y de confianza entre ellos y el prestatario sino, esencialmente, destinado a facilitar los efectos y el cumplimiento, en su caso, de la ejecución de la hipoteca.

LEGITIMACION REGISTRAL: LA ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS LLEVA IMPLICITA LA PETICION DE NULIDAD O CANCELACION DEL ASIENTO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

La actual posición jurisprudencial supera la rígida interpretación del artículo 38, párrafo 2.º LH, y admite otra más flexible y ajustada al tráfico jurídico con la indicación de que el hecho de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad lleva implícita la petición de nulidad y cancelación del asiento contradictorio.

TERCERIA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICION DE TERCERO. OBJETO. REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1999.)

La primera cuestión que debe quedar clarificada en la tercera de dominio, antes incluso que la titularidad del bien o derecho, es la atinente a determinar

si el demandante es tercero, es decir, no es el deudor. El objetivo prioritario de la tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo.

Por otra parte, la justificación dominical del tercero ha de referirse a una fecha anterior a aquélla en que se realizó la diligencia de embargo, y es que quien compra bienes tras el embargo subordina su derecho al resultado de la ejecución en que se practicó aquél, aunque el titular del embargo no tenga la cualidad de tercero hipotecario y aunque el embargo no fuere anotado.

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS.—LEGITIMACION REGISTRAL: LA PRESUNCION DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO, NO PUEDE Oponerse AL DOMINIO PUBLICO Y NO ALCANZA A LOS DATOS DE HECHO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1999.)

La acción declarativa del dominio exige para su viabilidad la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor.

La acción reivindicatoria exige acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta el actor.

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la identificación de la cosa ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho es de la soberana aplicación del Tribunal de instancia.

El principio de exactitud registral contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conlleven una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base fáctica fehaciente, en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consecuencia de los relativos a las fincas. El principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues ésta es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico, base del Registro, sino de la Ley, y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada.

La fe pública registral opera en relación a la titularidad, extensión y existencia de los derechos reales inscritos, pero no cubre los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos, por lo que éste no responde de que sean exactos los datos descritos de la finca inmatriculada.

TERCERIA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Establece el artículo 1.537 LEC que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, pero ello ha sido interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio, bastando la justificación de una apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, cumplido el requisito y dado curso a la demanda, el actor tenga que acreditar plenamente su derecho, por ser la carga que le corresponde, de modo que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse que el documento haga prueba plena de la demanda, pues es al resolver el fondo del litigio donde ha de hacerse el análisis y el examen de dicho título, cuya calificación y alcance constituye la esencia de la acción ejercitada.

ACCESION ARTIFICIAL O INDUSTRIAL: EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

Partiendo del principio *superficies solo cedit*, el artículo 361 del Código Civil —accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios— da opción al dueño del suelo a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien a evitar la accesión obligando al que edificó a pagarle el precio del terreno. Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno. Cuando se produce esta situación, el dueño no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante —terreno y obra— previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno. En este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que exige que mientras no tuviera efecto la indemnización, no ostente el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, doctrina de no adquisición automática de lo edificado que han reiterado numerosas sentencias.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.—ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

Si bien en el caso litigioso es cierta la probanza del perfeccionamiento del contrato privado de compraventa (título), no se tiene por acreditada la entrega de la cosa (modo), por lo que la falta de concurrencia de ambos elementos conduce, ineludiblemente, a la conclusión de no ser posible conceder a la referida compraventa poder liberatorio para el levantamiento del embargo.

TERCERIA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICION DE TERCERO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1999.)

Dada en el supuesto de autos la existencia de una simbiosis entre las sociedades compradora y vendedora, se concluye que la tercerista no tiene el

carácter de tercero, dada la coincidencia de elementos personales, revelada al levantar el velo jurídico de ambas sociedades.

INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NATURALEZA.—ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: CARACTER OBLIGATORIO. REQUISITO DE TRACTO REGISTRAL-TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1999.)

Es cierto que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio. Pero también lo es que la registración representa un extracto del título adquisitivo y de todos sus pactos que tengan trascendencia real. El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiriera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; significa que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente, y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar *erga omnes* que esa transmisión se ha operado válidamente.

Según el artículo 43, párrafo 2.º LH, cuando se trate de juicio ejecutivo será obligatoria la anotación de embargo. Obligación imposible de cumplir cuando los bienes no están inscritos a nombre del deudor embargado. También se incumple entonces el artículo 1.453 LEC.

Nuestro sistema, pues, tratándose del juicio ejecutivo (valiéndose de preceptos de corte imperativo), altera los postulados voluntaristas de la registración. Por regla general, en nuestro régimen jurídico, la inscripción es voluntaria y está presidida por el principio de rogación. Tan es así que, incluso con respecto a las anotaciones preventivas, nuestra regulación hipotecaria tiene un arranque discrecional en su artículo 42 LH.

Debe prosperar la tercería de dominio cuando el tercerista es propietario del bien indebidamente embargado y que no pudo anotarse preventivamente.

LEGITIMACION REGISTRAL: ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1999.)

Se puede perfectamente atacar el contenido sustantivo de un derecho, con independencia de que no se pida expresamente su reflejo en el mundo hipotecario, por cuanto es inconcuso que si éste refleja un derecho sustantivo, que en el orden material ha sido invalidado, la correspondencia registral deviene ineludible *ex post*.

LEGITIMACION REGISTRAL: ACCION CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. LA DECLARACION DE NULIDAD DEL CONTRATO INSCRITO CONLLEVA LA CANCELACION DEL ASIENTO.—ACCION REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR.—USUCAPION SECUNDUM TABULAS. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1999.)

La más reciente y ya consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio

de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38, párrafo 2.º LH, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

La existencia o no de título de dominio a favor de quien ejercita la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio es un hecho cuya prueba incumbe al actor y su fijación en la sentencia al Juzgador de la instancia, por lo que su apreciación no puede ser atacada en casación si no es por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas hermenéuticas que se estime han sido conculcadas.

Dice la sentencia de 24 de mayo de 1991, que el artículo 35 LH establece una presunción *iuris tantum*, es decir, con la finalidad de facilitar o favorecer la usucapión que extrarregistralmente opere el titular inscrito, suministrando a éste un *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis*, consistente en la inscripción misma, lo que determina que si se acredita que no cumple extrarregistralmente las condiciones necesarias para originar prescripción ordinaria, de nada servirá el Registro. En el caso litigioso no se dan esas condiciones de naturaleza extrarregistral que darían lugar a la prescripción adquisitiva por el titular registral de los bienes que figuran inscritos a su nombre en el Registro.

INSCRIPCION DE SUSTITUCION FIDEICOMISARIA CONDICIONAL.—RECTIFICACION DE ERRORES MATERIALES.—FE PUBLICA REGISTRAL: AMBITO. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1999.)

En la litis, bajo la problemática civil —sustitución fideicomisaria condicional y posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario en caso de cumplirse la condición— subyace también una problemática registral.

Inscrita una adquisición *mortis causa*, con constancia (a modo de reserva autenticada) de la cláusula de sustitución fideicomisaria a favor de fideicomisarios mencionados *nominatim*, el posterior comprador de la finca no puede escudarse en la protección de la fe pública registral. Luego la inscripción de la compra podrá en su día revocarse si la condición se cumple, con lo que se destruirá retroactivamente.

Si en las inscripciones posteriores al referirse al estado de los gravámenes se hizo constar que la finca se hallaba «libre de cargas», se incurrió en un error reiterativo. Se plantea así un problema de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral a causa de un error de concepto. Es aplicable, al respecto, el artículo 327 RH: «Se considera error de concepto (...) el cometido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro». A este error de concepto le es aplicable el artículo 217 LH: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones (...) cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos

los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene». *A sensu contrario*, si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos, la rectificación sigue pautas mucho más sencillas: no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el Registrador, ni tampoco acudir a la autoridad jurisdiccional. Basta con que el Registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia.

¿Puede pretender el titular registral defender la inatacabilidad de su inscripción por cuanto en el asiento de su transferente figura la finca libre de cargas? Es decir, que, aparentemente, no consta en la referencia tabular ninguna causa de posible anulación o resolución. Para contestar solventemente a este interrogante es preciso enfrentarse a la dicción literal del artículo 34 LH. Este precepto protege a los terceros de buena fe que hayan inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro. El precepto es decisivo. No dice: «causas que no consten en el asiento respectivo»; exige, con mayor amplitud, que las causas de anulación o resolución no consten en el Registro. Pero el Registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene.

COMUNIDAD DE BIENES: FUENTES LEGALES. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1999.)

Todos los artículos del Código Civil, referentes a la comunidad de bienes, tienen carácter subsidiario. El orden jerárquico aplicable a la comunidad de bienes está establecido con meridiana claridad en el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil. La consecuencia es clara: en primer lugar hay que aplicar las cláusulas del contrato siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código Civil). El Código Civil otorga cariz normativo, en ciertos casos, al interés de los contratantes. La proclamación más explícita al respecto se contiene en el artículo 1.091 del Código Civil. La solución es clara: si la comunidad de bienes surge en virtud de un contrato expreso (es decir, si no se trata de una comunidad incidental, que surge *ex lege*, como la comunidad hereditaria, por ejemplo), la primera ley aplicable a esa comunidad la constituyen los pactos contractuales; la segunda, las disposiciones especiales, si las hay, y la tercera (y subsidiaria) los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

**EL ACREEDOR HIPOTECARIO TIENE LA CONDICION DE TERCERO HIPO-
TECARIO.** (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Acción de nulidad por simulación de determinados negocios traslativos, dirigida contra los adquirentes pero no contra sus acreedores hipotecarios.

Doctrina de la Sentencia.—Los acreedores hipotecarios sucesivos podrían esgrimir, frente a una sentencia declarativa de nulidad por simulación de los negocios traslativos a favor de los hipotecantes, su condición de terceros hi-

potecarios protegidos, por cuanto habrían adquirido de buena fe (que inmobiliariamente se presume) su derecho de hipoteca, a título oneroso y además no constando en el Registro la causa de anulación o resolución del derecho del constituyente del gravamen.

Pero la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar la eficacia de la cosa juzgada y una conveniente prudencia procesal aconseja decantarse por la conveniencia de exigir el litisconsorcio pasivo necesario no sólo cuando la sentencia que en su día se dicte afecte necesariamente a terceras personas, sino también cuando pueda afectarles, ya que no sería admisible que pudieran ser víctimas de una diferente calificación jurídica de un juez o de un registrador que, con distinto criterio técnico, estimasen que no concurrían las exigencias de la fe pública registral y que tales créditos deberían seguir la misma suerte que sus precursoras enajenaciones.

ACCESION ARTIFICIAL O INDUSTRIAL EN SUELO AJENO: INDEMNIZACION. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

El juego del precio a que se contrae el artículo 361 del Código Civil ha de ser el determinado por una especie de deuda de valor. Cuando dicho precepto habla de precio se refiere, sin duda, al que tuviese el terreno cuando se torne operativa la elección del dueño, esto es, el real, al reconocerse *ope sententiae* ese derecho y todo ello bajo el ajuste del *petitum* correspondiente.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS PARA LA SUPRESION DEL SERVICIO DE PORTERIA. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

El *quid* de la contienda judicial se centra en dirimir si es necesario o no el acuerdo unánime de los copropietarios para la supresión del servicio de portería, entendiéndose por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio. La referida cuestión aparece solucionada con lo que se dice en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1996, en la que se alegan, además, como precedentes colaterales, las sentencias de 3 de junio de 1984 y 16 de julio de 1992. Efectivamente, en dicha Resolución se distinguen claramente dos aspectos relacionados con el término portería, como son: a) la portería como elemento físico del inmueble que se ha de enclavar dentro de los «elementos comunes» especificados en el artículo 396 del Código Civil en función del concepto principal «elementos del edificio»; y b) el servicio de portería, que es el que presta una persona física que ejerce las funciones propias del mismo, como es el de vigilancia y atención, información, retirada de basuras, recogida de correspondencia...

Pues bien, dentro del primer aspecto, modificar el elemento de portería, en el sentido de vender la superficie destinada a este fin o arrendarla, o darle cualquier otro destino diferente, hay que afirmar y es indudable que se necesita unanimidad de los componentes de la Junta de Propietarios para ello. Sin embargo, la supresión del servicio de portería y/o su sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico», «video-portero») no requerirá más que la simple mayoría de tal Junta.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

Las aberturas en pared medianera entre dos edificios, sin consentimiento unánime de todos los demás copropietarios, son ilegales.

RETRACTO LEGAL. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La base jurídica del proceso es el ejercicio del derecho de retracto legal que establece el artículo 3.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares —«La Comunidad de Madrid podrá ejercitar los derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a los terrenos ubicados en el ámbito de la presente Ley (...)»—.

El retracto legal faculta a su titular, el retrayente, para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recae; es el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero en las mismas condiciones que éste; lo cual coincide con la definición legal que da el artículo 1.521 del Código Civil. Como consecuencia, al ejercitar el retracto, adquiere el retrayente la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo: no puede verse la cosa disminuida por posteriores cambios, como pudieran ser segregaciones. No puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto.

El retrayente, al ejercitar el retracto legal, adquirirá la finca y la adquirirá con el derecho real de hipoteca constituida sobre la misma tras la transmisión que dio lugar al retracto, ya que no se ha pedido la declaración de ineficacia de dicha hipoteca, ni se hubiera podido pedir sin demandar al acreedor hipotecario. Lo que es preciso destacar es que el retrayente no asume la deuda correspondiente a la obligación cuyo cumplimiento está garantizado con la hipoteca.

Comentario.—La doctrina admite en el retracto legal la eficacia *erga omnes* y la aplicación analógica del artículo 1.520 del Código Civil, conforme al cual la cosa vendida se recibe libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador (*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*). Pero puede darse, como en el caso de esta sentencia, un problema de legitimación, por la necesidad de dirigir la acción de retracto contra los titulares de las cargas o hipotecas.

SERVIDUMBRES EN CONJUNTO INMOBILIARIO: CONSTITUCION VOLUNTARIA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—En escritura de segregación y declaración de obra nueva de determinados bloques de un conjunto residencial se establecen sobre un terreno sobrante destinado a zonas verdes, instalaciones deportivas, parque infantil,

accesos, unas servidumbres de luces y vistas, paso, utilización y disfrute de dichas instalaciones con fines de esparcimiento, a favor de los dueños de los elementos privativos de la urbanización.

Doctrina de la Sentencia.—La recta interpretación del artículo 541 del Código Civil, en cuanto a la servidumbre del padre de familia, exige que este signo aparente esté materialmente constituido y configurado como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar ambos, y muestra expresa de su voluntad, según constante jurisprudencia. En el caso litigioso, el fundamento para declarar la servidumbre proviene, no de ese signo material existente, sino del contenido expreso y específico de la escritura relacionada. Lo indiscutible es que se trata de una auténtica servidumbre voluntaria, cuya existencia está perfectamente prevista por parte del propietario de la finca matriz.

No es posible elevar al rango de tercero del artículo 13 LH a los interesados que tenían conocimiento de la existencia de dicha escritura, en la cual se reflejaba la constitución de la servidumbre con constancia en el Registro de la Propiedad.

El conocimiento de la existencia y contenido de la escritura demuestra que no es posible extender ni siquiera los efectos de la fe pública registral del artículo 34 LH, ni los de la legitimación registral del artículo 38.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

La cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común o de su desmerecimiento por la división material es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala de instancia.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCION A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Acuerdo de la Junta de Propietarios aprobando como gasto extraordinario las cuotas impagadas en ejercicios anteriores de diversos propietarios morosos.

Doctrina de la Sentencia.—El referido impago no puede justificar la confección de un nuevo presupuesto, ni siquiera con el carácter de extraordinario, que suponga una duplicidad de pagos para los propietarios cumplidores de sus obligaciones, sino que solamente debe dar lugar a que la comunidad de propietarios, representada por su Presidente, ejercite las acciones judiciales pertinentes contra los propietarios morosos en el pago de sus cuotas, conforme establece el artículo 20 LPH, para cuyo cobro (en lo que respecta a los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente) queda afecto, con el carácter de carga real, el piso o local respectivo, cualquiera que fuera su propietario actual y el título de su adquisición, conforme preceptúa el artículo 9, regla 5.ª LPH.

HIPOTECA: NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 del Código Civil.

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

Tampoco el Código Civil da margen para el juego de la condición resolutoria. La principal obligación del mutuuario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1.125 del Código Civil, las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1.129 del Código Civil establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Comentario.—La genérica declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido criticada por los comentaristas de esta sentencia —ARIJA SOUTULLO, C., «Los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», en *La Ley*, núm. 4997, 22 de febrero de 2000; DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Los llamados “pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca” como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1999», en *Lunes 4,30*, núm. 264, segunda quincena septiembre de 1999, y en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 53 (2.ª época), noviembre de 1999, y «Naturaleza jurídica del convenio de inscripción de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y del derecho resultante del mismo», en *Lunes 4,30*, núm. 298, primera quincena abril de 2001; GÓMEZ SÁNCHEZ, «La ilegalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas en préstamos hipotecarios», en *Foro Jurídico*, núm. 30, 2000; LÓPEZ LIZ, J., «La perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*, núm. 4887, 20 de septiembre de 1999; PRATS ALBENTOSA, L., «Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (o “La estoicidad financiera del prestamista...”». Comentario a la sentencia del TS de 27 marzo 1999», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 1999-2, núm. 3; RICO MORALES, N., «Los pactos de vencimiento anticipado en la hipoteca», en *Folio registral*, núm. 103, mayo de 2001; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64 (2.ª época), octubre de 2000, y «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2000-1, núm. 4; RUBIO TORRANO, E., «Préstamos hipotecarios, cláusulas resolutorias y otras prácticas bancarias», en *Aranzadi Civil*, núm. 10, septiembre de 1999—. El ponente sostiene los argumentos de la

sentencia (MENÉNDEZ FERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario», en *La Ley*, núm. 5071, 8 de junio de 2000). A raíz de este fallo, la DGRN ha recordado su doctrina sobre el carácter inscribible de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada, por aparición de cargas no consignadas en el título, por falta de pago de contribuciones e impuestos preferentes al crédito hipotecario, por arrendamientos sin cláusulas de estabilización o con tal cláusula, pero en que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más, no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, y en general por causas objetivas que disminuyan la garantía (Resolución de 2 de julio de 1999, con motivo de una consulta formulada por la Asociación Hipotecaria Española). La LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, en su artículo 693 da solución a esta cuestión que antes de la sentencia había sido pacífica.

Respecto a la naturaleza de estas cláusulas, la doctrina admite su configuración como condición resolutoria o causa de resolución del préstamo hipotecario. GARCÍA GARCÍA y RICO MORALES las encuadran dentro de los derechos potestativos o de modificación jurídica.

En cuanto a su inscripción en el Registro de la Propiedad, GARCÍA GARCÍA, RICO MORALES y RIVERA FERNÁNDEZ defienden la doble inscripción de la hipoteca y del pacto de vencimiento anticipado —a favor de la inscripción única, MENESES VADILLO, A., «La inscripción única en caso del derecho real de hipoteca en garantía de préstamos con condición resolutoria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 56 (2.ª época), enero 2000—.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACION DEL TITULO CONSTITUTIVO.—ADQUISICION DE DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

El título constitutivo de la propiedad horizontal se otorga por el único propietario del edificio, como negocio jurídico unilateral, o bien se otorga por los copropietarios, si los hay, como negocio jurídico plurilateral (o acto de conjunto, *Gesamtakte* en la doctrina alemana). Lo mismo, en caso de modificación del título. Todo ello viene establecido por el artículo 5, párrafo 2.º del LPH, que dispone claramente los sujetos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral, además del laudo o resolución judicial. La confusa referencia «al iniciar su venta por pisos» no alcanza al simple contrato sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo).

En conclusión, se reitera la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación debe ser otorgado por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos cuando los compradores no han adquirido el derecho de propiedad sobre los mismos, por tener el título (compraventa) pero no el modo (tradición real o simbólica). Sin embargo, en el campo del Derecho de Obligaciones se ha celebrado un contrato de venta de un determinado piso, con la cuota de elementos comunes, y si el vendedor altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propie-

dad, aquél está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Se cumplen todos los requisitos exigidos para dispensar la protección registral del artículo 34 LH al tercero adquirente, ante la evidencia de que, efectivamente, el titular registral adquirió a título oneroso de persona que en el Registro aparecía como propietario de la finca; inscribió su derecho y al que ha de presumirse la buena fe, puesto que no se ha practicado prueba en sentido contrario.

TERCERIA DE DOMINIO: PLAZO. ADQUISICION DE DOMINIO: EN SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Tercería de dominio interpuesta después del auto de aprobación de remate, sin que posteriormente se haya otorgado escritura pública de compraventa.

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión suscitada ha sido examinada ampliamente en la STS de 1 de septiembre de 1997, según la cual, «la voluntad que manifiesta la LEC de 3 de febrero de 1881 en el artículo 1.533, según reitera la más autorizada doctrina científica —y así resulta de su tenor literal— es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante), en vez del acto de perfeccionamiento (coincidencia de voluntades). Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término «venta» para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante la subasta judicial, es lo cierto que, en todo caso, el precepto que se examina exige que la enajenación forzosa no sólo se haya perfeccionado, sino también que se haya consumado. Y es lógico que sea así, puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición», y continúa diciendo la sentencia que «en el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación de remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto enajenatorio»; se refiere, seguidamente, a la reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, según la cual «el artículo 1.533 LEC, después de ordenar que las tercerías de dominio pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; de manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo 1.462 del Código Civil equivale a la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta; por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de irrevocabilidad de la venta una vez celebrado el rema-

te que sanciona el artículo 1.498 LEC, por referirse evidentemente a los contratantes, con exclusión por tanto de los terceros (sentencia de 5 de enero de 1899)», doctrina ya expresada en sentencias de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991.

Por lo expuesto, si bien la aprobación del remate en el caso de autos perfeccionó el acto transmisivo de la propiedad, no se dio la consumación del mismo al no haberse otorgado, antes de la interposición de la demanda de tercería, escritura de compraventa del bien subastado. A ello no se opone la reforma llevada a cabo en el artículo 1.514 LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, pues como dice la citada sentencia de 1 de septiembre de 1997: «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate, plasmándose en el documento público una venta ya perfeccionada con anterioridad». En conclusión y tratándose de la venta judicial de bienes inmuebles, en tanto no surge ese documento del que nace la *traditio ficta*, de acuerdo con el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, puede interponerse temporáneamente la demanda de tercería de dominio.

La existencia del título de dominio es una cuestión de hecho cuya apreciación es facultad soberana de la Sala sentenciadora en la instancia, cuyo resultado ha de ser respetado en casación en tanto no se impugne por el cauce adecuado que, vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, es el del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, denunciando error en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales reguladores de esa actividad judicial que se consideren infringidos.

TERCERIA DE DOMINIO: REQUISITO DE TITULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1999.)

En el supuesto litigioso, el mandamiento de embargo es anterior a la adquisición por pública subasta de la finca por el tercerista. Con lo que la tercería de dominio está condenada al fracaso.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCION EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se opone, desde la perspectiva de su legitimidad preconstitucional, al artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

La declaración de derogación postconstitucional se apoya asimismo en el artículo 117.1 CE, conforme al cual el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados, dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración y de ejecución se de-

sarrollan en el único marco posible del «Poder Judicial» que tiene carácter «exclusivo». El artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

En el caso se conculca por las normas reglamentarias el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 CE en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento». Por supuesto que la dicha «reserva de ley» no se cumple con la mera enunciación de un precepto legal, vacío de contenido normativo, que «deslegaliza» la materia remitiéndose a unas normas reglamentarias. Por tal poderosa razón, ninguna modificación reglamentaria posterior, como la habida por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, puede servir de apoyo a una presunta voluntad oficial de mantener el referido procedimiento, máxime cuando consta que la voluntad prelegislativa sobre la materia es la de abolirlo formalmente, según el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ejecutada la hipoteca en virtud de un procedimiento que se considera derogado por oposición con normas constitucionales, se declara la nulidad de las actuaciones seguidas, según tal procedimiento extrajudicial, sin perjuicio del derecho del acreedor hipotecario a instar la ejecución de la hipoteca por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

Comentario.—Se reiteran los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria de la STS de 4 de mayo de 1998, recogida en el núm. 658, pág. 1553 de esta Revista. A las citas allí señaladas pueden añadirse: BLASCO GASCÓ, F. DE P., «La declarada inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial (Comentario a la STS de 4 de mayo de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, año 1999-1; DÍAZ MORENO, A., «El alcance de la doctrina de la Sala 1.^a del TS ante el “procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria”», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2; FAJARDO LÓPEZ, L., «Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, año 2000-1; NADAL, I., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 20 de abril de 1999. La ejecución forzosa y el cumplimiento forzoso de la obligación. El “procedimiento” del artículo 129.II LH, no es un proceso de ejecución», en *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre de 1999; NÚÑEZ BOLUDA, L., «La inconstitucionalidad del artículo 129 LH en su segundo párrafo, relativo al “procedimiento extrajudicial” (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 4 de mayo de 1998)», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1999. Declara la constitucionalidad de la venta extrajudicial la RDGRN de 28 de mayo de 2001.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCION. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

El artículo 21 LPH viene a contemplar dos supuestos de extinción del Régimen de Propiedad Horizontal, totalmente diferenciados e independientes entre sí, refiriéndose el primero a la destrucción física o material del inmueble, el que tan sólo toma en consideración la total del edificio, si bien, a la misma viene a equiparar aquélla en que el coste de la reconstrucción exceda

del 50 por 100 del valor de la finca, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro, con lo cual parece estar aludiendo a un caso en que no se produce la total destrucción física del edificio, aunque por la trascendencia económica del coste de la reconstrucción merece igual consideración que el de ruina total. La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario.

Acaecida la destrucción total del inmueble sin pacto en contrario, se produce la extinción de la propiedad horizontal.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCION. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

Como evidencia su redacción, el artículo 21 LPH, antes de la Ley 8/1999, de 6 de abril, viene a contemplar dos supuestos de extinción del Régimen de Propiedad Horizontal, totalmente diferenciados e independientes entre sí, refiriéndose el primero al de la destrucción física o material del inmueble. El precepto tan sólo toma en consideración la total del edificio, si bien, a la misma viene a equiparar aquélla en que el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro, con lo cual parece estar aludiendo a un caso en que no se produce la total destrucción física del edificio, aunque por la trascendencia económica del coste de la reconstrucción merece igual consideración que el de ruina total. La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario.

Admitida en el litigio la destrucción total del inmueble y la no concurrencia del pacto contrario a que alude el artículo 21 LPH citado, resulta incuestionable la extinción de la propiedad horizontal.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: SOBRE EDIFICIO SIN DECLARACION DE OBRA NUEVA. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

No cabe sostener que jurídicamente no existe una edificación cuando no ha sido declarada la obra nueva, ya que las formas vacías de contenido se convierten en insostenibles ficciones cuando niegan la realidad material, pues como ya estableció la STS de 9 de mayo de 1995, a propósito de un supuesto de indivisión, «no se pueden confundir los problemas registrales de la obra nueva no declarada, con la realidad jurídico civil».

Ejercitada la acción de división sobre dos solares en los que se edificó, debe declararse el cese del estado de indivisión de los bienes en condominio y, por tanto, procederse a la división y disolución de la comunidad, tanto sobre las parcelas como sobre la edificación. Según las características de la edificación, habiéndolo pedido así el actor, la adjudicación de las viviendas determinará que se actúe conforme a lo prevenido en el artículo 396 del Código Civil. A este efecto, las partes podrán compelerse recíprocamente a otorgar las correspondientes escrituras públicas para actualizar la situación registral de los bienes comunes, incluida la declaración de obra nueva, y, finalmente, la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre el edificio en cuestión, respetando las adjudicaciones aceptadas por las partes.

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO: MODIFICACION. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Servidumbre voluntaria de paso, constituida en su día por la única propietaria de dos parcelas sobre las rampas de acceso del garaje de un edificio a favor del garaje del inmueble colindante. Los propietarios del predio sirviente solicitan la modificación de la servidumbre, el abono de la indemnización correspondiente al establecimiento de la misma y la contribución a los gastos de conservación, vigilancia, alumbrado y demás.

Doctrina de la Sentencia.—Dada la estructura de la edificación, la comunidad demandada y todos los miembros que la componen se benefician del servicio de vigilancia del garaje y se produce así una situación de enriquecimiento injusto. Sin embargo, los presupuestos para la aplicación de la figura jurídica referida no concurren en el caso analizado; en efecto: no cabe la presencia de esta situación cuando el supuesto enriquecido no la ha querido e, incluso, la rechaza, y, además, le es impuesta por conveniencia o interés de un tercero, con la indicación de que, a virtud de la normativa de la LPH, si un integrante de la propia comunidad mostrara negativa a un acuerdo similar al que aquí se trata, no estaría obligado a abonar su parte en los gastos, lo que es extrapolable analógicamente al caso del pleito. Tampoco se ha producido el empobrecimiento de una de las partes, pues la existencia del garaje colindante fue indiferente para la contratación del personal de seguridad y vigilancia, que igual hubiera sido efectuada. Por último, la servidumbre de paso y sus condiciones de no abono de cantidad alguna por gastos, que se encuentran establecidas en el título constitutivo, constituyen sin duda razón justificativa del supuesto enriquecimiento.

COMUNIDAD DE BIENES: USO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1999.)

La acción de desalojo ejercitada contra un comunero en el caso del pleito es claramente una acción que pretende ejecutar un acuerdo mayoritario de comuneros, cuya base legal se encuentra en el artículo 398, párrafo 1.º del Código Civil, y que se ha de realizar a través del cauce procesal del juicio ordinario.

Por otra parte, pretender que un comunero no puede ser desalojado del uso de la cosa común, habiéndose acordado por mayoría comunal tal desalojo, no deja de ser una afirmación ilógica y carente de todo sentido, como proclama la STS de 18 de febrero de 1987, que dice que la utilización de una finca por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria, excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 del Código Civil e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del Código Civil.

DERECHO DE SOBREELEVACION. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Reserva del derecho de vuelo por el constructor de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—El reconocimiento del derecho de elevación sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal es incorrecto, por oponerse el

artículo 16 RH a los artículos 396 del Código Civil y 3 y 11 LPH. Para construir sobre o bajo elementos comunes es preciso contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios. La mención del derecho de elevación en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de sus adquirentes, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

El derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título gratuito.

Comentario.—El derecho de vuelo goza de actualidad, y prueba de ello son la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que da nueva redacción al artículo 16.2 RH; las SSTs (Sala 3.^a) de 24 de febrero de 2000 y 31 de enero de 2001, declarando la nulidad de los recién estrenados apartados c) y d) de aquel precepto; las RRDGRN de 29 de abril de 1999 ó 26 de noviembre de 2000; o estudios doctrinales como los de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO y de DÍAZ FRAILE, publicados respectivamente en el núm. 664, págs. 681 y sigs., y en el núm. 665, pág. 1185 y sigs. de esta Revista.

Antes de la sentencia que motiva estas líneas, el ponente de la misma había mostrado sus reticencias a la figura de la reserva del derecho de vuelo por el propietario único del edificio —MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., «Las reservas de derechos por los promotores. Su tributación», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32 (2.^a época), diciembre de 1997—.

Los autores han criticado esta Resolución —ALBALADEJO GARCÍA, M., «El derecho de sobreelevación del artículo 16.2.º RH», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Nota al artículo 16.2 RH», en *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, tercera edición; GONZÁLEZ CARRASCO, M. DEL C., «Comentario a la sentencia», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999, frente al criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de 14 de marzo de 1964, 15 de diciembre de 1973, 7 de noviembre de 1979, 23 de julio de 1990, 11 de octubre de 1991, 15 de noviembre de 1999; Resoluciones de 7 de abril de 1970, 5 de febrero de 1986, 6 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1999).

La posterior STS de 15 de noviembre de 1999 afirmará que el «inejercicio en la pretensión de la impugnación de ese derecho de vuelo cedido al amparo del artículo 16 RH, por vulnerar en su caso lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, es lo que impide contemplar la novedosa sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1999».

TERCERIA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICION DE TERCERO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

El fundador de una sociedad anónima que aporta a la misma el inmueble que luego será embargado carece de la condición de tercero que requiere la interposición de una tercería, dadas la vinculación en que estaba respecto a la sociedad y la coincidencia de intereses entre ambos.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1999.)

La regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional —las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno sólo que cuando son de varios—, por eso el Código Civil autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes limitaciones: a) cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador; b) si la cosa resulta inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (art. 401 del Código Civil); c) si fuere esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algunos de los partícipes (art. 404 del Código Civil), en cuyo caso el legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido.

A tales limitaciones cabe añadir la situación particular que para los edificios establece el artículo 401, párrafo 2.º del Código Civil, en cuanto autoriza su división, siempre y cuando sus propias características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes, instaurándose entonces régimen de propiedad horizontal, con lo cual lo que se produce es transformación de la situación originaria de comunidad de bienes en la alcanzada de propiedad horizontal, que responde más bien a una división formal y autónoma material.

La declaración del precepto resulta abierta, pues no sólo permite incluir como supuestos de indivisión los que, atendiendo a las características estructurales o arquitectónicas, no hacen posible la división en aprovechamientos individualizados e independientes del total edificado, con salidas que se practiquen a los elementos comunes o a la vía pública, sino también todos aquéllos en los que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono se les impondrá a todos los copartícipes.

Así en el caso litigioso en el que el edificio no era indivisible físicamente, ni de practicarse su división resultaría inservible conforme a su destino, sino que necesitaba, como actividad previa y necesaria a su adjudicación por lotes entre los condueños y para permitir su correcta utilización, llevar a cabo obra material de rehabilitación, que alcanzaría elevado coste y no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con las referidas obras.

El artículo 401 del Código Civil no excluye la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica, ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, y puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: NO CONCEDE PREFERENCIA SOBRE CREDITOS HIPOTECARIOS ANTERIORES CUANDO LA PRESENTACION DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA EN EL REGISTRO DE LA

PROPIEDAD ES ANTERIOR A LA ANOTACION. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Del examen de los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil puede deducirse que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo cobra preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente la Sala Primera del Tribunal Supremo que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación», y esta posición es uniforme en la doctrina jurisprudencial, que, sin embargo, ha mantenido diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de la anotación.

En el supuesto referido al final del párrafo precedente, para las SSTs de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973, con base en que la anotación de embargo goza de la prioridad dimanante de su fecha en relación con los gravámenes posteriores, y como la hipoteca es una figura que sólo se produce mediante la inscripción, hasta tanto no se verifique no existirá el crédito hipotecario, y si su inscripción es posterior a la anotación, ésta prevalecerá; posteriormente, las SSTs de 21 de febrero de 1975 y 5 y 19 de octubre de 1981, a partir de la estimación de que la anotación únicamente da preferencia al crédito anotado sobre los contraídos con posterioridad, consideran que el crédito hipotecario, aunque inscrito después, se antepone a aquél.

En el caso del pleito es de observar que la anotación preventiva de embargo fue verificada después de la presentación de la escritura pública de crédito hipotecario cuya preferencia se discute en el Registro de la Propiedad. Centrada así la cuestión, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 24 LH, en virtud del cual se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, lo que determina la preferencia del crédito hipotecario sobre el piso hipotecado, según establece el artículo 1.923.3.º del Código Civil.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE POSESION DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

El artículo 448 del Código Civil, que se halla en contradicción con el artículo 1.954 del Código Civil, solamente puede ser tenido en cuenta cuando el actor reivindicante no ha probado su titularidad dominical del bien reivindicado, en cuyo supuesto, efectivamente, el demandado (poseedor en concepto de dueño) no se halla obligado, a virtud de dicha presunción, a probar su título adquisitivo; pero cuando el actor reivindicante prueba el hecho constitutivo de la

acción reivindicatoria por él ejercitada, el demandado se encuentra obligado a probar el hecho extintivo de la acción contra él ejercitada, sin que le exima de ello la presunción establecida en el artículo 448 del Código Civil.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS.—SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1999.)

Se confirman los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1.ª de la Ley de Aguas, se derogaron los artículos 407 a 425 del Código Civil en todo aquello que se oponga a lo establecido en dicha Ley. Partiendo de la calificación de que dichas aguas son de dominio público, o aguas públicas, su aprovechamiento sólo puede provenir, partiendo de la legislación anterior (art. 409.2.º del Código Civil) a través de la concesión administrativa o por prescripción de veinte años. No existiendo tal concesión, si se pretende el aprovechamiento de las aguas por la prescripción de veinte años, a tenor del artículo 409.2.º del Código Civil, tal posibilidad pugna con la vigencia de la actual normativa de la Ley de Aguas, que en su artículo 50.2 no admite la prescripción de aguas de dominio público. Teniendo en cuenta esa dualidad normativa, es preciso acudir a la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de Aguas, en la que se sanciona que el derecho correspondiente conforme a la normativa del Código Civil seguirá manteniéndose en cuanto se acredite que la titularidad del aprovechamiento de aguas públicas proviene en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada. Al respecto, podrán legalizarse dichos aprovechamientos si se acredita por acta de notoriedad en el plazo de tres años. No habiéndose hecho así, no existe un derecho actual de aprovechamiento de las aguas discutidas.

La servidumbre de acueducto tiene carácter accesorio e instrumental en relación con la disponibilidad de las aguas. No acreditado el derecho al aprovechamiento de las aguas, no procede declarar la existencia de servidumbre alguna de acueducto.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACION DE LA FINCA.—LEGITIMACION REGISTRAL: AMPARA LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1999.)

Estando definidos los linderos de la finca reivindicada por los cuatro vientos en las escrituras y acreditada la identificación física, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción, ya que ésta ampara al titular «también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica, como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38, 40 y 41 LH» (STS de 21 de marzo de 1953).

TERCERIA DE DOMINIO: SOBRE BIENES EXGANANCIALES. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Embargo anterior a la inscripción en el Registro de la Propiedad de capitulaciones matrimoniales en que se pacta el régimen de separación de bienes y la adjudicación a la esposa de determinados bienes inmuebles. Presentado en el Registro de la Propiedad mandamiento para anotación del embargo, la misma fue denegada.

Doctrina de la Sentencia.—No puede prosperar la pretensión de la tercera de dominio planteada, ya que como reiteradamente tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo, el principio de seguridad jurídica y el principio de *potior in tempore*, hacen que al ser anterior la traba a la inscripción registral, debe prevalecer aquélla, puesto que no produce efectos a tercero la disolución de la sociedad patrimonial de gananciales hasta que la misma no tenga plasmación en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1999.)

No es necesario el consentimiento de los copropietarios para la construcción de altillos en un elemento privativo. El artículo 8 LPH exige la aprobación de la Junta de Propietarios para aumentar un piso o local mediante la agregación de otros colindantes del mismo edificio; pero este requisito no puede postularse en el caso de los altillos interiores, que no tenían la consideración anterior de pisos, ni de locales, ni constituían unidades preexistentes de la finca, ni tenían número propio, ni inscripción independiente, ni cuota preasignada.

HIPOTECA EN GARANTIA DE CUENTA CORRIENTE DE CREDITO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Escritura pública, denominada «de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria», en cuya cláusula primera se dispone «que el “Banco de Comercio, S. A.” concede a la otra parte contratante un crédito en cuenta corriente, en los términos que resultan de este documento, obligándose el acreditado y los garantes, solidariamente entre sí y con aquél, si los hubiese, a reembolsar las cantidades que por cuenta del mismo disponga el acreditado, así como los intereses, comisiones, impuestos y gastos incluso los de carácter judicial que graven estas operaciones hasta su total pago, con arreglo al presente clausulado».

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica que corresponde a dicho contrato es la de contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Dice la STS de 27 de junio de 1989, con cita de la de 12 de junio de 1976, que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, aunque aludido en el artículo 175.7.^a del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento positivo hasta que lo introdujeron en él las SSTS que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las RRDGRN de 28 de febrero de 1933 y

16 de junio de 1936, y que se define por la doctrina como «contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente»; tal contrato de carácter consensual y bilateral no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario.

ACCESION ARTIFICIAL O INDUSTRIAL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Construcción a costa de la sociedad de gananciales de una segunda planta sobre otra de los padres de la esposa.

Doctrina de la Sentencia.—Procede la aplicación del artículo 361 del Código Civil, pues se dan en el litigio los requisitos para que tenga lugar la llamada accesión continua en bienes inmuebles, al no existir duda de que los dueños del terreno eran los padres de la esposa, así como de la actuación de buena fe por parte de los edificantes, al realizar las obras de construcción de un piso en la segunda planta del inmueble de los primeros con los accesorios de escalera y garaje, cuya propia naturaleza repele el concepto de mejora.

Según lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, y en relación con el citado artículo 361 del Código Civil, el importe correspondiente de la condena habrá de valorarse, según el que corresponda a aquel nominal en el momento en que se satisfaga tras la ejecución de la sentencia, por lo que, en ese aspecto procede declarar que la condena será a favor de la sociedad de gananciales y que, asimismo, el importe correspondiente habrá de ser actualizado al tiempo de la liquidación, o sea, según el valor que se le asigne en el momento de su satisfacción en trámite de ejecución de sentencia.

ELENA MÚGICA ALCORTA

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN
y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

EXISTENCIA DE SOCIEDAD. (STS DE 5 DE FEBRERO DE 2002.)

El demandado ha reconocido la existencia de sociedad entre los litigantes, el reparto de ganancias, los pagos efectuados por el actor, y la disolución unilateral de dicha relación por su propia voluntad, pese a lo cual el Tribunal de instancia hizo caso omiso de dicho medio probatorio.

Ha de recordarse, ante todo, que en la sentencia impugnada se ha llevado a cabo una detenida consideración tanto de la totalidad de la prueba practicada en autos como, concretamente, de la mencionada diligencia de confesión.

Tras el análisis de las contestaciones dadas por el demandado a las posiciones que le fueron formuladas, se llega a la conclusión de que si bien es incuestionable que entre las partes había mediado un pacto y que, con tal motivo, el actor realizaba gestiones, ventas y pagos relacionados con la explotación comercial de una determinada batea o vivero de mejillón, no se ha obtenido la necesaria convicción, respecto a que tal pacto fuera, precisamente, de sociedad y no de constitución de cualquier otra relación diferente —se alude a la venta a comisión—, pues la utilización de conceptos jurídicos por personas profanas es dato que en modo alguno puede servir para determinar la naturaleza de una convención.

LA EXISTENCIA Y LICITUD DE LA CAUSA NO PUEDE DESTRUIRSE MEDIANTE SIMPLES CONJETURAS. (STS DE 19 DE ENERO DE 2002.)

El Tribunal de instancia parte de la presunción que establece el artículo 1.277 del Código Civil de que la causa contractual existe y es lícita, mientras no se pruebe lo contrario, y afirma que esta demostración no puede reducirse a una simple conjetura basada en la existencia de una relación familiar íntima entre los contratantes, circunstancia que no reviste la entidad suficiente para destruir la mencionada presunción legal máxime si, como expresamente manifiesta la sentencia impugnada, nada ha probado la parte demandante sobre la situación económica del comprador o acerca de cualquier otra circunstancia que pudiera permitir otorgar mayor fundamentación a la simulación que invoca.

Esta valoración de la actividad probatoria desarrollada en el proceso que la Audiencia Provincial ha realizado en el ejercicio de la facultad que al efecto le corresponde y que no puede ser revisada en vía casacional, determina el decaimiento del motivo objeto de estudio.

CLAUSULA LIMITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD. (STS 4 DE FEBRERO DE 2002.)

El motivo del recurso resalta los límites de la autonomía de la voluntad, pone de relieve la irrenunciabilidad de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo y la exigibilidad de la responsabilidad por negligencia, para concluir razonando sobre la ineficacia de la cláusula cuestionada. Pero, frente a la sintetizada postura, debe observarse que ningún hecho probado de la sentencia recurrida, ni de los fundamentos de la primera instancia aceptados por aquélla, permite inferir la existencia de una conducta dolosa en la actuación de la demandada. Aunque no reciba el mismo tratamiento doctrinal respecto de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, el dolo que la culpa, de manera que, matizadamente, según los casos, la concurrencia de culpa en la ejecución contractual permitiría la exoneración si fue pactada, es lo cierto que tampoco, desde la perspectiva de los hechos acreditados, ni aún teniendo presente la presunción jurisprudencial de culpa (que precisa, desde luego, de la prueba, nexo causal), es posible establecer la base fáctica necesaria para tal imputación, pues únicamente consta que, posteriormente, a la compactación, el Ayuntamiento de la localidad requirió a la actora por los defectos observados en algunas calles cuyo espesor no alcanzaba el mínimo exigible, a fin de suple-

mentar con una capa de aglomerado hasta el espesor declarado aceptable, todo ello en base a los estudios encargados a la empresa Eurocontrol, S. A.

INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA. (STS DE 14 DE FEBRERO DE 2001.)

Las argumentaciones de las sentencias de instancia no pueden configurar el vicio de incongruencia, habida cuenta que atendiendo al *petitum* y sus presupuestos fácticos, y lo concedido en la sentencia, no existe tal incongruencia, pues ésta ha de medirse en la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del proceso, debiendo partirse de las alegaciones. Pero tal vicio procesal de la incongruencia no está relacionado con la fundamentación de la sentencia sino con su fallo. No se ha alterado la causa de pedir que se concreta inalterable en el *petitum* tantas veces repetido aquí, y los precedentes fácticos alegados que le sirven de apoyo, pues la *causa petendi* está constituida, por el acaecimiento histórico, por la relación de hechos, que al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa.

Pretender una alteración de la *causa petendi* por no haber planteado ninguna de las partes la ausencia de la causa, no resiste la más leve crítica, pues ella deriva del fraude y de la simulación, consecuencia jurídica de ellas que aparecen alegadas hasta la saciedad en el proceso.

LOS INTERESES MORATORIOS SON EXIGIBLES DESDE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL. (STS DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

Cuando pueda colegirse fácilmente la existencia de una deuda a favor del actor y en contra del demandado, el abono de intereses procederá desde el momento en que inició la vía judicial, aún cuando la cantidad que se conceda sea menor que la reclamada, como ocurre en el presente caso. La jurisprudencia de esta Sala ha atenuado el automatismo del principio *in illiquis non fit mora*, al establecer que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone el deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.

DISTINCION ENTRE POLIZA DE CREDITO Y DE PRESTAMO. (STS DE 18 DE FEBRERO DE 2002.)

En el contenido obligacional de la póliza suscrita entre el Banco tercerista y el codeudor ejecutado, se incluyen varias cláusulas acreditativas de

la presencia de una póliza de crédito, cuales son las **atañentes** a la posibilidad por el deudor de realizar amortizaciones anticipadas; la de mantener abierta una cuenta operatoria al margen de la cuenta denominada de préstamo, dotada de fondos disponibles para el cargo en las fechas previstas en las correspondientes liquidaciones de intereses, comisiones, etc..., así como que para la fijación del saldo exigible se **acepta** como cantidad, incluso a efectos ejecutivos, el que figurase en la cuenta el día de su cierre. En la póliza de préstamo son requeribles las cantidades exigibles desde el mismo instante de la póliza, mientras que en la de crédito se supone la concesión de unas posibilidades dinerarias con límite fijado de antemano, de las que dispone o puede hacerlo el cliente o deudor, y sólo cabe reclamar el descubierto a reintegrar cuando se haya practicado la oportuna liquidación en que se constaten con exactitud las sumas percibidas a cuenta de dicha póliza, por lo que la fecha de liquidación del saldo es determinante para la preferencia.

COMRAVENTA DE BIENES INMUEBLES CON PRECIO APLAZADO: NO CABE EL PAGO TRAS EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO. (STS DE 29 DE MARZO DE 2001.)

Una vez realizado por los vendedores el requerimiento resolutorio de la compraventa que prevé el artículo 1.504 del Código Civil, han de entenderse cumplidos los requisitos que establece dicho precepto para la resolución de los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles por impago del precio aplazado; esta Sala no puede aceptar que el incumplimiento por la vendedora devino en un incumplimiento accesorio a partir del requerimiento, cuando la situación de incumplimiento por la compradora de su obligación principal de abonar el precio aplazado en la forma y tiempo pactado subsistía en los mismos términos al efectuarse el requerimiento resolutorio, sin que tal incumplimiento pueda quedar invalidado por los ofrecimientos de pago al tratarse ambos casos de ofrecimientos de pagos parciales, decididos unilateralmente por la compradora, en contra de lo establecido contractualmente y que los vendedores no venían obligados a recibir en esa forma y cuantía. De igual manera carece de efectos sanadores del incumplimiento de la demanda la consignación notarial del precio debido, pues el requerimiento lo fue de resolución del contrato y obsta al pago posterior, ya que su exclusiva finalidad fue la resolución del convenio y solamente resulta abierta la finalidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio.

LA OMISION DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO NO IMPIDE LA REALIZACION FORZOSA DE LA FINCA TRABADA. (STS DE 29 DE MARZO DE 2001.)

El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro de la Propiedad, la cual no puede condicionar su existencia ni tiene valor constitutivo respecto a dicha traba, aunque evidentemente conceda a la misma una mayor relevancia. Por ello, la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria y su omisión no impediría proceder a la realización forzosa de la finca traba-

da, la cual surtirá plenos efectos con relación al posterior dueño, cuya adquisición no sea cronológicamente anterior a la práctica de la diligencia.

DISTINCION ENTRE DERECHO DE VISTAS Y LA PRESERVACION PACTADA DE VISTAS EXISTENTES. (STS DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

Según la parte recurrente, la expresión «visuales» se encuentra subsumida en el concepto de vistas previstas en el Código Civil, fundamentándolo en la consideración de que los propios actores así lo reconocen en la demanda, al afirmar que el exceso de obra realizado les impedía su derecho de luces y vistas. La demanda se refiere no al derecho de vistas, del artículo 582 del Código Civil, sino a la preservación convencional de las vistas existentes, pactado entre las partes en documento privado y los planos que como anexos se acompañan al mismo, aportados a los autos, y por lo tanto las visuales de la vivienda no puede estar subsumido en la servidumbre de vistas del precepto citado del Código Civil, pues si así fuera, el pacto no tenía objeto, y lo que aparece claro es que el desestimiento de la oposición que se había realizado se refería a que la construcción del chaflán o cualquier otro elemento le privaba de las vistas que su vivienda gozaba, llamando visuales a lo que en realidad es campo visual, que nada tiene que ver con la apertura de ventanas, balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, al que se refiere en régimen de mínimos de cumplimiento obligatorio los artículos 582 y 583 y Código Civil.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

LA PERFECCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE PRODUCE POR LA CONCURRENCIA DE VOLUNTADES EN RELACION CON LA COSA Y EL PRECIO. LAS PARTES EN EJERCICIO DE LA AUTONOMIA CONTRACTUAL ESTABLECEN UNA SANCION ECONOMICA PARA EL CASO DE RETRASO CULPABLE EN LA ENTREGA DE LA COSA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—El 26 de diciembre de 1989, la entidad mercantil «**Suproin, S. L.**», compró a la empresa «**Staines Dos, S. A.**», dos naves, de las que en número de treinta y uno estaba construyendo la vendedora bajo la denominación de «Naves Sanzúcar» en Burgos —Carretera de Logroño—, con arreglo a las estipulaciones expresadas por escrito, y entre las que, como cláusula sexta, se expresa que «el vendedor manifiesta que la Caja de Ahorros Municipal de Burgos le ha concedido un aval para responder de las cantidades entregadas a cuenta. Si por cualquier circunstancia la construcción no se llevara a cabo o no se terminase en el plazo indicado, el comprador podrá exigir al vendedor la devolución de las cantidades entregadas hasta esa fecha más el 6 por 100 de interés anual. Para tal fin se entregará al comprador un documento de aval personalizado en cuanto lo facilite la Caja de Ahorros

Municipal, además y como resarcimiento de los perjuicios derivados del posible incumplimiento queda pactada una indemnización de quince millones de pesetas que «Satines Dos, S. A.», pagará a «Suproin, S. L.».

Doctrina de la Sentencia.—La Sala disiente de la postura de la Audiencia en el sentido de que se entiende que la cláusula penal está prevista exclusivamente para el caso de que se opte por la resolución, pero no por el cumplimiento contractual, como resulta —se dice— de la lectura conjunta y literal de la cláusula. Se afirma que es la única interpretación posible porque el primer apartado de la estipulación hace referencia a un supuesto resolutorio del contrato de compraventa, y lo mismo ocurre con el segundo, dada la expresión de «además» que se utiliza en su texto.

Es doctrina reiterada, conocida y pacífica de este Tribunal, que si bien la interpretación contractual tiene acceso como *questio iuris* a la casación, sin embargo ello no supone otra cosa que la posibilidad de rectificar la equivocación padecida, la exégesis arbitraria o la conclusión absurda, y no sustituir en todo caso por el criterio de esta Sala, lo que, en la instancia, apreció el sentenciador ejerciendo sus facultades privativas mientras no haga un uso impropio de ellas.

LA COSA VENDIDA ES IMPROPIA PARA EL USO A QUE ESTABA DESTINADA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

No prospera el recurso de casación.

Alegación fáctica.—La «Sociedad Cooperativa Interlocal Agrícola Rioja Alta, S. R. L.», demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad «Fruypaca, S. A.», y, entre otras peticiones, interesa la declaración de la Resolución de un contrato de compraventa de un millón doscientos mil kilogramos de patatas celebrado entre las partes el 5 de marzo de 1992, por no haber retirado la litigante pasiva sino parte de la mercancía y haberse negado a recibir el resto, y la condena a ésta a que le pagara la cantidad de diecinueve millones doscientas noventa y nueve mil seiscientos ochenta y siete pesetas, cantidad que supone el valor de la cantidad retirada y no pagada y la diferencia entre el precio obtenido por cuenta del establecido en el contrato y de los gastos de almacenamiento y custodia.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada imputa a la recurrente la voluntad de incumplir, pero quien no ha observado el contrato es la sociedad demandante que dejó voluntariamente de realizar envíos. Además, la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que la actora ha procedido a la venta de las referidas patatas, a bajo precio y para alimento de animales, a un tercero, lo que acredita que la cosa vendida, tal y como anunciábamos en el título que da nombre a esta sentencia, era impropia para el uso a que estaba destinada.

La sentencia del Juzgado, asumida por la de apelación, da validez al informe suministrado por la actora, sin considerar la eficacia del aportado por la recurrente, se examinan conjuntamente y se desestiman porque esta Sala tie-

ne declarado en numerosas sentencias que el recurso de casación tiene un ámbito limitado y una fisonomía en cierta medida formalista, que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito, y en los motivos reseñados, en verdad, la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación y no tiene en cuenta que, según manifiesta reiteradamente la Sala en sentencias de 15 de noviembre de 1997, 15 de abril de 1998 y 28 de septiembre de 1999, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

IMPUGNACION DE HONORARIOS POR INDEBIDOS. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Varela.

La impugnación formulada no prospera.

Hechos.—La representación forense de don Manuel Santos Prieto y de don José Pablo Rodríguez Mantiñán Martínez impugna por indebidos los honorarios presentados por el Letrado don Miguel Pavón en base a que la minuta contiene la siguiente relación: **«Escrito de personación. Estudio de los antecedentes y redacción del escrito de impugnación del recurso. Preparación del informe y asistencia a la vista»**; y, según manifiesta, la inclusión de concepto **«Escrito de personación»** determina que la minuta sea indebida, ya que no es preceptiva la intervención de letrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien se ha incluido una partida improcedente, cual es el **escrito de personación**, toda vez que el artículo 10.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exceptúa la regla de que **«no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve firma de abogado, a los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, pedir la suspensión de vistas y cualquier otro de mera tramitación»**, ello no es óbice a la reiterada posición de esta Sala, la cual tiene declarado, de manera pacífica y constante, respecto a los honorarios, que aunque es cierto que el artículo 423 de la Ley Rituaria exige la aportación de minuta detallada, no es necesaria la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto, pues la misma ha de resultar indudablemente del aspecto proporcional relativo a cada una de las correspondientes normas y, en este caso, bastaría la verificación de las oportunas correcciones tras eliminar la partida incorrecta.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El recurso de casación no triunfa.

Alegaciones fácticas.—El señor Francisco Javier Gaya Hernández, en contrato privado de 8 de octubre de 1990, otorgó un préstamo a «Urbe-92» de quince millones de pesetas, en el que consta el desembolso y pago a dicha mercantil de doce millones quinientas mil pesetas, y, en recibo independiente, de dos millones quinientas mil pesetas, préstamo el indicado que devengaría el 12 por 100 de interés anual, pagadero por semestres, y al término del plazo de un año se devolvería en su totalidad al señor Gaya. El 31 de diciembre siguiente se formalizó en documento público: a) La venta por el señor García-Verdugo de setecientas cincuenta acciones de «Urbe-92» de su propiedad, al señor Gaya, y b) El precio de la transmisión era el global de siete millones quinientas mil pesetas, y en la escritura notarial no tuvo ninguna intervención «Urbe-92». Pasado el plazo del año, el señor Gaya no recibió mencionadas cantidades de la sociedad demandada, por lo que tuvo que pedir nuevo préstamo para cancelar el crédito anterior.

Doctrina de la Sentencia.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código Civil, las obligaciones deben cumplirse conforme a la voluntad de las partes, sin ser lícito desnaturalizarlas con interpretaciones rebuscadas cuando aquélla aparece clara, como sucede en nuestra litis, como es la concesión de un préstamo con desglose de las cantidades desembolsadas y con regulación de su vencimiento, estando perfectamente documentada la intención de las partes, sin dar lugar a dudas. En la addenda del contrato se declara que se ha dado lugar al cumplimiento de su Disposición 2.ª, en la que el señor Gaya suscribía setecientas cincuenta acciones de la sociedad, añadiendo que se deja subsistente el resto de su contenido. La validez y el conjunto de las estipulaciones que integran el contrato deben valorarse según el natural y lógico sentido de su cláusulas y finalidad, a menos que se acredite la evidencia de ser otra la intención de las partes, y pese a que los demandados alegaron la inexistencia de un préstamo, de la prueba no se ha acreditado ni demostrado que fuera otra la intención. Y es que cuando la literalidad de las cláusulas sea clara, no son de aplicar otras diferentes y si la intención de la sociedad no fuera la de recibir un préstamo sino una aportación, debería constar en los libros societarios, lo que no consta.

Además, se insiste de manera reiterativa que el documento otorgado el 8 de octubre de 1990 representó la inequívocamente concesión de un préstamo hecho por el señor Gaya —actual recurrente a la sociedad «Urbe-92»—, y por ello, al no ser interpretado en tal sentido por los Juzgadores de instancia, vinieron a infringir el mencionado artículo 1.281 del Código Civil. Ahora bien, mentado precepto hace referencia a la claridad de los términos de un contrato que no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, lo cual no acontece en el caso de autos pues en el citado documento no se alude únicamente a la existencia de un préstamo, sino también a la condición de socio del señor Gaya, a la subordinación de la entrega de una parte del dinero a la firma de la escritura de la sociedad, a cómo quedó constituido el capital social, al encargo de trabajos por la sociedad, al acondicionamiento de la participación de los socios a la aceptación del documento, y a la suscripción de setecientas cincuenta acciones por el señor Gaya, por lo que el contenido del documento, en cuanto a su íntima finalidad, no permite que sea interpretado en un sentido literal estricto, y de aquí la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido el mencionado artículo 1.281.

Con independencia de lo expuesto no cabe olvidar que **la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Juzgadores de instancia** cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre sea ilógico o absurdo, lo que no sucede en el caso de autos, ni olvidar, tampoco, las conclusiones a que llegaron, tanto la Audiencia como el Juzgado, en función de la prueba practicada: **«la falta de eficacia, en cuanto contrato de préstamo, del documento en el que la parte actora asienta fundamentalmente su pretensión» y «se puede concluir que dicha entrega se realizó como aportación».**

TERCERIA DE DOMINIO. BIENES EMBARGADOS APORTADOS A LA CONSTITUCION DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Los esposos don José González Ocaña y doña Victoria Tomás Navalón suscribieron Póliza de Préstamo en el Banco Popular Español, S. A., el 15 de enero de 1991, por importe de seis millones de pesetas, comprometiéndose a la devolución el 15 de julio de 1991, de tres millones de pesetas, y los otros tres el 15 de enero de 1992. No habiendo pagado el segundo vencimiento, el Banco promovió juicio ejecutivo —del que dimana la tercería que analizamos—, y en el que fueron embargados, el 7 de abril de 1992, veintitrés fincas, de las que diecisiete eran objeto de este proceso. En período anterior cercano, concretamente el 2 de septiembre de 1991, don José González Ocaña y su hijo don José Cayo González Torres constituyeron la Sociedad de Responsabilidad Limitada «Cayo Mondéjar», suscribieron participaciones mediante aportación de quince fincas, rústicas y urbanas, que se reclaman en la tercería por haber sido trabadas, así como varios vehículos y el negocio denominado «Tío Cayo», dedicado a la venta de vinos y vinagres; y el segundo, diez mil pesetas en metálico, que la sentencia dice no acreditado, y por medio de escritura de 30 de enero de 1992, don José González Ocaña transmitió sus participaciones sociales a su cuñado don Sinforiano Torres Navalón, por el precio de un millón de pesetas que el documento hace constar ha sido satisfecho en efectivo y cincuenta millones más con pago aplazado sin devengo de intereses.

Doctrina de la Sentencia.—Pese a que no se estima en sus propios términos la reconvencción, es lo cierto que acreditada la nulidad del título invocado por el tercerista, esto produce la desestimación de la tercería, como tal excepción, aunque se haya alegado en reconvencción, de conformidad con los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cierto es que, según la reiterada doctrina de esta Sala, la desestimación de la reconvencción conlleva, por imperativo del párrafo primero del artículo 523, a la imposición de costas al reconviniente por no prosperar su contrademanda. Ahora bien, el rigor de esta imposición por aplicación del principio del vencimiento objetivo resulta atenuado y alterado cuando sucede que la sentencia contiene razonamientos para justificar la no imposición expresa al demandado que reconviene y el que se deja transcrito se estima suficiente y justificativo de la decisión judicial no

impositiva de las costas por representar discrecionalidad razonada que autoriza la norma y no resultar necesario el empleo de la frase circunstancias extraordinarias.

En paralelo con lo antedicho, se decretó que se había instaurado una verdadera simulación que vicia la causa negocial con la consiguiente ineficacia del negocio societario y el posterior de venta de las participaciones sociales que resultó admitida por vía de oposición, integrada en la reconvencción que el Banco planteó y no por acogida decidida de lo suplicado en la misma, ante la problemática que se planteaba al Tribunal de decidir sobre las nulidades alegadas por darse situación litisconsorcial pasiva, en cuanto no tuvieron oportunidad de defenderse los interesados en los negocios cuya nulidad se petitionó por ser personas distintas del tercerista, del ejecutante y del ejecutado. La doctrina declara que en las tercerías de dominio, si se acciona pretensión autónoma, como es la ineficacia del título dominical que esgrime el tercerista, no se precisa necesariamente que se ha de plantear reconvencción en la pretensión de nulidad de las relaciones contractuales llevadas a efecto para eludir las responsabilidades de quien resulta ejecutado y sustraer sus bienes al embargo practicado, cumpliendo simplemente con excepcionar la nulidad de los documentos invocados de contrario.

El Tribunal de instancia en el examen y apreciación de las pruebas tanto directas como indirectas, ante la difícil probanza de las situaciones de simulación y defraudatorias de los derechos ajenos, pero partiendo de las bases objetivas suficientemente demostradas, alcanzó la conclusión de que la escritura de constitución de la sociedad vino a instaurar una ficticia situación de insolvencia del ejecutado que aportó al ente social su patrimonio más importante para cobijarlo bajo la titularidad de persona distinta, que sólo resulta aparente y maliciosamente se utilizó a tales fines defraudatorios en perjuicio de acreedores, como pone de manifiesto los recorridos negociales urdidos que están afectados de vicio causal al asistir a la escritura que constituyó la sociedad una causa a todas luces ilícita, tal y como dispone el artículo 1.275 del Código Civil, que destruye la presunción de concurrencia de causa que enuncia el artículo 1.277 del Código Civil.

La Sala *a quo* se adentró en la estructura interna de la sociedad para poner de manifiesto una sustancial confusión de personalidades y patrimonios, lo que se tradujo en una inconsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad por inexistencia de autonomía necesaria y a lo que ha de añadirse que no se produjo efectivo desplazamiento patrimonial de los bienes del ejecutado a la sociedad, y de esta manera no cabe distinguir lo que es propiedad de la sociedad de lo que es propiedad de los socios. De forma tal, que lo que se deja dicho determina la ineficacia a efectos de terceros del negocio siguiente consistente en la transmisión de participaciones sociales, realizada un tanto apresuradamente y sin respetar los estatutos por los que se regía la sociedad, sin que tampoco se hubiera demostrado suficientemente la concurrencia de efectiva causa en dicha venta que precipitaba con mayor intensidad la insolvencia del deudor de referencia, dada las peculiaridades que concurrieron en la transmisión, la que no tenía otro significado que aparentar haber quedado desprovisto de capital suficiente para afrontar las obligaciones contraídas con los acreedores.

En conclusión hemos de decir que, no demostrándose por parte de la mercantil tercerista la propiedad autónoma propia de los bienes cuya titularidad patrimonial se atribuye, la tercería no prospera, y el desplazamiento de

las propiedades del ejecutado a favor de aquélla, que él mismo instauró, lo habría sido sólo en apariencia, careciendo el ente social de la titularidad real y efectiva de los bienes embargados.

ISABEL MORATILLA GALÁN

APLICACION DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—LA SEGURIDAD DEL TRAFICO JURIDICO SE VERIA COMPROMETIDA SI SE ADMITIESE QUE LAS PERSONAS PUDIESEN DESLIGARSE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE HABIAN ASUMIDO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

En el año 1981 «Cote, S. A.», ahora recurrente, había promovido un juicio sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con base en la hipoteca constituida a su favor en escritura pública de 24 de septiembre de 1979 por don Erhardt Jossef Fischer (actualmente fallecido) y su esposa doña Marguerite Fischer, sobre una finca propiedad del matrimonio en garantía del pago de la cantidad de 7.466.000 pesetas que reconocían adeudar a aquella entidad como consecuencia de la construcción de un chalet en el mencionado predio.

El 21 de diciembre de 1984, «Cote, S. A.» se adjudicó el bien hipotecado por 9.500.000 pesetas en la tercera subasta anunciada en dicho procedimiento.

En 1991 la señora Fischer interpuso contra «Cote, S. A.» y contra don Jaime Bauzá, Administrador único de la entidad, la demanda de que el presente recurso trae causa, interesando se declarase que los demandados, al promover el procedimiento judicial sumario el 14 de octubre de 1981, habían actuado de forma dolosa, pues en aquel momento «Cote, S. A.» ya había cobrado 7.436.110 pesetas a cuenta de las 7.466.000 pesetas fijadas como como pendientes en la escritura pública mencionada, en tanto que en la fecha de celebración de la tercera subasta la cantidad ya percibida por la constructora era de 8.746.110 pesetas, bastante superior a la establecida en el documento mencionado. En consecuencia, solicitaban, además, la condena de los demandados a pagar a la actora el importe de los daños y perjuicios sufridos conforme al valor actual del chalet.

El Juzgado desestimó la demanda en su totalidad, imponiendo las costas a la demandante.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial, con parcial estimación de la demanda, ateniéndose en buena medida al informe pericial contable emitido en autos, condenó a los demandados a satisfacer a la actora la suma que se determinase en fase de ejecución.

El TS condena a Cote, S. A. y a don Jaime Bauzá Andreu, a satisfacer a doña Marguerite Fischer la cantidad a que ascienda la diferencia entre el precio de remate alcanzado por el chalet de dicha señora en la subasta celebrada el 3 de febrero de 1983 y la suma efectivamente adeudada por la misma en esa fecha, a determinar en fase de ejecución.

Se basa el fallo en la doctrina de los actos propios:

La suscripción del documento privado de 24 de abril de 1978 y la aceptación de las letras de cambio que en el mismo se mencionan implican el pleno y categórico reconocimiento de la cantidad pendiente de pago y la facilitación

a la acreedora de títulos ejecutivos que permitían su eventual reclamación judicial, siempre a reserva del resultado de la liquidación final de la obra.

Por otra parte, pocas dudas pueden albergarse acerca de que con el otorgamiento de la escritura pública, de 24 de septiembre de 1979, se llevaba a cabo la expresa ratificación del documento privado de 1978, a la par que se realizaba y aceptaba por los señores Fischer la liquidación final prevista, determinándose la cantidad que en definitiva adeudaban los mismos, una vez computados los pagos efectuados y el importe de las obras ejecutadas.

La seguridad del tráfico jurídico se vería sin duda sumamente comprometida si se admitiese que personas mayores de edad, cuya capacidad para todos los actos de la vida civil presume el artículo 322 del Código Civil, pudiesen desligarse del cumplimiento de las obligaciones que habían asumido, muy especialmente en casos como el presente, dadas las relevantes circunstancias que en el mismo concurren. De una parte, la seriedad y rigor que la presencia notarial comporta en orden a la necesaria información y a la libertad de decisión de los interesados; de otra, el hecho de que el otorgamiento de la escritura de reconocimiento de deuda cuenta con el importante antecedente del documento privado que con la misma finalidad se había suscrito un año antes, pues ambas declaraciones de voluntad, aún cuando no se registre una absoluta exactitud entre las cantidades que en una y otra se establecen, resultan perfectamente coherentes entre sí.

LA CONSIDERACION DEL INTERES PACTADO COMO NO DESPROPORCIONADO RESPECTO AL NORMAL DEL DINERO, SEGUN LA CLASE Y DURACION DEL CONTRATO QUE DESCANSA SOBRE PRESTAMO, ES LA FACULTAD DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, Y EN CASACION HA DE RESPETARSE LO ESTABLECIDO EN LOS HECHOS PROBADOS. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2002.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 9 de Oviedo desestima una demanda sobre nulidad de préstamo por usura y la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial.

Se interpone recurso de casación por no hacerse pronunciamiento sobre la tasa de interés normal del dinero con denegación de la tutela judicial.

El Tribunal Supremo no admite la casación, basándose en el siguiente razonamiento:

Por razón del interés establecido en contrato, la Ley de Usura tiene por nulo, desde su artículo 1, el préstamo para el que «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino» —adjetivaciones que encierran referencia a lo que es descarado en lo desmesurado con grado sumo— llevando a suponer que fue aceptado en situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental porque en la normalidad del aceptante produciría inmediato rechazo, disponiendo el artículo 2 que en cada caso los tribunales, para resolver, formarán libremente su convicción ante las alegaciones de las partes —así lo ha establecido la jurisprudencia en sentencias de 25 de septiembre de 1962, 18 de junio de 1963, 28 de febrero de 1988, 4 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 31 de marzo de 1997, disponiendo la de 24 de noviembre de 1984

que la facultad de libre convicción del Tribunal Supremo ha de ser aceptando los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida— y siendo muy variable la cuantificación jurisprudencial de los intereses dentro de la normalidad, la Sala de instancia —teniendo en cuenta lo ya establecido por el Juzgado al señalar como interés nominal pactado el anual del 21,504 por 100 y como interés de demora un 24 por 100 anual— hace un minucioso estudio partiendo de que la operación comprensiva del préstamo es un arrendamiento financiero sobre un camión Mercedes Benz en fecha de 11 de abril de 1991, para tiempo de cinco años suponiendo aquéllos, respectivamente, un TAE del 23,755 por 100 y del 26,82 por 100, cálculos que el recurrente no hace con respecto a la fecha del contrato, ni a la del tiempo por el que se pacta, ni a la clase de contrato, ya que el litigioso es muy diferente al del simple préstamo, y la mera contradicción que hace a la Sala de instancia desde una interpretación propia de la prueba pericial en discrepancia con la que, como facultad que les corresponde y usan con todo rigor y raciocinio, hacen los juzgadores de instancia constituye un conjunto de circunstancias que excluyen toda la posibilidad de sostener eficazmente un recurso de casación y el motivo que así lo hace tiene que ser desestimado.

RESOLUCION DE CONTRATO. RESTITUCION DE LAS PRESTACIONES RECIPROCAS ACOMODADAS A SU VALOR.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2002.)

Declara: 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 retroactivamente 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 hubiera 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».

Y frente a la mera opinión mantenida por la parte recurrente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1992, establece en relación con la vuelta al estado jurídico preexistente al contrato resuelto, que ello implica que tal resultado no pueda entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recogido, aunque sean parciales o inadecuadas, antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto, consiguiéndose con ello, de paso, el exacto y lógico reintegro de las cosas y situaciones a su prístino ser en lo posible, con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes. Por ende, el motivo se desestima.

CLAUSULA PENAL: TIENE NATURALEZA ACCESORIA DE MODO QUE PARA SU APLICACION ES PRECISO LA EXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIEN-

TO O CUMPLIMIENTO IRREGULAR. MODERACION: TIENE CARACTER IMPERATIVO PERO SOLO OPERA EN EL CASO DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR (POR LO QUE NO ES APLICABLE CUANDO SE DA UN INCUMPLIMIENTO TOTAL), O CUANDO SE TRATA DE UN RETRASO EN EL SUPUESTO DE CLAUSULA PENAL MORATORIA. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2002.)

Se pidió condena a los demandados para que pagasen determinadas partidas resultantes de un contrato de obra y la cantidad correspondiente a una cláusula penal. El Juzgado de San Sebastián, número 5, desestima la demanda, lo que se confirma por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo confirma los fallos de instancia y respecto a la cláusula penal declara:

«Se alega la aplicación de la penalización del 100 por 100 prevista en el apartado tercero de la cláusula primera, en sede de retraso en la ejecución de las obras, sin tener en cuenta que la facultad de moderación del precepto mencionado tiene carácter imperativo y no facultativo, y que el retraso de las obras no dependió de la voluntad ni de la negligencia de los obligados, sino de cuestiones ajenas a los mismos, y en concreto administrativas.

El motivo, que hace referencia exclusivamente a la aplicación de la penalización del apartado tercero de la cláusula primera (y no a la de la cláusula décima), no puede ser acogido porque carece de base fáctica. El artículo 1.154 del Código Civil prevé la moderación con carácter imperativo (sentencias de 6 de octubre de 1976, 20 de octubre de 1988, 2 de noviembre de 1994 y 9 de octubre de 2000) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (sentencias de 28 de junio de 1995 y 30 de marzo de 1999), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (sentencia de 29 de noviembre de 1997)».

COMPRVENTA: DE CUERPO CIERTO: COSA CIERTA PERFECTAMENTE INDIVIDUALIZADA Y DELIMITADA: NO RESULTA RELEVANTE LA SUPERFICIE PARA SU IDENTIFICACION. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

La cuestión nuclear sobre la que gira el proceso hace referencia a la delimitación de la cosa objeto del contrato de compraventa celebrado entre las entidades INONSA, S. A. (en la actualidad INONSA, S. L.) y VENTA DE PISOS, S. A. (VENPISA), pues en tanto la primera, actora-recurrente, sostiene que el objeto comprado abarca la totalidad del suelo afectado por la Unidad de Actuación 18 (2) del Plan de Ordenación Urbana de Almería, la segunda, demandada-recurrida, sustenta que vendió únicamente las dos fincas descritas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988 (registrales números 19.667 y 27.331), que se hallan ubicados dentro de dicha Unidad, y no la totalidad del terreno a que esta UA se extiende, por lo que no tiene responsabilidad alguna respecto a que existan, en la misma, otras fincas pertenecientes a diferentes propietarios. La tesis de la entidad actora, en cuya demanda solicita diversos pronunciamientos declarativos y condenatorios, fue acogida por la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 4, de Almería, el 3 de junio de 1994, autos de juicio de menor cuantía 785/91, la cual, sin embargo, fue revocada en apelación por la sentencia de la Sección

Segunda de la Audiencia Provincial de dicha capital, de 10 de mayo de 1996, recaída en el Rollo 401/95, que desestima la demanda con imposición a la demandante de las costas causadas en la primera instancia. Por la entidad INONSA se interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

En el motivo tercero se alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.281.1 del Código Civil, con base en que la interpretación contractual no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos aparezcan, cuando surjan dudas sobre la verdadera intención de los contratantes, sino que debe investigar lo realmente querido por los mismos. Y en el motivo cuarto se aduce infracción de los artículos 1.281.2 y 1.282 del Código, respecto a la relevancia de los actos anteriores, coetáneos y posteriores para comprobar la evidente intención de los contratantes.

Los dos motivos que se examinan conjuntamente porque pueden ser objeto de respuesta unitaria sin atentar a su diferente proyección jurídica, deben ser desestimados por dos razones. Por una parte, la función hermeneútica contractual corresponde al Tribunal de instancia, y sólo cabe su revisión en casación cuando se denuncia ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, lo que en el caso no sucede. Por otro lado, la expresión «forman parte» significa que las fincas están integradas en una unidad, y no es lógico deducir que se abarca la totalidad de ésta, en armonía con la significación semántica de que «formar parte de cierta cosa» es ser uno de los miembros o componentes de ella. Asimismo, en el cuerpo del motivo cuarto se sientan una serie de apreciaciones fácticas, que en buen número no tienen soporte en la resolución recurrida, y que en cualquier caso, ninguna de ellas, en absoluto contradice la conclusión del juzgador de instancia de tratarse de una compraventa de cosa cierta y determinada concretada en las dos fincas especificadas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988.

FALTA EL SUPUESTO NORMATIVO QUE EXIGE LA APLICACION DEL PRECEPTO INVOCADO. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El primero de los motivos (art. 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) denuncia la infracción por inaplicación del artículo 277 del Código de Comercio, en cuanto exige que se abone al comisionista el premio de la comisión. Mas tal planteamiento jurídico reclama la previa existencia o subsistencia de la obligación, esto es, conduce a considerar los hechos que se declaran probados a efectos de determinar si la *questio facti*, establecida ya como inmutable, permite la configuración del supuesto de hecho normativo que se especifica. Conforme a éstos, resulta claro, en relación con la firma del «contrato de compromiso de compraventa de acciones» entre los demandados y entidad francesa «Unión Laitiere Normande», que no existió en su gestión y formalización la intervención que se atribuye la actora y recurrente «dentro de su función de mediación o corretaje», pues «no aparece gestión alguna de dicha parte que pueda considerarse como causante de tal contrato, no ya sólo porque su formalización se llevó a efecto cuando el contrato 26 de septiembre de 1989 había finalizado por extinción del plazo contractual y de su prórroga, sino porque, además, no aparece 3 E., S. A. en dicho contrato ni se hace referencia alguna a su presencia ni a su posible intervención inicial ni en la posterior ejecución de dicho contrato.

ASUNCION DE DEUDA. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR PUEDE PRESTARSE IMPLICITAMENTE A TRAVES DE LA FORMULACION DE DEMANDA CONTRA EL NUEVO DEUDOR. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2001.)

El juicio de que el presente recurso trae causa se inició en virtud de demanda de la «Compañía Española de Petróleos, S. A.» (CEPSA) contra «Hermanos Gandón, S. A.» en reclamación del pago de la cantidad a que ascendía el combustible suministrado por la actora el día 9 de octubre de 1990 al buque «Areasa tres», que era propiedad, a la sazón, de «Pesquerías Area, S. A.» quien posteriormente (el 3 de marzo de 1994) lo vendió a la entidad demandada. Se alegaba que por documento privado de la misma fecha, cuya fotocopia se aportaba, la mercantil compradora se había comprometido a liberar de dicha deuda a la anterior propietaria del buque y a correr con todos los gastos que se ocasionasen con tal motivo.

El Juzgado de Primera instancia, entendiendo que se había producido una asunción acumulativa o de refuerzo, apreció la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido dirigida la demanda contra «Pesquerías Area» y absolvió en la instancia a «Hermanos Gandón», sin hacer declaración en cuanto a costas.

Recurrida esta sentencia por Cepsa, la Audiencia Provincial afirmó que no existía, como se pretendía en la demanda, una asunción de deuda cumulativa, sino una delegación liberatoria del deudor primitivo, pues en ningún momento se afirmaba que las dos entidades se mantuviesen como deudores solidarios frente al acreedor. Para la eficacia de esta asunción, que tiene la naturaleza de negocio trilateral, se hacía preciso el consentimiento del acreedor. Sin embargo, aún admitiendo que la reclamación judicial entablada pudiese implicar tal aceptación, ésta, de acuerdo con los términos de la demanda, tenía por objeto una asunción cumulativa de negocio distinto de la liberatoria realmente celebrada por la deudora primitiva y la entidad demandada, por lo que esta última carecía del específico consentimiento del acreedor, requisito de eficacia constitutiva, cuya omisión dejaba reducido el convenio aludido a un pacto liberatorio interno de alcance únicamente interpartes. En consecuencia, fue rechazado el recurso y, entrando en el fondo del asunto, la Audiencia desestimó la demanda de Cepsa, con imposición a la misma de las costas de ambas instancias.

El recurso de casación se desarrolla por Cepsa a través de dos motivos.

En el primero de ellos, con fundamento en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1.281, párrafo primero, y el artículo 1.205, *in fine*, todos ellos del Código Civil.

Se aduce que en el documento privado otorgado por Pesquerías Area y Hermanos Gandón no se establece que la primera de dichas entidades quedase liberada de su deuda de presente y desde el otorgamiento del mismo, pues Hermanos Gandón se limitaba a asumir un compromiso de futuro.

Por otra parte, se niega que el negocio contenido en el documento privado sea la ejecución del pago del precio de la compraventa del buque formalizada en el documento público de la misma fecha, pues no se ha probado que la compradora retuviera una parte de dicho precio coincidente con la deuda a satisfacer a la recurrente.

Se concluye, en definitiva, que Cepsa se ha adherido al convenio establecido en el documento privado suscrito por Pesquerías Area y Hermanos Gan-

dón, lo que significa el cierre de la relación trilateral propia del contrato de asunción de deuda.

Ha de tenerse en cuenta que la autenticidad del documento que a través de simple fotocopia se aporta con la demanda debe considerarse fuera de toda duda. Lo ha reconocido el representante de «Pesquerías Area» al contestar al requerimiento notarial que le fue formulado por «Cepsa» y, por otra parte, la forma evasiva en que el representante de la demandada da respuesta a la cuarta de las posiciones que le fueron articuladas para su confesión judicial, manifestando que firmó un documento sin leerlo, refiriéndose al anteriormente mencionado, así como añadiendo que le parecía que la firma era suya, pero que no estaba seguro, aconseja hacer uso de la facultad que al juzgador confiere el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tener a aquél por confeso tanto en lo relativo al contenido del documento, como respecto a la autenticidad de su firma, que resulta ser prácticamente idéntica, por cierto, a la estampada por don Manuel Gandón Menderiña al pie del acta de confesión.

A partir de tal planteamiento, nos encontramos con un compromiso claro de la entidad demandada a la liberación a la primitiva deudora en cuanto a la obligación que ésta mantenía con Cepsa. Hay, así, una evidente e incuestionable asunción de deuda, a la que si bien la acreedora no ha prestado su consentimiento desde el principio, coincidiendo con el otorgamiento del documento privado de 3 de marzo de 1994, evidentemente lo ha hecho en momento posterior y concretamente al formular la demanda de que el presente recurso trae causa, tras la imposibilidad de conseguir que la primitiva deudora hiciese frente a la obligación contraída (sentencias de 11 de enero de 1949 y 16 de noviembre de 1981).

Sentado lo anterior, la discusión sobre el carácter cumulativo o liberatorio de la referida asunción de deuda podría tener relevancia en las relaciones entre el primitivo deudor y el actual, pero no puede afectar en modo alguno a la reclamación que el acreedor formula al nuevo deudor, tras el fracaso práctico de la acción judicial entablada contra el originario.

Procede, por ello, acoger el motivo del recurso objeto de estudio y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, entrar en el fondo del asunto y estimar totalmente la demanda.

INTERVENTORES DEL EXPEDIENTE DE SUSPENSION DE PAGOS QUE INCLUYEN SUS HONORARIOS PACTADOS CON EL SUSPENSO EN LA LISTA DEFINITIVA DE ACREEDORES DE LA SUSPENSION CON DERECHO DE ABSTENCION: INEFICACIA POR ILEGAL DE SU RECLAMACION.
(SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2001.)

Los demandantes piden que se condene al pago de una determinada cantidad como honorarios por su labor como interventores en el expediente de la suspensión de pagos de la sociedad demandada.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, siendo su sentencia confirmada en grado de apelación por la Audiencia, contra la que los actores interponen el recurso de casación.

La respuesta casacional a este motivo exige unas puntualizaciones previas sobre la naturaleza jurídica del cargo de interventor en la suspensión de pagos y su remuneración.

La función de los interventores es la auxiliar de la que la Ley atribuye al Juez en la suspensión de pagos (sentencias de 8 de noviembre de 1941 y 4 de diciembre de 1992), y en su nombramiento se hace por aquél, que también fijará su retribución (arts. 4.º y 7.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 16 de julio de 1922). Es claro por ello que ninguna relación jurídica pueden tener, por razón de ese mismo cargo, con el deudor suspenso, ni en consecuencia exigirle contraprestación por su desempeño.

En este litigio aparece incumplida flagrantemente la regla legal sobre retribución de los interventores. La correspondencia de éstos con la sociedad suspensa (folios 24 a 27 de autos) revela que hubo acuerdo para el pago de honorarios que exigían según sus tarifas profesionales e incluso abono de cantidades a cuenta.

También aparece que los actores, al confeccionar la lista definitiva de acreedores de la suspensión, se incluyen entre los privilegiados con derecho de abstención, e intervienen, no como acreedores sino como interventores, en la Junta convocada para deliberar y aprobar el convenio. Es decir, trastocan la naturaleza de esa lista, pues en ella figuran ellos, que no son acreedores del suspenso con anterioridad a la suspensión, que es a lo que se refiere la susodicha lista, sino acreedores posteriores. Por otra parte, prescinden ilegalmente de su consideración de acreedores de la masa de la suspensión para pasar a ser del suspenso.

Así las cosas, el que la remuneración convenida con la entidad suspensa por la intervención aparezca en la lista definitiva de acreedores como créditos privilegiados con derecho de abstención, no puede borrar que ni son legalmente acreedores del suspenso, ni que pretenden cobrar, no con fundamento en el artículo 7 LSP, sino por un convenio privado.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA. RETRASO EN SU CUMPLIMIENTO QUE DETERMINA LA APLICACION DE PENALIZACIONES. FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2001.)

El 8 de noviembre de 1989, la Mutualidad de Previsión Social de RTVE celebró contrato con una sociedad ajena al presente litigio, a la que encargó la construcción de un edificio de cinco plantas, de las cuales la planta sótano se destinaba a aparcamiento de vehículos y la baja a local comercial, en tanto que las restantes se distribuían en 18 apartamentos, siendo su coste total el de 74.670.090 pesetas.

Cuando la empresa constructora había realizado la cimentación, el muro del sótano y el forjado de éste, las partes llegaron al acuerdo de rescindir el contrato, ante la imposibilidad de aquella de dar cumplimiento a lo convenido, por lo que la recurrente celebró nuevo contrato, con fecha 2 de junio de 1990, con «Martínez y Leyvar, S. L.» quien se hizo cargo de la ejecución del resto de la obra, aceptando el precio y demás condiciones del contrato inicial, si bien el plazo de entrega, que había sido fijado para el 30 del mismo mes, se prorrogó hasta el 30 de octubre de 1990.

La finalización de la construcción no se produjo hasta el 31 de julio de 1991, y como la Mutualidad no abonase a «Martínez y Leyvar, S. L.» lo que ésta entendía le adeudaba, la Constructora interpuso demanda reclamando el pago de 3.887.684 pesetas por la realización de los trabajos a que se refería

la certificación de obra decimotercera, no satisfecha por la promotora, y de 3.576.080 pesetas por encargos ejecutados fuera de presupuesto.

La demandada mostró su oposición a tal pretensión y dedujo reconvencción a su vez interesando la condena de la actora al pago de 19.152.855 pesetas en aplicación de las penalizaciones que por retraso en la entrega de la obra habían sido convenidas por las partes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la Mutualidad de Previsión Social de RTVE a abonar a la actora 4.490.620 pesetas y acogió totalmente la reconvencción.

Recurrida la sentencia por «Martínez y Leyvar, S. L.» y adherida la Mutua- lidad al recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó aquella resolu- ción, estimando totalmente la demanda con imposición a la demandada de las costas de primera instancia, y desestimando la reconvencción de la que absol- vió a la constructora.

El Tribunal Supremo reforma esa sentencia en cuanto estima la reconven- ción deducida por la Mutualidad, aunque moderándola, de acuerdo con la siguiente fundamentación:

Se impugna la desestimación de la reconvencción en su momento formula- da, argumentando que la cláusula de penalización por retraso, que figuraba en el contrato inicial, había sido asumida por la entidad demandante, que el establecimiento de la misma relevaba de la precisión de acreditar los daños y perjuicios realmente sufridos como consecuencia de dicho retraso y que no era preciso la intimación al deudor para que éste se constituyese en mora, cuando en el contrato se había fijado expresamente un plazo para la ejecución de lo convenido.

Es de notar que, como resalta la recurrente, en la sentencia impugnada se reconoce un retraso de nueve meses en la finalización de la construcción, si bien, a continuación, se afirma que el mismo no puede suponer una sanción tan grave como la que, según el contrato, correspondía, teniendo en cuenta tanto que la actora se había subrogado en la posición de otra empresa que iniciara los trabajos, como la existencia de aumento de obra que según el contrato posibilitaba la ampliación del plazo contemplado en el mismo. Ade- más, la Audiencia resaltaba la falta de una voluntad rebelde al cumplimiento, así como de alguna prueba de perjuicios sufridos o de la práctica de requie- rimientos por parte de la recurrente para intimar a la actora al cumplimiento del plazo fijado.

Del análisis de la totalidad de los datos obrantes en autos, en cuanto al tema objeto de la reconvencción, se desprende la relevancia de los siguientes particulares: *a)* El plazo previsto para la total ejecución de la obra en el contrato inicial era de algo menos de ocho meses. *b)* Al subrogarse la entidad actora en la posición de la primera empresa, por la misma solamente se había llegado a la cota cero, habiendo realizado únicamente la cimentación, el muro del sótano y el forjado de éste. *c)* Para el acabado de los trabajos de la planta sótano y para la ejecución de la totalidad de los relativos a las otras cuatro plantas se fijó un plazo de cinco meses, que, en atención al previsto para la total realización de la obra, ha de considerarse ciertamente reducido. *d)* Sin embargo, la actora invirtió catorce meses en su actuación, lo que supone casi triplicar el insuficiente término que había aceptado. *e)* Efectivamente, no constan requerimientos de la propietaria de la obra para la rápida finalización de la misma. *f)* De todos modos, la cantidad reclamada por aumentos de obra

solamente supone el 5 por 100 del importe total de la misma, lo cual permite presumir que la trascendencia de los trabajos realizados, fuera de presupuestos, no era de especial consideración.

En atención a cuanto queda expuesto, esta Sala, haciendo uso de la facultad moderadora que según el artículo 1.154 del Código Civil es procedente en caso de un irregular cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, considera adecuado reducir la penalización solicitada en la reconvencción a 3.000.000 de pesetas, lo que implica el parcial acogimiento del presente motivo y de la aludida reconvencción.

CONTRATO DE DISTRIBUCION EN EXCLUSIVA. RESOLUCION UNILATERAL ANTES DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO. FALTA DE PRUEBA DE LA DESLEALTAD DEL DISTRIBUIDOR. DECLARACION DE ILEGALIDAD DE LA RESOLUCION QUE NO IMPLICA LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO CUANDO AMBAS PARTES MUESTRAN AQUIESCENCIA EN SU EXTINCION Y EL CUMPLIDOR SOLICITA TANTO LA INDEMNIZACION POR DAÑOS EMERGENTES, COMO POR LAS GANANCIAS DEJADAS DE OBTENER, EN ATENCION, ESTAS ULTIMAS, AL TIEMPO QUE QUEDABA DE VIGENCIA AL CONTRATO DE ACUERDO CON LO PACTADO POR LAS PARTES. LA CUANTIFICACION DE LA INDEMNIZACION ES TAREA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2001.)

La entidad demandante GESBIL, S. A., recurre la sentencia de la Audiencia que revocó en parte la sentencia del Juzgado, declarando resuelto el contrato de agencia de fecha 13 de marzo de 1992, que determinaba, en cuanto a la indemnización a favor de la entidad actora, que habían de fijarse en ejecución de sentencias de acuerdo con las bases que se fijaban en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en atención a que en la demanda se habían solicitado: a) 22.570.382 pesetas en concepto de indemnización por lucro cesante, habida cuenta el período que aún le quedaba de vigencia y la clientela; b) 4.680.889 pesetas en concepto de daños y perjuicios por la rescisión unilateral, sin que se haya acreditado la deslealtad invocada por la parte que unilateralmente denunció el contrato, y sin haberse cumplido el plazo de vigencia contractualmente fijado por las partes.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por GESBIL, S. A., demandante, porque los extremos aducidos como fundamento del recurso pueden tener trascendencia en el momento de señalar la cuantía de la indemnización que, por otra parte, no tienen traducción diferente que la que se pueda atribuir al dato objetivo del plazo de vigencia del contrato para fijar la indemnización por lucro cesante, extremo este que ha sido convenientemente contemplado en la sentencia recurrida. Por otra parte hay que decir, que si bien es cierto que la parte actora no solicitó dar por resuelto el contrato, sino solamente que no se había producido conforme a derecho, en cuanto que la causa de resolución alegada, la infidelidad del agente no se había acreditado, sin embargo la sentencia recurrida entiende que, dada la situación creada por la denuncia unilateral del contrato, hay entre las partes una aquiescencia a mantener la resolución en atención a la voluntad inequívocamente demostrada de la demandada y al hecho de que la actora pide, además de los daños emergentes causados por la resolución, los beneficios dejados de obtener a consecuencia de esa cesación anticipada del contrato que unía a las partes,

que han de calcularse de acuerdo al tiempo que queda de vigencia del contrato y la clientela ganada por la entidad comisionista, lo que implica un reconocimiento de hecho de la conclusión del contrato, a lo que se puede añadir que difícilmente pueden continuar unas relaciones comerciales basadas en las condiciones personales de los contratantes *in tuite personae*, después de la denuncia del contrato por infidelidad, seguido de un contencioso entre las partes, además de que no fue pedido en la demanda por la parte hoy recurrente el mantenimiento del contrato, sino solamente que se declarase que la resolución unilateral del contrato, llamado de agencia, había sido realizada unilateralmente por el comitente y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, incluyendo en mayor medida los atribuidos al lucro cesante por la conclusión de las relaciones comerciales antes del plazo señalado en el contrato, opción que tiene cabida en el artículo 1.124 del Código Civil.

TERCERIA DE DOMINIO. SIMULACION ABSOLUTA DE LA COMPRAVENTA QUE INVOCA COMO TITULO LA ENTIDAD PROMOVENTE. (SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El presente recurso de casación trae causa de la tercería de dominio interpuesta por «La Alcohola de la Rioja, S. A.», respecto a la vivienda 1.º C de la casa número 7 de la calle Lardero de Logroño, que había sido embargada el 21 de junio de 1993 en procedimiento de apremio seguido contra doña María Teresa Lázaro García por la Consejería de Hacienda y Economía del Gobierno de La Rioja.

El título en que basa su pretensión la mercantil demandante es una escritura pública de compraventa del referido inmueble que dicha ejecutada había otorgado a su favor el 5 de marzo de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, condenando a la actora al pago de las costas. Apelada su sentencia, la Audiencia Provincial rechazó el recurso de la tercerista, a la que impuso las costas de la alzada.

Se confirman las sentencias de instancia desestimando el recurso de casación.

Era, por tanto, tema fundamental de la controversia el de la validez o nulidad de dicha compraventa y a su clarificación, completando otras pruebas aportadas por las partes, ha tendido exclusivamente la de carácter documental acordada para mejor proveer, que versaba acerca de la identificación de las personas físicas o jurídicas que con posterioridad al otorgamiento de la escritura habían realizado amortizaciones del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda, así como de la que habría recibido el importe del cheque bancario que decía haber entregado Alcohola de La Rioja para el pago del resto del precio.

No ha habido, en consecuencia, introducción de cuestión nueva alguna, ni tampoco se ha privado a la recurrente de intervención en la práctica de las pruebas acordadas para mejor proveer, pues la naturaleza de las mismas imposibilitaba que a la tercerista se le reconociera otra posibilidad de actuación respecto a ellas que la de conferirle traslado a fin de que pudiera realizar las alegaciones que tuviera por conveniente acerca del alcance e importancia de las pruebas en cuestión, como efectivamente se hizo.

VIGILANCIA PRIVADA. CONTRATO.—RESOLUCION UNILATERAL DE CONTRATO. RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La mercantil Port de Mataró, S. A. —demandada en el pleito—, aporta infringido el artículo 1.124 del Código Civil (motivo primero), para impugnar la decisión de la sentencia en recurso que declaró resuelto el contrato de vigilancia privada suscrito con la actora —entidad Seguridad Elite, S. L.—, en fecha 3 de julio de 1991, debidamente perfeccionado, y por el cual ésta se comprometió a suministrar a la recurrente servicios profesionales de vigilancia y protección en sus instalaciones con duración establecida hasta el 7 de julio de 1992, especificándose el número de vigilantes jurados y horarios de prestación de los servicios, habiendo variado, en la ejecución de la relación, tanto el número de vigilantes como el horario convenido y el precio a razón de 1.400 pesetas hora y empleado.

La resolución decretada tiene su apoyo en la conducta contractual de la recurrente, que se presenta arbitraria, ya que a medio de comunicación por tele-fax participó a la demandante que a partir del 1 de febrero de 1992, «queda rescindido el servicio por nosotros contratado». Los hechos probados y que acceden fijados a casación acreditan que no se da causa justificada para la resolución unilateral practicada y por lo tanto no cabe atribuir incumplimiento decisivo alguno por parte de la demandante.

El argumento del motivo consiste en que se produjo aceptación tácita de la resolución impuesta, toda vez que Seguridad Elite, S. L. mantuvo silencio prolongado y cesó en la prestación de los servicios.

Se confirman las sentencias de instancia en cuanto a las indemnizaciones por la ruptura no justificada del contrato.

De este modo, demostrada la concurrencia de lucro cesante, su cuantificación se presenta procedente, al tenerse por correctas las bases establecidas, pues la doctrina de esta Sala se muestra respetuosa en la cuestión de la fijación del *quantum* por los Tribunales si las bases resultan suficientes y adecuadas, con lo que no procede su revisión casacional (sentencias de 15-2-1994, 18-5-1994 y 23-11-1999), lo que aquí sucede, por lo que el motivo ha de ser rechazado, teniendo también en cuenta que en el ámbito del artículo 1.106 del Código Civil tienen cabida la reparación de los daños, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y su determinación, tanto en su existencia como en la cuantía en que se cifre ha de ser objeto de apreciación ponderada, en línea de probabilidad razonable, y en el curso formal de los acontecimientos (sentencia de 16-6-1993), habiendo quedado acreditada la realidad del hecho que sirve de base a la reclamación y el nexo causal determinante del daño como beneficio no percibido (sentencia de 2 de marzo de 2001).

Lo que se deja estudiado conduce al fracaso de la impugnación, pues en supuestos como el que nos ocupa no se precisa prueba contundente y precisa, y no se puede exigir al perjudicado demuestre con certeza absoluta que las ganancias se habían generado en caso de no realizarse el contrato. Procede la graduación del daño atendiendo a cada caso concreto, con criterio moderado, resultando determinante la concurrencia de una expectativa dotada de probabilidad cierta, cuando los beneficios eran consecuentes a la ejecución del contrato en el tiempo pactado y no hubo motivo para su resolución, es decir, que la recurrente no cumplió voluntariamente la relación que la ligaba con la

demandante y fue la causa del daño en las legítimas aspiraciones de ésta en cuanto a obtener ganancias (sentencias de 12-7-1991, 19-2-1992, 10-11-1992 y 22-10-1993).

PRESUMIDA LA LICITUD DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS EN QUE LA MISMA EXISTE, SU ILICITUD HA DE SER PROBADA Y AUN CUANDO TAL ESTIMACION ES PROPIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA CABE SU REVISION EN CASACION CUANDO LA MISMA ES ILOGICA O EQUIVOCADA. (SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Son hechos probados los siguientes: A) El 21 de octubre de 1982, la entidad NIOVI, S. A., como propietaria del local bajo de la casa número 20 de la calle Capitán Almeida de Oviedo, lo dio en arriendo a Banca Masaveu, S. A., para instalar una agencia bancaria urbana mediante la renta mensual de 75.000 pesetas, revisable anualmente en función del Índice General de Precios al Consumo. B) La arrendataria, con el consentimiento de la arrendadora, cedió el anterior contrato, el 25 de febrero de 1985, al Banco Herrero, S. A. con efectos desde el 21 de octubre de 1982. C) Instalado el Banco Herrero, S. A. en aquel local desde ese año de 1985, por acuerdo con la arrendadora y a cambio de una reducción de renta, pagó por adelantado las rentas de abril de 1986 a marzo de 1987, de marzo de 1987 a marzo de 1988, de abril de 1988 a marzo de 1989, de abril de 1989 a marzo de 1990, de febrero a diciembre de 1991 y de mayo de 1992 a marzo de 1993. D) En 4 de enero de 1993, NIOVI, S. A. y Banco Herrero, S. A., acuerdan adelantar el pago de las mensualidades correspondientes a mayo de 1993 hasta abril de 1997, compensándolo mediante la suspensión de la cláusula de revisión de la renta hasta el año de 1998, entregándose en aquella fecha el importe de las rentas que ascendía a 7.382.256 pesetas, incluido IVA. E) NIOVI, S. A. paga a Banco Herrero, S. A. la deuda con él contraída por un contrato de crédito que ascendía a 2.419.207 pesetas, y quedó con el resto del importe de aquellas rentas adelantadas. F) Banco Atlántico, S. A. promovió en mayo de 1991 demanda de juicio ejecutivo en reclamación de 14.993.897 pesetas más intereses, gastos y costas contra, entre otros, NIOVI, S. A., y en tal procedimiento el 24 de julio de 1991 se embargó, entre otros bienes, el reseñado local objeto de arrendamiento, siendo el valor total de los inmuebles embargados el de 55.335.000 pesetas. Compareció en los autos de procedimiento ejecutivo Banco Herrero, S. A., como arrendatario de aquel local, y después de haberse suscrito el documento de 4 de enero de 1993, se efectuó la primera subasta y por Auto de 11 de marzo de 1993 se adjudicó al Banco Atlántico, S. A., con otros bienes, el mencionado local arrendado mientras que otros, valorados en 30.240.000 pesetas quedaron en la titularidad que tenían al ser embargados.

Pretendida en demanda la nulidad del convenio de 4 de enero de 1993 por causa ilícita, la sentencia de primera instancia desestima aquélla y recurrida la misma en apelación, la Audiencia dicta otra revocando la anterior para estimar la demanda y declarar nulo aquel contrato por haberse celebrado con causa ilícita y contra las exigencias de la buena fe, condenando a Banco Herrero, S. A. a satisfacer a la entidad demandante la totalidad de las rentas vencidas y que vayan venciendo respecto al local arrendaticio reseñado a partir del mes de noviembre de 1993 y en tanto siga vigente el contrato de

arrendamiento y, asimismo, a Banco Herrero, S. A. y NIOVI, S. A. solidariamente (sic) a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

De esa última sentencia recurrente Banco Herrero, S. A. en casación, al amparo del artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por dos motivos:

El primer motivo del recurso señala que en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 1.281, 1.282 y 1.275 del Código Civil. Recoge la sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico primero, que la demanda ha centrado la causa ilícita del contrato en litigio en la finalidad de defraudar a la actora al minorar, en idéntico importe al de las rentas adelantadas, el valor de la adjudicación que le fue efectuada del local arrendado, y así lo acoge aquella resolución para declarar la nulidad de dicho contrato.

Esa interpretación, que al resolver en la instancia se hace, constituye ejercicio de facultad propia del juzgador en la misma sin que pueda ser revisada en casación, salvo que en ella se llegue a conclusiones ilógicas o equivocadas —sentencias de 20 y 26 de octubre de 1998— y, dados los términos del recurso, ha de hacerse esa comprobación en orden a percibir anticipadas unas rentas que ya no le correspondía percibir desde la fecha en que el local que las generaba pasó a otras manos, las de la aquí demandante, se ha enriquecido injustamente de lo que nunca, como propietaria arrendadora, podía percibir desde el mismo momento en que perdió esa cualidad, y si bien esto no puede determinar la ilicitud de la causa del contrato en litigio para generar su nulidad —ni por tal motivo se la demanda— tampoco habrá de generar aquietamiento obligado si quien ha pasado a ser propietario pretende recuperar esas rentas que aquí se reclaman por vía de nulidad de contrato cuando habrían de serlo por acción que corresponda a aquel enriquecimiento.

El primer motivo de recurso ha de ser estimado por cuanto la licitud de causa en el contrato litigioso no se desvirtúa frente a la presunción establecida en el artículo 1.277 del Código Civil, como señala la sentencia de primera instancia, y en su consecuencia procede casar y anular la sentencia recurrida y mantener la anteriormente dicha.

ACCIONES DEL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR-VENDEDOR DE PISOS, AUNQUE LA CONSTRUCCION LA HAYA LLEVADO A CABO CONTRATISTA Y TECNICOS. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La sentencia reitera la doctrina de esta Sala que equipara con carácter general la figura del contratista con la del promotor a los efectos de incluirlo en la responsabilidad del artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 8 de octubre de 1990, 8 de junio de 1992, 20 de junio de 1995 y 3 de mayo de 1996), y esta doctrina aparece aplicada en la sentencia que se recurre. No puede la recurrente pretender lo contrario cuando ella es la que ha encargado la obra al constructor para realizar el proyecto confeccionado por el arquitecto-director de obra, también demandados. Son los que, elegidos por la promotora recurrente, realizan para ella el edificio que destinaba a la venta por pisos como desarrollo de su actividad mercantil. Empleando los términos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no vigente en la fecha de los hechos, es la recurrente quien, como promotora, «decide,

impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9.1). El que la recurrente como promotora no haya sido constructora, no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 21 de febrero de 2000 y las que cita).

INTERPRETACION CONTRACTUAL. ACTOS COETANEOS Y POSTERIORES. CLAUSULAS OSCURAS. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ALEGACION EN CASACION. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Cuando la sentencia *a quo* afirma en el primer fundamento de derecho que, «pretende la actora, ahora apelante, que se condene a la demandada a entregar a la demandante, en virtud del contrato privado suscrito entre las partes, unos terrenos que lindan con la calle Miami de Reus, antes Camino Pedra Estela», no está sino transcribiendo los términos en que se formula la primera y principal petición del suplico de la actora, por lo que mal puede ésta sostener, como hace en el recurso, que ello no puede tenerse en cuenta para determinar el *petitum* de su demanda; parece ignorar el recurrente que por el contrato suscrito, la demandada se obligaba a entregar unos determinados terrenos y que, en el caso de que los mismos no fuesen de su propiedad sino de un tercero, nada impedía que la demandada pudiese cumplir *in natura* su obligación de entrega mediante la adquisición de aquello que se obligó a entregar; sólo en caso de no poder hacerlo, entrarían en juego las responsabilidades derivadas del incumplimiento; así parece que lo entendió la actora al formular el suplico de su demanda.

No se ha omitido pronunciamiento alguno en relación con los pedimentos que se formulan para el caso de imposibilidad de la entrega, ya que desestimado el pedimento principal por no estar comprendidos los terrenos demandados en el contrato suscrito, aquellas peticiones carecen del sustrato en que se apoyan.

Asimismo procede desestimar el motivo cuarto en que se denuncia infracción del artículo 1.282 del Código Civil; en primer lugar ha de señalarse que una prueba testifical no puede entenderse constituya un hecho posterior o coetáneo que pueda servir como medio de interpretación contractual; en segundo lugar, que al amparo de las normas reguladoras de la hermenéutica contractual no puede procederse a una revisión de la valoración de la prueba testifical, ni de ninguna otra, como se pretende a lo largo del motivo. Finalmente, los actos de la promotora, posteriores a la celebración del contrato privado, tenidos en cuenta por la Sala de instancia en su labor interpretativa del contrato, como son el otorgamiento de escritura pública en que las fincas cedidas en el primitivo contrato figuran en el documento notarial con la misma extensión y linderos que en el privado y la solicitud de licencia de obras, abonan la corrección de los resultados a que llega el Tribunal de apelación en su labor hermenéutica que, en modo alguno, pueden ser calificados de ilógicos o contrarios a las normas rectoras de esa función judicial.

En el motivo quinto se alega infracción del artículo 1.288 del Código Civil. Dice la sentencia de esta Sala, de 27 de septiembre de 1996, que «el artículo 1.288 del Código Civil no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales y,

por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad». En el presente caso, la utilización de los criterios interpretativos legales usados por el Tribunal *a quo* han conducido a la fijación indubitada del objeto contractual, sin que se dé situación de equivocidad que obligue a acudir a la norma del artículo 1.288 del Código Civil; en consecuencia, se desestima el motivo.

En el motivo sexto se alega infracción del principio de apreciación conjunta de la prueba, según el cual el juzgador no debe discriminar medio probatorio alguno, sino antes al contrario, debe apreciar en su totalidad la prueba practicada. Dice la sentencia de 12 de junio de 1980, que «es doctrina constante de esta Sala que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta», y en el mismo sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 1989 afirma que, «según doctrina de esta Sala que se enuncia en sentencia de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del Derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen»; cita de que adolece el motivo y que es bastante para su desestimación.

Además, como dice la citada sentencia de 1989, ante un motivo de idéntico contenido al que ahora se examina, «como en principio cabe declarar que Jueces y Tribunales pueden hacer valoraciones o apreciaciones probatorias bien en razón al conjunto de las pruebas practicas o bien de cada uno de los medios establecidos en la Ley Procesal, dando en su caso el valor que a cada una corresponde, pudiendo de contradecirlo acudirse en casación por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que los Tribunales de segunda instancia queden obligados por el resultado a que llegue el de primera, tanto sea por apreciación conjunta o por separado, sin que dicho resultado haya de calificarse de arbitrario, ilógico o injusto, para poder ser revisado, y como por tanto no se ha infringido por la Sala precepto alguno, ni principio que pueda considerarse como tal principio de Derecho, el motivo ha de ser desestimado».

COMRAVENTA. PAGO DEL IVA POR EL COMPRADOR SEGUN LO PACTADO. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La cuestión litigiosa se contrae a la obligación de pago de los demandados del impuesto de plusvalía generado por la aceptación y adjudicación de la herencia causada por una tía de los demandados en la cuantía que excede de aquella a cuyo pago se comprometió la hoy actora-recurrida al adquirir las fincas a que se refería el mencionado impuesto.

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos constituye facultad privativa de los Tribunales de instancia y que tan sólo puede ser cuestionada en casación en supuestos de interpretación ilógica o conculcadora de preceptos legales. En el caso, la interpretación que lleva a cabo la Sala de instancia no conculca el precepto que se invoca ya que son precisamente los términos literales del contrato de 7 de mayo de 1987 y la carta de 11 de julio de 1988 los que conducen a la interpretación que hace

la Audiencia. En el citado contrato se limita, de forma clara y contundente, la obligación asumida por el señor Menéndez del Fueyo respecto al pago del impuesto de plusvalía a la cantidad de once millones de pesetas, sin que de la carta de 11 de julio de 1988 resulte cosa distinta, puesto que la concertación de un nuevo aval por importe de 17.536.631 pesetas en sustitución del primitivo de 11.000.000 de pesetas, obedece, exclusivamente, a garantizar la deuda tributaria girada por el Ayuntamiento de Oviedo a fin de interponer el recurso contencioso-administrativo, sin que del tenor literal de esa carta pueda deducirse que el señor Menéndez del Fueyo asumía el pago del repetido impuesto por cantidad mayor de la inicialmente pactada.

ACCION RESCISORIA EJERCITADA POR LA DIPUTACION FORAL DE GUIPUZCOA. DONACION DE ESPOSOS (DEUDORES FISCALES) A SUS HIJOS. INCREMENTO DEL PATRIMONIO NO DECLARADO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FISICAS. PREEXISTENCIA DEL CREDITO TRIBUTARIO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado de Primera Instancia número cinco de San Sebastián tramitó el juicio declarativo de menor cuantía número 290/1995, que promovió la demanda de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: *«Se dicte sentencia por la que declare la rescisión del contrato de donación celebrado con fecha 4 de abril de 1991, por haberse realizado en fraude de acreedores, determinando la cancelación de las inscripciones de las donaciones en el Registro de la Propiedad de San Sebastián, para que de este modo se restituyan los inmuebles al patrimonio de los transmitentes y puedan ser objeto de agresión por parte de la Hacienda Foral de Guipúzcoa como legítima acreedora con los demás pronunciamientos a que en derecho hubiere lugar y con expresa imposición de costas a la parte demandada»*.

Desestimada la demanda ante el Juzgado, se revocó la sentencia por la Audiencia Provincial de San Sebastián y contra ésta se recurre en casación, pero el Tribunal Supremo la mantiene.

Los hechos probados ponen de manifiesto que el matrimonio demandado omitió —no se acreditó hubiera concurrido alguna circunstancia impeditiva de su voluntad— el incremento de su patrimonio en la declaración de renta del año 1987, a lo que estaban obligados, y tampoco satisficieron la cuota tributaria correspondiente en el período legal para ello conforme a la normativa fiscal particular de Guipúzcoa. De este modo se constituyeron desde un principio y de manera decidida en deudores fiscales y provocaron con su conducta que se levantaran las actas de inspección referidas y se procediera por la vía de apremio que tuvo resultado negativo, por lo que la Diputación no pudo cobrar su crédito.

Si bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la acción rescisoria se apoya en la existencia de un crédito anterior al acto fraudulento dispositivo (sentencias de 18-7-1991, 27-11-1991, 15-9 y 31-12-1997 y 31-5-1999), actuando la rescisión con efectos de ineficacia sobrevenida, tal declaración de principios ha de matizarse debidamente, por lo que la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (sentencia de 14-6-1958), siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con las peculiaridades que presenta, especialmente en aquellos supuestos en los que la inten-

ción defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito (sentencias de 18-5-1988, 11-11-1993 y 28-6-1994).

Aplicada esta doctrina al caso de autos y aceptándose la decisión del Tribunal de Instancia en cuanto a que los esposos recurrentes se constituyeron voluntariamente en deudores tributarios, al derivar el crédito de la Diputación de la omisión que establecieron en tiempo anterior a efectuar la donación de bienes a sus hijos, las actas levantadas sólo actúan a efectos de cuantificar el importe del débito, pero no creando la obligación que ya se había instaurado y resultaba determinada, aunque no concretada en cantidad y fue precisamente el mismo día (4 de abril de 1991), que corresponde al inicio de las actuaciones inspectoras (aunque la notificación tuvo lugar el día 30 siguiente) cuando se lleva a cabo la donación controvertida.

El fraude se aprecia y puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia de causarlo (sentencias de 12-7-1990 y 27-11-1991), lo que es aplicable al caso que nos ocupa, correspondiendo a la jurisdicción civil sólo decidir tal cuestión, sobre todo cuando los recurrentes no demuestran que hubieran impugnado ante los órganos competentes, mediante los recursos autorizados, la ilegalidad de la referida deuda tributaria y, al contrario, la asumieron al firmar las actas de liquidación practicadas y consentir adquirieran firmeza.

NEGOCIO JURIDICO FIDUCIARIO: FALTA DE PRUEBA. SENTENCIA: MOTIVACION QUE PERMITE CONOCER LA RAZON CAUSAL DEL FALLO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía sobre reclamación de un vehículo dedicado al servicio público de taxi y la licencia para explotarlo formulada por la viuda del titular, por sí y, en representación de su hijo menor de edad, contra sus suegros, quienes se opusieron a la demanda y además reconviniéron para que se declarase que tanto el vehículo como la licencia eran de su exclusiva propiedad.

La sentencia de primera instancia no llegó a entrar en el fondo del asunto, al estimar la excepción de falta de personalidad del procurador de la actora-reconvenida por insuficiencia del poder. La de apelación, en cambio, desestimó dicha excepción y, entrando a conocer del fondo, estimó la demanda y desestimó la reconvención, acordando en consecuencia que el vehículo y la licencia, como bienes dejados por el difunto marido de la actora, fueran entregados a sus legítimos herederos, es decir, la propia demandante por su cuota legal usufructuaria y su hijo menor de edad.

Contra esta última sentencia recurrió en casación el demandado-reconviniendo, siendo desestimado el recurso.

Los motivos segundo y tercero, formulados al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, pueden estudiarse conjuntamente, ya que fundado aquél en infracción del artículo 609 del Código Civil y alegándose en éste la infracción de los artículos 609 y 348.2 del Código Civil, ambos combaten la sentencia recurrida por haber atribuido a un título puramente administrativo (la licencia) el carácter de título de dominio, dominio que correspondería al recurrente por haber sido su aportación económica el elemento decisivo para la adquisición del vehículo y de la licencia.

Sin embargo, también estos dos motivos han de ser desestimados, porque plantear la cuestión litigiosa desde la perspectiva del título y el modo es en este caso estéril, ya que si a la parte actora-reconvenida se le negara su derecho por no haber llegado su causante a tener la posesión efectiva del vehículo y la licencia, a la parte demandada-reconviniente, hoy recurrente, le faltaría el título de adquisición.

La realidad es que la decisiva contribución económica del recurrente para la adquisición del vehículo y la licencia a favor de su hijo no puede tener el efecto de atribuirle a aquél la propiedad con arreglo a los artículos que cita, sino la de una donación de dinero o una atribución patrimonial voluntaria a uno de sus hijos muy usual en la vida normal de una familia y que tiene su propio régimen para cuando se abra la sucesión de quien hizo tal atribución.

RESPONSABILIDAD DECENAL EX ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL. CONDENA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 1.101 DEL CODIGO CIVIL. RECURSO DE CASACION POR ARQUITECTOS QUE NO FUERON PARTE EN EL CONTRATO. CAMBIO DE CAUSA PETENDI. CASACION. NO SE ESTIMA CUANDO SE MANTIENE EL FALLO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE 2001.)

Formulada la demanda por vicios ruinógenos, basada en el artículo 1.591 del Código Civil, la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de San Sebastián, la estimó y condenó a los codemandados arquitectos, señores Elizondo y Martín, recurrentes en casación, y a la entidad «Construcciones Suquía, S. A.» a que solidariamente procedieran a la reparación de los daños.

La sentencia de la Audiencia Provincial de la misma ciudad, confirmó la anterior, pero estimó que los defectos no integraban el concepto de ruina y, por ello, no era aplicable el artículo 1.591 del Código Civil al supuesto de autos, sino el 1.101 relativo a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación.

Los arquitectos, considerándose ajenos al incumplimiento del contrato, interponen recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.101, 1.091, 1.108 y 1.544 en relación con el artículo 1.257.

En este motivo, ciertamente sustentan razón los arquitectos recurrentes en cuanto no pueden ser condenados a reparar el daño por incumplimiento del contrato de obra, porque en él no fueron parte contratante y aquél solamente alcanza al contratante, la empresa constructora. Por tanto, en principio, se ha infringido el principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1.257 del Código Civil, por lo que mal pueden aplicarse los artículos 1.101 y 1.108, relativos al incumplimiento, en este caso del contrato de obra que prevé el artículo 1.544 y que es *lex contractus*, según expresa el artículo 1.091, para las partes contratantes.

Sin embargo, el problema en el presente caso no es éste: la sentencia de la Audiencia Provincial ha cambiado la *causa petendi*; la acción ejercitada se ha fundado en la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1.591 del Código Civil y respecto a este tema se ha seguido todo el proceso en la instancia. La alteración de la pretensión, por la sentencia de la Audiencia Provincial, es palmaria, por cuanto no estima aplicable aquella norma, cambia el fundamento de la pretensión y llega a la conclusión de incumplimiento con-

tractual, manteniendo la condena de los arquitectos, quienes no fueron parte en el contrato de obra.

Esta Sala, manteniendo el reiterado concepto jurisprudencial sobre el amplio sentido del concepto de ruina que contempla el artículo 1.591 del Código Civil (así, sentencias de 17 de diciembre de 1997, 4 de marzo de 1998, 8 de mayo de 1998, 19 de octubre de 1998, 15 de diciembre de 2000, 8 de febrero de 2001) estima aplicable este precepto y la responsabilidad decenal, tanto a la empresa constructora como a los arquitectos recurrentes, por lo que no cabe estimar el recurso de casación formulado por éstos.

En consecuencia, no se da lugar al recurso de casación porque la Sala, acogiendo la realidad de la infracción de los artículos 1.257 en relación con 1.101, 1.108, 1.091, 544 del Código Civil, debe asumir la instancia y entrar a conocer del fondo del asunto, como exige el artículo 1.715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, al hacerlo así, estima aplicable el artículo 1.591 del Código Civil e impone la responsabilidad decenal a los arquitectos recurrentes. Por lo cual, no procede estimar el recurso de casación cuando se mantiene el fallo de la sentencia de instancia (así, sentencia de 29 de julio de 1999).

TERCERIA DE DOMINIO. RESCISION DE CONTRATO CELEBRADO EN FRAUDE DE ACREEDORES. VALIDEZ DE LOS ACTOS CONCLUIDOS CON ANTERIORIDAD A DICHA RESCISION. NO PROCEDENCIA DE LA PETICION DE ALZAMIENTO DE EMBARGO PRACTICADO Y ANOTADO EN EL MOMENTO EN QUE LA TITULACION REGISTRAL DEL BIEN AFECTADO POR LA TRABA CORRESPONDIA AL ADQUIRENTE SEGUN EL CONTRATO POSTERIORMENTE RESCINDIDO. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2001.)

El presente recurso trae causa de la tercería de dominio promovida por doña Josefa Grande Díaz con objeto de conseguir el alzamiento del embargo practicado en juicio ejecutivo seguido a instancia de don Manuel Martín y otros contra «La Casa de las Galletas, S. A.» sobre el piso quinto del edificio sin número de la calle Virgen de la Antigua de la ciudad de Sevilla. Dicha traba había sido anotada en el Registro de la Propiedad, en el que, a la sazón, la finca se hallaba inscrita a nombre de la entidad ejecutada, si bien en el momento de formularse la pretensión de la tercerista era ésta la titular registral del piso citado, en virtud de sentencia dictada en causa penal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin hacer expresa condena en costas.

Recurrida esta sentencia por la señora Grande, la Audiencia Provincial la confirmó, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Sustancialmente se argumenta que según doctrina de esta Sala, el titular de una anotación preventiva de embargo no ostenta la categoría de tercero hipotecario al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el alcance del embargo se limita a la concesión de preferencia al crédito de la persona que ha obtenido la traba sobre otros posteriores.

Se añade que al ser anulada la venta y por tanto la adquisición a favor de la entidad deudora de los ejecutados, debe quedar asimismo nula de pleno derecho la anotación del embargo acordado e inscrito en momento en que «La Casa de las Galletas» figuraba como titular registral de la finca objeto de la tercería.

Guarda evidente relación con este motivo, el segundo de los articulados por la recurrente, en el que denuncia la infracción de los artículos 1.290 y 1.291-3.º del Código Civil y doctrina sobre nulidad de los contratos y de los asientos registrales de ellos derivados.

Se afirma que la sentencia de la Sección de lo Penal de la Audiencia de Sevilla no contiene pronunciamiento alguno en relación con la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre doña Josefa Grande y «La Casa de las Galletas», sino que se limita a ordenar se expida un mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que proceda a cancelar y dejar sin efecto la inscripción practicada como consecuencia de dicho contrato. Este mandato implica, según la recurrente, no una rescisión del contrato, sino su nulidad, con efectos *ex tunc*, es decir, desde el nacimiento del mismo, por lo cual ha de entenderse que éste no ha existido y que todos los actos producidos con posterioridad a su realización son nulos y no tienen virtualidad alguna.

Para valorar esta argumentación de la recurrente se hace preciso recordar el iter negocial al que la misma, su marido y su hijo han sometido a la finca objeto de tercera.

Como refieren las sentencias de instancia y se desprende de la documentación incorporada al proceso, el marido de la hoy recurrente, don Francisco Rodríguez Briz, tras haber obtenido junto con su esposa un préstamo del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, del que era fiador don Guillermo Rodríguez Grande, hijo del matrimonio, procedió, utilizando un poder de la señora Grande, a vender el piso de autos a «La Casa de las Galletas, S. A.», entidad de la que era administrador único el mencionado don Guillermo quien, con anterioridad, había conferido poder a sus padres.

Al no ser devuelto el préstamo aludido y no encontrarse activos patrimoniales sobre los que ejecutar la sentencia recaída en el juicio ejecutivo instado por el Monte de Piedad se formuló querrela por esta entidad por delito de alzamiento de bienes. Aún cuando padres e hijo resultaron absueltos por el Juzgado de lo Penal que conoció de la causa, la Audiencia Provincial en sentencia de 6 de mayo de 1991, condenó a los primeros como autores de dicho delito y al segundo como cooperador necesario al cumplimiento de las penas correspondientes y al abono en concepto de responsabilidad civil de la cantidad que no había conseguido recuperar la entidad querellante. Se acordó, igualmente —como se ha anticipado— librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que dejase sin efecto la inscripción del inmueble 7.400 que con motivo de dicha compraventa se había practicado a favor de «La Casa de las Galletas».

Con anterioridad al pronunciamiento de esta resolución, el administrador único de «La Casa de las Galletas, S. A.» había formalizado a favor de don Manuel Martín, doña Catalina Valiente y don Eloy Jurado, escritura pública de constitución de hipoteca sobre el piso a que nos venimos refiriendo en garantía de títulos al portador que dicha entidad creaba, por un principal de 20.000.000 de pesetas más otros cuatro millones para intereses y costas.

Dicha escritura no llegó a tener acceso al Registro de la Propiedad, pero instados por los acreedores hipotecarios, juicios ejecutivos con base en la misma para el abono de las cantidades adeudadas, se decretaron los embargos y se obtuvieron las anotaciones preventivas de estas trabas, cuyo levantamiento y cancelación solicitaba la tercerista.

A través de los actos que quedan someramente relatados, la tercerista y sus familiares trataban de conseguir, en primer lugar, que el préstamo inicialmen-

te obtenido del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla no pudiese hacerse efectivo sobre el piso de su propiedad, a cuyo efecto realizaron el desplazamiento de este bien a un patrimonio que, aunque perteneciente a otro sujeto jurídico diferente, se hallaba en realidad absolutamente controlado por ellos en virtud del apoderamiento conferido a favor de sus progenitores por don Guillermo, administrador único de «La Casa de las Galletas». Pero, además, la incorporación del piso en cuestión al patrimonio de la sociedad citada iba a permitir ulteriores efectos beneficiosos para la comunidad familiar de intereses integrada por padres e hijo, como, por ejemplo, la obtención de fondos a través de la emisión por la entidad de obligaciones con garantía hipotecaria, resultando revelador el dato de que en la escritura de constitución de la hipoteca con base en la cual se practicó la anotación preventiva del embargo a que se refiere la tercería, interviniese don Guillermo Rodríguez en su calidad de administrador de «La Casa de las Galletas» y su padre, don Francisco Rodríguez, como comisario del Sindicato de Obligacionistas.

A la vista de todo ello, ha de entenderse correcta la calificación que realiza el Tribunal de instancia de la venta realizada por la señora Grande a la sociedad tantas veces mencionada como contrato no absolutamente simulado, sino simplemente rescindible, al tratarse de un acto querido por las partes intervinientes en el mismo, en procura de beneficios diversos, pero también en evidente fraude de acreedores, subsumible por ello en el artículo 1.291.3.º del Código Civil.

El negocio, por tanto, era inicialmente válido, si bien podría devenir ineficaz si, con posterioridad a su celebración, los acreedores a quienes se pretendía defraudar no podían de otro modo cobrar lo que se les debía. Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en que la venta aludida fue base de nuevas operaciones crediticias en las que intervinieron personas que confiaban en la presunción de exactitud registral que establecen los artículos 38-1 y 1-3.º de la Ley Hipotecaria y de las que se beneficiaron la tercerista y familia.

CONSTRUCCION. RECLAMACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS A ARQUITECTO Y APAREJADOR POR CONSTRUCCION DE MENOS PLAZAS DE GARAJE QUE LAS PROYECTADAS. CAUSAS SOBREVENIDAS. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2001.)

La mercantil demandante que recurre, ejercitó acción reparadora de daños y perjuicios en base a que el proyecto de obra que confeccionó la arquitecto demandada (doña Cecilia Egea Guardiola), no correspondió a lo realmente construido, pues las 159 plazas de aparcamiento previstas no se han podido materializar, ya que han pasado a ser 144 y, de exigirse estrictamente la reglamentación municipal, quedarían reducidas a 125, por lo que se ha producido una reducción de la superficie útil de las plantas sótanos que se presentó finalizada la construcción del edificio donde se ubican, lo que conforma la *causa petendi* decidida del pleito, así como la imposibilidad de legalizar los locales de garajes y proceder a su enajenación en relación a lo que se había proyectado de principio.

El único motivo del recurso denuncia, en apoyo de las indemnizaciones postuladas, a fijar en ejecución de sentencia, infracción de los artículos 1.101, 1.105, 1.544, 1.256, 1.258 y 1.243 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa hubo una efectiva variación material del proyecto ideado, que es susceptible de producirse en los procesos constructivos, tanto por circunstancias impuestas, como pueden ser de orden urbanístico (sentencia de 1-6-1998), como sobrevenidas en atención a situaciones que aparecen en cada caso concreto, y es lo que aquí ha concurrido, ya que la variación del proyecto, con la consecuente reducción superficial de los sótanos, tuvo unas causas determinadas, conforme a lo declarado probado, y fue que al proceder a la excavación del solar se pudo comprobar que parte de las zapatas de sustentación del edificio colindante se encontraban en el perímetro superficial de la finca de la recurrente, la que invadían de este modo, y hubo por ello de recalzarse la cimentación vecina mediante la apertura de catas alternas y, asimismo, se encontró roca dura que impuso que el dimensionado de las zapatas fuera mayor, por lo que los muros delimitadores de los sótanos no se pudieron llevar hasta las líneas límites del solar en los lindes afectados.

Las obras de referencia fueron realizadas a la vista de la recurrente, mediante el control de sus empleados, habiendo prestado su consentimiento, y figuran reflejadas en el preceptivo Libro de Ordenes, es decir, que aceptó, sin resolver el contrato ni haber llevado a cabo protesta alguna, la disminución superficial de los sótanos por causa de los impedimentos que se dejan dichos y provocaron las soluciones constructivas adoptadas ante los imprevistos que se presentaron y ello con sus consecuencias futuras en cuanto a la disponibilidad de las plazas de garaje que efectivamente resultaron realizadas.

Determina, a su vez, el rechazo del motivo que, aunque el caso que nos ocupa no se trata de supuesto de aumento de obra, sino precisamente de disminución de la misma, con efectiva variación del proyecto y teniendo en cuenta que la sentencia declara que existió el consentimiento de la recurrente, asistida de conocimiento suficiente de los hechos, lo que hace aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada y conocida que proclama que los supuestos de modificaciones sobrevenidas y aceptadas conformen acto propio que vincula al autorizante y le veda ir contra los mismos para postular las indemnizaciones que reclama en el pleito (sentencias de 23-3 y 19-6-1992, 10-6 y 11-10-1994, 3-10-1995 y 28-3 y 14-10-1996, entre otras).

No se trata, en el caso presente, pues no se planteó, de ruina constructiva que haría aplicable el artículo 1.591 y doctrina que lo interpreta, en cuanto vicios del suelo imputables al arquitecto. Se presenta como cuestión nueva y su alegación en casación rechaza rotundamente la jurisprudencia civil reiterada (sentencias de 13-14-1992, 7-6-1996, 9 y 23-10-2000 y muchas más).

FALTA DE DETERMINACION EN OBJETO Y PRECIO. NO PERFECCION DE LA COMPRAVENTA. LA ENTREGA DE UNA CANTIDAD DE DINERO POR LA PARTE QUE QUIERE COMPRAR A LA PERSONA QUE QUIERE VENDER NO SON ARRAS CONFIRMATORIAS. COMPATIBILIDAD DE ESA ENTREGA CON LA SITUACION JURIDICA DE TRATOS PRELIMINARES. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

Se recurre por la parte demandante, cuyas pretensiones habían sido inestimadas en las dos sentencias de instancia.

Se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al significado de la entrega de arras o señal, señalando que, conforme a la misma, si no consta el carácter de las arras como penitenciales, se han de considerar que son

confirmatorias y representan un simple anticipo a cuenta del precio. Esto es lo que sucede en el caso litigioso, en el que la parte recurrida recibió de la recurrente la cantidad de 3.500.000 pesetas como arras y a cuenta del precio por la compra de esta última de la mitad izquierda de la planta primera de la calle Garibay, número 7, de Madrid.

El motivo se desestima porque no tiene en cuenta en su planteamiento que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, que recoge enteramente aquélla (Fundamento Jurídico primero), han interpretado esa entrega en función de las relaciones entre las partes, que no dieron lugar a una compraventa perfecta por no estar determinado el precio ni la cosa, sino a unos tratos preliminares. Todo ello valorando las pruebas practicadas. Luego si no se impugna previamente esa calificación jurídica, demostrando que no existen tratos preliminares, sino compraventa perfecta, no se puede traer a colación la doctrina jurisprudencial que se dice infringida; la misma supone que entre las partes media un contrato de compraventa (art. 1.454 del Código Civil). Es razonable pensar que las partes estuviesen confiadas en la rápida conclusión del contrato, y se quisiese vincular más a la vendedora para ello.

Se acusa infracción del artículo 1.450 del Código Civil, volviendo a insistir la parte recurrente en que existió acuerdo sobre la cosa y el precio.

El motivo se desestima por las mismas razones acabadas de exponer, que se dan por reproducidas. Son hechos probados en la instancia que no existió precio ni objeto determinado. Dice al respecto el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia recurrida: «Es por ello que puede hablarse de indeterminación de la cosa y del precio, por cuanto que éste era en función de aquél, ya que si la planta medía 821 metros y sólo había una entrada o acceso a la misma, también es palmario que la división material de la parte que adquirirían los ahora demandantes requería el acuerdo de ambas partes y una vez conocida la superficie que se compraba, medirla con precisión para poder fijar el precio según la cantidad que se conviniera por cada metro cuadrado; así lo pone de relieve la propia documentación que se aporta con la demanda, porque consta que cada planta tiene servicios separados para señoras y caballeros, instalación eléctrica con amplia acometida y equipamiento independiente en cada planta, salidas de emergencia y otras instalaciones, con la situación que describe el plano del folio 34, de tal forma que no basta con el trazado de una sola línea sino que es preciso determinar cada una de las mitades mediante un acuerdo al que no se llegó, pues lo único que se desprende de los actos de ambas partes es una serie de conversaciones, pero no puede deducirse de los actos unilaterales de la actora —tasación, encargos de división, etc.— que la parte vendedora prestara su conformidad».

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

MARÍA SALAZAR REVUELTA: *La gratuidad del «mutuum» en el Derecho romano*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 1999, 453 págs.

Ha aparecido una interesante publicación de una profesora titular de Derecho romano de la Universidad de Jaén, formada en el Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo de la Universidad de Roma, «La Sapienza», y en el Leopold-Wenger Institut für Rechtsgeschichte de la Universidad de Munich. Su libro afronta el complejo análisis de la gratuidad del préstamo de consumo romano, desvelando —en palabras de la autora— «una de las mayores contradicciones existentes en el campo del Derecho romano de obligaciones» (pág. 21); pues, pese a la configuración técnico-formal de la figura jurídica como esencialmente gratuita, no podemos obviar la variedad de expedientes jurídicos que el genio romano articuló para eludir la prohibición del cobro de intereses. De ahí que, la autora sostenga que en Roma, como en cualquier sociedad, tanto antigua como moderna, el *mutuum* no fuera nunca, en la práctica, gratuito (pág. 22). Se desmenuzan, así, las causas jurídicas que se ocultan, *ab antiquo*, bajo la teórica estructura gratuita de esta relación obligatoria real y, al mismo tiempo, se abordan pormenorizadamente los mecanismos o instrumentos del propio Derecho romano para sortear, desde épocas remotas, la gratuidad artificial que la caracteriza. A tales propósitos obedece el orden sistemático del libro, que se articula en tres grandes partes o capítulos, cada uno de ellos con su propia entidad, pero todos bajo el denominador común del elemento esencial de la gratuidad del *mutuum*. El primero, arranca de los mismos orígenes históricos de la configuración jurídica de la relación crediticia romana, rastreando los motivos de su configuración gratuita. A este respecto, la autora se sirve del análisis etimológico de los términos que aparecen en las fuentes en torno a la gratuidad, así como los referidos al ámbito de las relaciones de préstamo: desde los más genéricos como *praestare* y *credere*, hasta los más concretos como *mutuum* y *fenus*. Es, así, perfectamente consciente de la necesidad de abordar el significado de determinados vocablos y expresiones que resultan fundamentales para la comprensión y reconstrucción sustancial de las instituciones estudiadas y, por tanto, de la estrecha colaboración entre juristas y filólogos. De ahí que siga el parecer de BIONDI (1), quien sostiene que: «la primera y elemental dogmática jurídica se encuentra encerrada en la palabra». Ahora bien, puntualicemos que su labor no ha descansado en fines dogmáticos, sino, al contrario, en el único objetivo de seguir la propia evolución de las figuras jurídicas y extraer de su análisis terminológico —que, en su mayoría, parte de la realidad

(1) *Arte y ciencia del Derecho* (trad. esp. y estudio preliminar por A. LATORRE. Prólogo de J. IGLESIAS), Barcelona, 1953, pág. 88.

cotidiana y del ambiente cultural del momento— importantes consecuencias de orden jurídico sustancial. Ello resulta de valiosa ayuda, sobre todo para la reconstrucción de la prehistoria de cualquier institución jurídica; y ésta es, quizá, la razón fundamental por la que se incluye este epígrafe de «terminología» dentro del primer capítulo sobre los «orígenes históricos de la gratuidad del *mutuum*». Asimismo, cabe señalar otro de los problemas a los que se enfrenta todo romanista cuando se remonta a los orígenes de cualquier figura jurídica, dada la escasez de fuentes directas que caracteriza estos primigenios estadios del ordenamiento jurídico romano. El recurso a los testimonios literarios ha sido, en este sentido, de gran utilidad; sobre todo, por lo que se refiere al primitivo *nexum* —como posible vehículo en el que se sustentaron los antiguos negocios jurídicos reales— y a los valores extrajurídicos como la *fides* y la *amicitia*, en los que la autora observa dos pilares básicos que conforman las primeras relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas.

Es evidente que la gratuidad que caracteriza el mutuo romano se entiende si acudimos, desde el principio, al ámbito procesal; observando la naturaleza *stricti iuris* de la *condictio certa* por la que se puede únicamente pedir el *tantundem eiusdem generis*. Ahora bien, detrás de esta configuración formal de la figura contractual se esconden argumentos, no exclusivamente técnico-jurídicos, ni tampoco puramente económicos, sino, además, éticos o metajurídicos, acordes a la rígida moral romana. El sometimiento a estos valores superiores es predicable en una sociedad primitiva, cerrada, autárquica, de base puramente agrícola, con escaso desarrollo comercial, cuyas recíprocas prestaciones van íntimamente conectadas a los lazos de amistad o vecindad. De ahí que no sea extraño que la amistad, la confianza mutua o la fidelidad funcionen como contrapeso moral a la posibilidad real de exigir intereses en los primeros intercambios patrimoniales. Posteriormente, a medida que el tráfico jurídico se intensifica y se va volviendo cada vez más complejo, aumentará consecuentemente el volumen y la importancia de las relaciones de préstamo; lo que hará insuficiente una tutela social, basada únicamente en principios extrajurídicos, requiriendo, por el contrario, una protección jurídica a través de acciones concretas. Aún así, el sustrato ético es evidente en la gratuidad del mutuo romano, así como lo es en las demás figuras jurídico-reales, como el comodato —con el que, en los inicios, aparece confundido (págs. 70 y 95)— o el depósito. No obstante, aun cuando el mutuo hunde sus raíces en la *fides sacra*, su reconocimiento como *vinculum iuris* «no se encuentra ligado a la *actio fiduciae*, como ocurre, *sensu contrario*, en el comodato o en el depósito en virtud de la *fiducia cum amico*» (pág. 359). A este respecto, se analiza la posible relación entre el mutuo y la *fiducia* como fuente de *obligatio civilis* (págs. 97 a 103), para concluir con que ésta es posterior a la configuración del primero como *obligatio re contracta* y a su tutela jurídica por medio de la *legis actio per conductionem*. Por ello, la única función que cumpliría la *fiducia* —en concreto, la *fiducia cum creditore*— con respecto al *mutuum*, no sería otra que servir de garantía real de la *datio rei*; constituyendo, así, un medio jurídico eficaz para la ejecución de los primitivos préstamos. En definitiva, la entrega solemne de una cosa (*fiducia*) o la de una persona (*nexum*), acompañadas por el acuerdo —basado en la *fides*— del cumplimiento de la obligación, constituirán los ejes fundamentales sobre los que se apoya la ejecución de la primitiva *mutui datio*, todavía no individualizada como figura contractual propiamente dicha. Ejemplos de ambas formas de garantía aparecen indistintamente en las fuentes, por lo que la autora

sostiene la escasa relevancia de establecer su prioridad; en todo caso, plantea la hipótesis de que la *fiducia* fuera utilizada para garantizar el cumplimiento de los mutuos concedidos a deudores, más o menos acaudalados, mientras que la garantía personal o *nexum* constituiría el recurso de las personas sin bienes. Con respecto al empleo de este último como vehículo a través del cual se perfeccionan las relaciones jurídico-reales, se realiza un estudio exhaustivo del mismo (págs. 104-133), dada su trascendencia como primera manifestación del préstamo feneraticio, técnicamente factible, dada la abstracción que caracteriza la *nuncupatio*. El interés se acordaría, así, en el mismo *actum per aes et libram*, naturalmente, o sobre la base del *aes rude* o *signatum* y, posteriormente, con el *as librale* a través de la pesada simbólica. En esta línea se defiende la tesis de que nada obstaría para que el acreedor pudiera aumentar la deuda del *nexus* haciéndole trabajar más tiempo o, incluso, indefinidamente (pág. 107).

Cierra esta primera parte, un detallado análisis de la primitiva protección procesal de las originarias relaciones de préstamo (págs. 133-149); pues es, sin duda, en el ámbito procesal, donde mejor podemos observar la evolución jurídica experimentada por la *datio mutui*: desde la aplicación de la *manus iniectio* —como actividad de autosatisfacción, formalizada bajo el control de la comunidad— hasta la *legis actio per condictionem*, que sienta las bases de la futura *condictio* formularia, «creando un sistema procesal unificado para las reclamaciones crediticias, donde la figura del mutuo alcanza su pleno desarrollo como *vinculum iuris* autónomo» (pág. 149). Igualmente, observamos que la utilización de la *legis actio sacramento in personam* en los supuestos de mutuos informales (no formalizados, ni a través de *nexum*, ni a través de *sponsio*) evidencia un paso importante: el de una responsabilidad de tipo delictual (por asimilación del incumplimiento de la obligación de restituir el *tantundem* a un *furtum manifestum*) a una responsabilidad negocial.

Ya, la segunda parte en que se divide el libro («Problemática del préstamo con interés», págs. 153 a 219) se ocupa del examen de la figura del préstamo feneraticio o usurario; centrándose en la evolución histórica de la regulación normativa del tipo de interés, así como en otras cuestiones colaterales en las que se encuentran implicados supuestos relacionados con los excesos a la hora de exigir *usurae*. El fundamento de este capítulo se encuentra en el hecho de que, en la vida socioeconómica romana, desde los tiempos más remotos y en todos los estratos sociales, se practicaba la usura, como en cualquier sociedad antigua o moderna. Así, se abre el capítulo con un análisis comparativo de las diferentes regulaciones jurídicas del préstamo feneraticio en otros derechos de la Antigüedad anteriores al régimen jurídico romano.

Con respecto al *fenus* romano, SALAZAR REVUELTA observa como, en sus orígenes, no es posible soslayar la hipótesis sobre el uso que se hacía de las cosas naturales como medio para cobrar intereses, en base al cálculo de la prole y de los productos de los animales prestados. Así, considera muy probable que, ya a mitad del siglo V a.C., los intereses se exigieran *in natura* y, más tarde, a través del *aes signatum*, que portaba la efigie de un animal como símbolo de que el lingote lo había sustituido. Igualmente significativo resulta, como manifiesta la autora, el hecho de que el término *fenus* derive, etimológicamente, de *fetus*. Por consiguiente, entiende que no hay que esperar a la circulación de la *pecunia numerata* para observar la exigencia de los intereses en el ámbito del préstamo. De ahí que se decante por la prioridad histórica de las XII Tablas (450-449 a.C.) como manifestación primigenia de la regula-

ción normativa del tipo de interés —tal y como deduce del análisis de los testimonios literarios de TÁCITO (*Ann.* 6,16,2)— frente a otras posturas doctrinales (2) que la sitúan en la *lex Duilia Menenia de unciario fenore* (357 a.C.).

En concreto, la preocupación por la prohibición o la limitación del interés, a lo largo de la historia del Derecho romano, fue objeto —como muestra el contenido de este capítulo— de un gran desarrollo legislativo, que conforma el conjunto de las denominadas *leges fenebres*. No obstante, estos esfuerzos normativos no impidieron que la realidad social superase la realidad jurídica. La discordancia entre ambas se refleja claramente en el origen y en el ámbito de aplicación de la *lex Genucia*. La tradición considera que este plebiscito prohibía el préstamo con interés. Sin embargo, para SALAZAR REVUELTA es más probable que su función fuera la de introducir un nuevo límite al tipo de interés. Además, se apoya en la observación de que la realidad normativa posterior al plebiscito genucio demuestra que siguen existiendo limitaciones a los intereses. Prosigue, pues, el estudio de estas limitaciones con el análisis evolutivo del tipo de interés. A las razones que llevaron a establecer la ya conocida tasa clásica del 12 por 100, entre las que destaca la influencia de las prácticas provinciales, se añade el análisis de las excepciones a dicho tipo; especialmente la que tiene lugar en el ámbito negocial marítimo: el *foenus nauticum* o *pecunia traiectica*, donde la falta de limitación de los intereses (*usurae infinitae*) se entiende como contrapartida del *periculum creditoris*. Posteriormente se detiene la autora en el complejo análisis de las prohibiciones postclásicas, fuertemente influidas por el Cristianismo, sobre todo a partir de las consideraciones de la patrística, deteniéndose en la legislación constantiniana. Por último, se afrontan las razones que, en época justinianeana, llevan a la reducción de la tasa de *usurae* al 6 por 100, debidas, no sólo a factores de índole religiosa o a los requerimientos del principio del *favor debitoris*, sino también a motivos económicos y exigencias del mercado, como la disminución de la demanda de capital.

Consideración aparte merece el tema de la prohibición de las *usurae ultra o supra duplum*, así como de las *usurae usurarum* (págs. 199-213). La primera nace —y se observa nítidamente a principios del siglo III d.C.— a instancia de los gobernadores de provincias, tratando de frenar los abusos usureros de los que eran objeto los provinciales (3). La segunda se remonta ya a época preclásica, recibiendo un fuerte impulso, inicialmente, por parte de la jurisprudencia (Ulp. D. 12,6,26,1; Marc. D. 22,1,29; Mod. D. 42,1,27) y, posteriormente, gracias a la Cancillería imperial. Por su parte, Justiniano vendrá a reforzar esta prohibición, vetando, asimismo, toda posibilidad de capitalizar los intereses mediante novación. Termina esta parte central del libro con una serie de consideraciones sobre un particular instrumento jurídico de protección del deudor: la *depositio pecuniae in aede sacra* o *in loco publico*, como mecanismo jurídico dirigido a la paralización del decurso de los intereses, en clara consonancia con las prohibiciones anteriores y toda la legislación tendente a limitar el interés, así como las medidas dirigidas a reprimir penalmente los excesos usurarios (págs. 163-167) o a dulcificar las condenas y procedimientos de ejecución.

(2) Encabezadas por FRANCESCO DE MARTINO, *Historia económica de la Roma antigua* (trad. esp. de E. BENÍTEZ), Madrid, 1985, págs. 185 y sigs.

(3) PLUTARCO, *Luc.* 20,3.

Se inicia el tercer y último capítulo —bajo el título «Régimen jurídico de la *stipulatio usurarum*, la *obligatio litteris* y las *usurae ex pacto* como cauces jurídicos para eludir la gratuidad del *mutuum*» (págs. 223-354)— con un estudio detallado y profundo del único medio que tiene el acreedor de cobrar intereses a través de un préstamo de consumo, que no es otro que la *stipulatio usurarum*. La naturaleza *stricti iuris* de la *condictio* excluye toda posibilidad de canalizar la exigibilidad jurídica de los préstamos usurarios a través de la *actio* propia del mutuo. Además, los pactos *in continenti pro actore*, en los *iudicia stricta*, se tienen por nulos. Por consiguiente, el *Ius Civile* se encuentra con una laguna técnico-jurídica que resuelve el *praetor peregrinus* por medio de la figura de la *stipulatio*, que, por su carácter abstracto, se hace perfectamente adaptable a cualquier contenido jurídico, facilitando la inclusión de los intereses, así como la determinación del *dies* y el *locus solutionis*. Es de observar cómo a comienzos del Principado, el recurso a la *stipulatio* llegaría a ser muy frecuente, no sólo para exigir las *usurae* acordadas en la relación contractual de préstamo, sino también como medio para reclamar el capital junto con los intereses (*stipulatio sortis et usurarum*). En algunos casos, las fuentes jurídicas nos ponen de manifiesto la existencia de un *unus contractus*, sin embargo, no parecen coincidir con relación a su naturaleza. Esta falta de cohesión obedece, en opinión de la autora, a la superposición de los regímenes clásico y justiniano. Después de un análisis en profundidad de los textos al respecto, sostiene que las referencias, en los mismos, a una *obligatio re et verbis contracta* han de considerarse elaboración postclásica-justiniana, con las consecuencias que de ello se derivan, y que la autora examina con detenimiento para concluir con su posición personal en torno a la cuestión (págs. 273-277). Pero, además de estudiar la *stipulatio* con eficacia *ab substantiam*, se observa, en el mismo capítulo, cómo la obligación que implica la relación crediticia se puede hacer derivar de la escritura. En concreto, se aborda el papel de la *forma litteris* al servicio de los préstamos a interés (págs. 278-329).

En este sentido, la primera forma escrita que tiene en cuenta la autora, válida para hacer surgir la obligación derivada de un préstamo, es el negocio *litteris* por excelencia: La *expensilatio* (4). En este caso, bastaría con el *expensum ferre* de un mutuo ficticio o la *transcriptio* en el *codex* del acreedor de una cantidad, tenida por pesada y entregada. En este orden de ideas, dice la autora en las conclusiones: «nada obsta para pensar que el acreedor pudiera añadir intereses al montante del crédito, haciendo constar, en la columna de los *expensa* del libro de caja, la suma total resultante del importe de la deuda más los intereses. Nada más sencillo que escribir en los *expensa* —con el consentimiento del prestatario— una cantidad superior a la acordada. De ahí que no debamos excluir la posibilidad de que la *expensilatio* sirviera como instrumento jurídico para sortear la prohibición de prestar a una tasa superior a la legal» (pág. 373). El Digesto omite la *expensilatio* de la enumeración de los modos de contrata —contenida en D. 44,7,1,1 y D. 44,7,52—, aunque todavía existen vestigios de esta institución romana en las operaciones crediticias de los *argentarii*. No obstante, la autora se suma a la opinión doctrinal que más que pensar en una supresión de la categoría *litteris* realizada por los

(4) En la misma línea se hacen algunas referencias en torno a los *instrumenta* del crédito inmobiliario, concretamente a los *kalendaria* (págs. 301-305).

compiladores en las Pandectas, observa su omisión postclásica (5); ya que, de otro modo, no se explicaría la mención de la *obligatio litteris* en las *Instituta* de Justiniano (I. 3,13,2; 3,20; 3,21). En ellas, esta nueva forma de obligarse a través de la escritura se configura con unos rasgos muy característicos: era necesario declarar por escrito un *debere ex pecuniae numeratione* (o *ex rei datione*), sin que la *numeratio* (o la *datio rei*) se hubiera verificado y sin que existiera estipulación oral (o ésta fuera nula), una vez transcurrido el plazo de los dos años requeridos para impugnar el documento mediante *querella non numeratae pecuniae*, sin que ésta se hubiera interpuesto. A partir de este momento, el documento deviene inatacable y obliga a lo contenido en él. «Justiniano vendría así a reforzar el papel de la escritura cuando contra ella no se podía hacer valer la falta de causa» (pág. 376). También se analizan las dos formas *litteris* de incorporación de créditos, propias de los *peregrini*, tal y como expresa GAYO 3,134: el *chirographum* y la *syngrapha*. Del primero se destaca su valor fundamentalmente probatorio, como instrumento por el que se constata que el deudor ha recibido el dinero numerado. Dicho instrumento, como se advierte, será de gran utilidad durante la época clásica, ya que las normas del Bajo Imperio tienden a favorecer la prueba escrita. Con respecto a la *syngrapha* del análisis de los textos ciceronianos, la autora infiere su valor constitutivo en claro paralelismo con la idea de corte moderno del título de crédito. Se observa cómo los romanos hicieron un uso prolongado de las *syngraphae* en las provincias. Este uso está ampliamente justificado por la gran utilidad que suponían a los *feneratores* ya que, a través de esta vía, se podían documentar préstamos en los que se incluían intereses elevados, muy superiores, a veces, a los permitidos por el *Ius Civile*. Por ello, la autora presume que la finalidad de la *lex Gabinia*, del 67 a.C., fuera la de evitar los posibles abusos de los *feneratores* y que el edicto de Cicerón en Cilicia obligara, así, a los contratantes, a que observaran el tipo de interés fijado en dicho edicto (12 por 100).

Se cierra el tercer y último capítulo con el régimen jurídico de las llamadas *usurae ex pacto*. En este sentido, se constata la regla —contrapuesta al Derecho griego— por la que el interés incluido en un *pactum nudum* no resulta exigible sobre la base del principio recogido en *Pauli Sententiae* 2,14,1. La excepción a la regla se conecta necesariamente con la noción de «obligación natural». Así, en algunas fuentes (Ulp. D. 46,3,5,2; Pap. D. 46,3,95,4) nos encontramos que los efectos de un pacto de intereses alcanzan relevancia jurídica por medio de la *obligatio naturalis*.

Asimismo, se observa cómo la jurisprudencia clásica y la legislación imperial admiten, también por vía de excepción, la exigibilidad de intereses *ex nudo pacto* en una serie de supuestos muy característicos: en los préstamos a interés efectuados por las *civitates* o los *municipia* —dado que, en ellos, entra en juego el elemento publicístico—, en los préstamos garantizados por una prenda —a través de la *retentio pignorum*—, en el *foenus nauticum* y en los préstamos de cosas fungibles de naturaleza no pecuniaria (C. 4,32,11; C. 4,32,23), bien por influencia provincial, bien por circunstancias del mercado, como las fluctuaciones fortuitas o la devaluación de la moneda. En estas circunstancias no es de extrañar —como dice SALAZAR REVUELTA— que «los *feneratores* se apoyaran para pactar una cantidad mayor a la entregada real-

(5) Ver la bibliografía contenida en las notas 342 y 343 de la pág. 326.

mente, encubriendo, bajo la simple apariencia de un mutuo sin interés, un *fenus* especial, puesto que los intereses no vendrían exigidos por *stipulatio*, sino *ex pacto*» (pág. 378).

Finalmente, se hace una breve referencia a las *usurae ex pacto bonae fidei*, con la finalidad de observar y poder establecer las diferencias existentes con las *usurae ex pacto* en el ámbito de las relaciones contractuales protegidas por acciones *stricti iuris*, como es el caso del préstamo de consumo o mutuo. En general, se puede establecer una gran diferencia que reside en el hecho de que las acciones que se derivan de los *iudicia bonae fidei* —al contrario de las *stricti iuris*— permiten una cierta discrecionalidad al juez para entrar a valorar las circunstancias del caso; por lo que el deudor, en ocasiones, se vería obligado al pago de los intereses eventualmente pactados.

Entre las figuras estudiadas destaca, por su similitud sustancial, la del depósito irregular. Del estudio de las fuentes al respecto (especialmente D. 16,3,26,1 y D. 16,3,24), la autora observa la diferencia de opiniones jurisprudenciales, que unas veces consideran a esta figura especial de depósito como un *mutuum* y otras —interpoladas— otorgan el ejercicio de la *actio depositi* para exigir el cobro de los intereses pactados. Se completa el trabajo con unas extensas conclusiones finales y un índice de la bibliografía y de las fuentes analizadas (jurídicas, literarias, epigráficas y papirológicas). El índice general y el de abreviaturas empleadas se encuentran al principio del libro. Nuestra valoración no puede ser más positiva y auguramos un futuro prometededor a las investigaciones de Derecho Privado que salgan de la pluma de SALAZAR REVUELTA, si continúa en una línea como hasta ahora.

MANUEL J. PELÁEZ

BALLESTEROS GARRIDO, J. A.: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Editor: José María Bosch, Barcelona, 1999, 324 págs.

DOCTRINA DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ADHERENTE

I. INTRODUCCIÓN

La enorme influencia de las doctrinas alemanas sobre las condiciones generales de la contratación no nos puede hacer olvidar que existen otros puntos de vista para acercarse a los problemas que se plantean en el moderno Derecho contractual. El doctor BALLESTEROS nos acerca con su tesis a la doctrina jurisprudencial de las expectativas razonables del adherente, de origen norteamericano.

Uno de los aspectos más llamativos de su exposición, y que el autor considera como una de las conclusiones importantes de su trabajo es, en mi opinión, el que se refiere a la pérdida de sentido de la firma como signo expresivo de la existencia de una concreta declaración de voluntad, conclusión a la que llega a partir de la abrogación en los Estados Unidos de la «*parol evidence rule*» en sede de contratos por adhesión.

En opinión del autor, la práctica del comercio masificado y la firma maquina y irreflexiva por los consumidores de los formularios contractuales, llevan a la conclusión de que la firma del clausulado no puede equiparse al

consentimiento, de suerte que el formulario ya no es la única fuente de contenido contractual. Abundan en la conclusión el hecho de que los empresarios preparan para la firma por el consumidor clausulados de gran tamaño y de enorme dificultad de comprensión, por lo que aunque los adherentes los lean, difícilmente lograrán entenderlos. No es difícil comprender, en esa situación, que mal puede ser consentido aquello que no se conoció o que no pudo comprenderse.

II. REVISIÓN DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

Es sabido que la codificación se asienta sobre una concepción del Estado que priva a éste de penetrar en el interior del contrato a fin de realizar un control de su interna justicia, ya que el propio Estado se funda sobre el reconocimiento de un ámbito de libertad inviolable a los ciudadanos, del que el contrato es ejemplo destacado. Ello no quiere decir que el Estado liberal estuviera dando su protección a todo tipo de contratos, incluso aquellos de contenido injusto. Antes al contrario, el liberalismo parte de la justicia del contrato como elemento esencial del mismo, si bien su concepción individualista y su optimismo le llevan, según la conocida expresión de FOUILLÉ, «qui dit contratuel dit juste», a entender que el consentimiento libre de las partes es la mejor garantía de equilibrio y de justicia del contrato. De este modo, y por la vía de la exclusión de la rescisión por lesión, se llega a establecer una especie de presunción *iuris et de iure* de que el contrato libremente consentido es equilibrado. El egoísmo queda acreditado, de este modo, como la mejor garantía del interés individual.

Ese panorama, sin embargo, ha sido trastocado hasta la raíz con el desarrollo de la producción masiva y sus correspondientes procedimientos de distribución. El contrato por adhesión ha venido a consagrarse como la forma adecuada de la nueva forma de producción, y de modo reflejo se extiende, día a día, a nuevas parcelas del tráfico.

Al detenernos sobre la estructura del contrato por adhesión, el autor observa diversas circunstancias que van a alterar las viejas verdades del derecho contractual tradicional. El contrato ya no se funda en la libertad de partes iguales sino que, al contrario, existe una importante desigualdad económica entre los contratantes, que prácticamente priva a la parte débil de toda intervención en la determinación del contenido contractual. En el contrato por adhesión, el contenido de regulación de contrato viene redactado de manera previa y unilateral por el predisponente, de suerte que el adherente se limita a poner su firma al pie del clausulado. Es en estas circunstancias en las que el autor desarrolla su idea acerca del cambio de significado de la firma contractual, llegando a la conclusión de que la adhesión no implica consentimiento al formulario.

En estas condiciones, la voluntad individual de la parte débil ya no sirve para asegurar su interés, de modo que el predisponente se apresura a arrancar al adherente la firma al clausulado a fin de tener en su poder la prueba del cúmulo de obligaciones que asume el consumidor. De esa sencilla manera, el predisponente instrumentaliza la autonomía de la voluntad a su exclusivo servicio, ya que es a la sombra del principio de autonomía de la voluntad, acreditada por la firma al pie del clausulado, como el profesional exige sus obligaciones al adherente.

De coto de libertad individual a cubierto del Estado, el contrato se convierte en instrumento de dominación de los más fuertes. Esa situación es la que le lleva al autor a plantear la necesidad de una reformulación del Derecho contractual que asegure la justicia del contrato.

III. NATURALEZA DE LAS CONDICIONES GENERALES

En esa tarea de reformulación coincide el autor con una doctrina muy amplia que se ha interrogado sobre la naturaleza y el fundamento de vinculación de las condiciones generales de la contratación.

Frente a quienes afirmaban que la polémica había quedado superada en beneficio de las tesis contractualistas, sostiene el autor que el uso de medios inadecuados para realizar el control de las cláusulas abusivas, como la interpretación *contra proferentem* en funciones de control del contenido, o las insatisfactorias soluciones sistemáticas del legislador no son sino la expresión de que el problema de la naturaleza jurídica de las condiciones generales no ha sido resuelto satisfactoriamente.

Para demostrarlo realiza un amplio repaso de las distintas teorías que arranca de las teorías normativistas a las que considera insatisfactorias, ya que, en su opinión, se detienen en el hecho sociológico de la amplia vigencia de las condiciones generales, olvidando que el Derecho no debe detenerse ante los hechos y aceptarlos acríticamente, sino que sólo debe dar categoría de jurídico a lo que sea justo, desechando lo demás, por ello cree que no cabe atribuir valor normativo a la facultad reglamentaria de los empresarios en el contrato por adhesión, sino que es preciso detenerse en el cambio de significado de la firma del adherente, que ya no puede considerarse como requisito meramente formal que sirva de garantía al dominio unilateral del más fuerte en el contrato.

También da cuenta de las tesis contractualistas, tanto de las puras, como de las revisadas. Es en cuanto a éstas respecto de las que se detiene con particular atención para destacar la contradicción en la que incurren. En efecto, todas ellas parten de la consideración que la adhesión al contrato es consentimiento, que las condiciones generales son parte del contrato y que obligan en su condición de material contractual, y al mismo tiempo se dice que los controles, tanto formales como de contenido, específicos de los contratos por adhesión, se fundan en la falta de libertad del adherente, quien no puede intervenir en la determinación del contenido contractual. Es decir, afirman al tiempo la libertad y la falta de libertad del adherente.

IV. LA DOCTRINA DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ADHERENTE

El autor considera que la doctrina de las expectativas razonables del adherente da una respuesta mejor a los interrogantes planteados por las doctrinas contractualistas. Surge esta teoría en la doctrina y en la jurisprudencia norteamericana de los años sesenta y setenta, fundamentalmente con aplicación al sector de los seguros, pero con posterioridad se ha extendido a los demás contratos por adhesión, de modo que hoy viene a ser la doctrina general en materia de contratos por adhesión, en vías de admisión por el Uniform Contractual Code (UCC) norteamericano.

Asume dicha teoría el hecho de la falta de significado contractual de la firma del adherente en el formulario y la consecuente abrogación en el Derecho norteamericano de la «*parol evidence rule*», para entender que el contenido del acuerdo contractual no se ciñe al condicionado general, sino que debe estarse a las expectativas razonables del adherente surgidas de la apariencia objetivamente creada por el predisponente a través de los tratos previos, la publicidad, los acuerdos singulares y todas las demás circunstancias que intervienen en el contrato por adhesión. De ese modo las condiciones generales sólo se considerarán válidas en tanto que desarrollen los acuerdos singulares o concreten el derecho dispositivo, ya que las demás no vinculan al adherente, que no cuenta con ellas.

De ese modo la doctrina de las expectativas razonables se convierte en un super procedimiento de control, ya que sobre dicha doctrina vienen a confluir los resultados de las técnicas de interpretación, de interpretación integradora y de integración, pues el objeto que persigue la teoría no es la de excluir del contrato las cláusulas no consentidas sino que su objeto es el de establecer el alcance del acuerdo contractual a través de las expectativas razonables del adherente.

Llama la atención el hecho de que esta teoría conduce a la conclusión de que en caso de discrepancia entre expectativas razonables y condicionado general prevalecerán las primeras sobre la condición general contraria aunque ésta sea más favorable. Ello se funda en la propia lógica de la teoría, ya que mientras que las expectativas razonables forman parte del acuerdo contractual, las estipulaciones impresas en el formulario no tienen garantizada su condición de contenido contractual por razón de la derogación de la «*parol evidence rule*». Sin embargo, no deja de llamar la atención el que el predisponente quede obligado en contra de su propia oferta manifestada a través del clausulado.

La doctrina de las expectativas razonables aparece como una renovación de las teorías que se fundan en el control del consentimiento de las condiciones generales pero sobre la base de un adherente omnisciente, capaz de formarse expectativas sobre los más intrincados problemas jurídicos y sobre los mínimos detalles de cualquier contrato, sea típico o atípico. En todo caso se presenta como una alternativa completa al sistema de control de las condiciones generales en el derecho continental, sosteniendo la validez de las condiciones generales cuando hayan pasado a formar parte de las expectativas razonables del adherente.

Un aspecto sobre el que la citada doctrina, en su dimensión de control del consentimiento insiste, es en el de la necesidad de que el predisponente informe al adherente, al margen de los requisitos de inclusión, de manera clara, sencilla y efectiva, de las estipulaciones que se aparten del derecho dispositivo o de las que supongan una novedad que se aparte de su anterior modo de contratar a fin de evitar sorpresas en el adherente que pudieran privar de eficacia a la cláusula. En este planteamiento la doctrina coincide sustancialmente con la de las cláusulas sorprendentes del derecho alemán, si bien, como hemos visto, el autor propone ir más allá de los requisitos de inclusión del derecho continental europeo para establecer un específico deber de información del predisponente que desvanezca el efecto sorpresa en las cláusulas innovadoras o que se aparten del derecho dispositivo citadas.

Esta función de información al adherente se estima por el autor como de gran importancia. Al respecto señala el hecho de que el legislador español, des-

confiando de la eficacia de una obligación expresa de información impuesta a los predisponentes, que no existe en nuestro ordenamiento, pretende suplir los déficits de información del adherente debidos a la reticencia informativa del profesional, a través de instituciones de nuevo cuño como el Registro de Condiciones Generales, o a través de las nuevas obligaciones de información que impone a los profesionales oficiales el artículo 23 de la LCGC, si bien se muestra escéptico sobre la efectividad de las mismas, dado el limitado espectro de la contratación en la que intervienen estos profesionales jurídicos, la relación de clientelismo de notarios y predisponentes, y que la intervención de notarios y registradores de la propiedad se realiza después de que el adherente se ha decidido a contratar, por lo que tal intervención no puede tener ningún papel en la prestación del consentimiento, vía sobre la que incide específicamente la doctrina de las expectativas razonables del adherente. No obstante, esta intervención *a posteriori*, no debe desdenarse, ya que la existencia de medios eficaces para expulsar las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión es el objetivo central de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, para lo que el Plan de acción sobre política de los consumidores 1999-2001, propone dar una voz más potente a los consumidores europeos. Tal voz no puede levantarse sin el apoyo de organismos públicos como los citados, con la ayuda de procedimientos sencillos para pequeñas cuantías, e incluso con el recurso a figuras como el *Ombusmand* de los consumidores de los países escandinavos o la Dirección General de Buenas Prácticas Comerciales inglesa.

Las dificultades mayores de la doctrina que estudiamos se encuentran en el control del contenido del contrato por adhesión. El autor establece un nuevo enfoque en cómo considerar integrado el contrato por adhesión sobre la base de las expectativas razonables del adherente. Ahora bien, en cuanto al modo en que esta doctrina expulsa del contrato las cláusulas abusivas, algunos autores norteamericanos acuden directamente a la doctrina de la «unconscionability» para obtener ese resultado dejando de lado las expectativas razonables. Sin embargo, BALLESTEROS considera que esa expulsión es una función que compete también a las expectativas razonables del adherente, y ello sobre la base de la buena fe entendida como norma ética que impide al predisponente introducir en el contrato un clausulado desequilibrado.

V. EL ENCAJE DE LA TEORÍA EN ESPAÑA

A juicio del autor, el hecho de que la doctrina expuesta provenga de una tradición jurídica diversa a la del Derecho continental, no debe ser obstáculo para que el Derecho español pueda incorporar este enfoque, máxime cuando el propio artículo 9 de la AGBG alemana responde, a juicio del autor, a la doctrina de las expectativas razonables. Esta opinión se encuentra en sintonía con las propuestas nacidas en el seno de la UE para construir puentes entre el Derecho continental y el «Common Law», a fin de avanzar hacia la formulación de los principios comunes sobre los que se pueda fundar un Derecho contractual europeo.

Ejemplos de esa incorporación los hallamos también en la propia Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en su artículo 4.1, y en su correlato en el artículo 10 bis 1.IV de la LGDCU, así como en el artículo 8 de la última, en cuanto se refiere a la integración del contrato por adhesión con el contenido de la publicidad, oferta y promoción de los productos y servicios.

Pero la norma europea que, a juicio del autor, expresa con más precisión la doctrina de las expectativas razonables del adherente es el Decreto-lei portugués 446/85, de 25 de octubre, sobre «cláusulas contratuais gerais», si bien, las previsiones del país vecino deberían completarse con una regla que impusiese al predisponente la redacción del clausulado de modo claro, sencillo y concreto.

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ

TALMA CHARLES, JAVIER: *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 675 págs.

Una de las figuras que más literatura y mayores discusiones ha provocado entre los hipotecaristas es, sin duda, la anotación preventiva, lo que se comprende no sólo por la poca claridad de los preceptos que la regulan, sino también porque de las soluciones que se adopten depende la efectividad de los derechos que de ella dependen. Además, en realidad no se puede construir fácilmente una doctrina aplicable en general a las varias clases de anotaciones posibles, sino que más bien hay un abanico de reglas predicables en particular a cada una de las distintas anotaciones.

En lo que se refiere a la de embargo, objeto de este libro que comentamos, se usa tanto como medida cautelar como para ganar una prioridad respecto a otros derechos como privilegio en la ejecución del crédito que se protege. Hasta ahí todo está más o menos claro, pero las dificultades empiezan a la hora de determinar la preferencia o la prelación de los posibles derechos en concurso. Este tema lo abordó magistralmente el que fuera Registrador, JUAN MANUEL REY PORTOLÉS, en una memorable conferencia en el Colegio de Registradores, y ahora lo trata en extenso el profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria, JAVIER TALMA CHARLES, quien redactó el trabajo para optar a la plaza de Titular de la Universidad citada. Ha obtenido la plaza mercedadamente, pues su tarea ha sido concienzuda, consiguiendo un trabajo completo, no sólo en el aspecto teórico, que lo es, sino también en el sentido práctico, al examinar con detalle hasta diez posibles casos de coexistencia de créditos y anotaciones de distintas categorías y fechas que pueden presentarse. Aunque confiesa y agradece la colaboración del Registrador ANTONIO TORNEL, el esfuerzo central ha sido del autor y su mérito es mayor en cuanto se ha «atrevido» a entrar en esta tupida selva hipotecaria que a tantos causa respeto. Como dice en el prólogo el profesor LUNA SERRANO, se aborda un tema particularmente difícil, de construcción compleja y de exposición necesariamente comedida y equilibrada, cuyo propio título ya sugiere y anuncia estas características del trabajo.

El libro se compone de dieciocho capítulos, en los cuales se intercalan los casos en su lugar oportuno, tales como se dan en la práctica, los cuales suscitan problemas en su aplicación cuando hay concurrencia de derechos no compatibles con lo que, como hemos dicho, se combinan doctrina y pragmatismo con el natural añadido de la jurisprudencia en la dosis precisa para obtener un buen resultado en la exposición.

Se inicia la obra con el concepto de la anotación en general y del embargo como primera fase de un proceso de ejecución singular pecuniaria, para pasar

después al examen de las distintas y sucesivas redacciones de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, para señalarnos cuáles son las fuentes normativas actuales de la anotación preventiva de embargo. En especial se hace una consideración crítica de los apartados 2.º y 3.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria que, como bien dice el autor, podrían haberse agrupado en uno sólo.

En el capítulo 3 se presentan los antecedentes históricos de esta figura, desde la hipoteca judicial a los asientos en los oficios de las Contadurías de Hipotecas. Y ya en el capítulo 4.º se analiza el fundamento del embargo que radica en su función asegurativa, cautelar o conservativa, ya que su esencia consiste en la sujeción, vinculación o afectación de bienes concretos a la satisfacción de una determinada deuda. Si se basa en el Registro es porque la publicidad de éste y el principio de prioridad permiten que la anotación preventiva de embargo, en el plano sustantivo, refuerce la garantía que supone el principio de la responsabilidad patrimonial-universal del artículo 1.911 del Código Civil, y en el plano procesal asegure la efectividad tanto del crédito como del proceso.

En los capítulos 5, 6 y 7 se contemplan las doctrinas que basan la naturaleza jurídica del embargo en conceptos propios del Derecho sustantivo, a diferencia de quienes centran el debate en el campo procesal y, a seguido, se analizan los caracteres de la anotación preventiva en general y especialmente los de la anotación de embargo.

Los elementos de la anotación se examinan en los capítulos 8 a 10. En cuanto a los personales, se contemplan el órgano judicial o administrativo que pueden ordenarlas, el anotante, el anotado, los titulares afectados y el Registrador que practica el asiento. El objeto de la anotación es su elemento real y en cuanto a los elementos formales se examinan los requisitos documentales y registrales precisos para que el embargo se refleje en el folio correspondiente.

La anotación es un asiento temporal y por ello tiene decisiva importancia su duración al proteger derechos de vida limitada. Su vigencia caduca al cumplirse el plazo y por ello debe determinarse con firmeza tanto el día inicial como el final, tal como se verifica detalladamente en el libro.

Cuales sean los efectos de la anotación preventiva en general y concretamente los de la anotación de embargo es cuestión no sólo teórica, sino también de rotundas consecuencias prácticas; aunque la anotación en sí no altere la naturaleza jurídica del derecho anotado ni impida el poder de disposición sobre tal derecho, como se deduce claramente del artículo 71 de la Ley Hipotecaria. Estos puntos los desarrolla el autor en los capítulos 12 y 13.

En los capítulos 14 a 17 se estudia la posibilidad de aplicar a las anotaciones preventivas algunos de los clásicos principios hipotecarios, en concreto la legitimación registral y la fe pública, aunque el principio que mayores problemas suscita en la práctica es el de la prioridad. En este último punto, el autor se lanza abiertamente a poner en claro los distintos supuestos que pueden presentarse y que trata de solucionar tomando como base unos criterios fundamentales que a su juicio deberán tenerse en cuenta.

Al efecto contempla hasta diez casos distintos que expone ampliamente: En el primer caso, el embargo no se anota, por lo que es inoponible. En el segundo supuesto, el deudor transmite su derecho a favor de un tercero que inscribe su adquisición; aquí está la tercería registral del artículo 38-3.º de la Ley Hipotecaria. El tercer caso posible es la existencia de una hipoteca con anotación posterior de un embargo sobre el mismo derecho. En el cuarto caso se contempla la ineficacia de un derecho inscrito a nombre del deudor sobre

el que posteriormente recae una anotación preventiva de embargo. El quinto caso es el de un título rezagado que accede al Registro después de la anotación de embargo que presenta graves problemas sobre su prioridad, que el autor contempla amplia y detalladamente, analizando las distintas tesis propuestas. En el capítulo 17 se estudian otros supuestos de colisión con la anotación de embargo. En el sexto caso hay un título anterior sin inscribir y una anotación posterior, aunque el tercer poseedor rezagado no hace valer su derecho en el orden jurisdiccional. En el séptimo caso ya se ha llegado a la venta en pública subasta. Ya el octavo caso es más claro, hay anotación y título contradictorio posterior, por lo que prevalece la anotación. En los casos noveno y décimo hay créditos simultáneos o del mismo rango o coexisten varias anotaciones de embargo.

Tras estos detallados supuestos, en el capítulo 18 se estudian las causas de extinción del asiento de anotación preventiva, en especial la motivada por la caducidad o por la conversión de la anotación en inscripción, con análisis de la correspondiente cancelación en los casos procedentes, sobre todo cuando esta cancelación se deriva del proceso de ejecución correspondiente.

Como final de este interesantísimo libro se recogen en dos índices la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General sobre la materia.

El trabajo es minucioso, detallado y valiente. Meterse en el avispero de la prioridad de las anotaciones, según los distintos casos, supone un arrojito no despreciable, dada la confusión a que puede dar lugar, por lo que, aun contando con la colaboración de un Registrador, la obra llevada a cabo por el autor adquiere la indudable categoría de meritoria.

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

MIQUEL CALATAYUD, JOSÉ ANTONIO: *El documento extranjero ante el Registro de la Propiedad*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 243 págs.

El aluvión de adquisiciones de bienes en España por personas extranjeras es un hecho tan patente que no es preciso esforzarse mucho para considerarlo importante y digno de toda atención. Por eso es oportuno el estudio de las cuestiones que originan las varias normas que puedan concurrir en los supuestos de distinta nacionalidad de los contratantes, dada la posible variedad de legislaciones aplicables a la capacidad, al fondo de los negocios y a la forma documental en que éstos se manifiestan.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, Registrador de la Propiedad ejerciente en una zona costera de Cataluña proclive al turismo, es un especialista en este tema de las inversiones extranjeras, sobre el que ha publicado varios libros y trabajos. Aquí nos muestra, una vez más, su maestría indudable sobre el particular en este libro en el que hace un completo comentario de los artículos 8.1, 10.1 y 11 del Código Civil y el 4 de la Ley Hipotecaria, en los que se regulan básicamente las cuestiones que pueden presentarse a la hora de la toma de razón en nuestros Registros de los documentos notariales otorgados en el extranjero.

El libro se inicia con una teoría general introductoria del Derecho Internacional Privado o Derecho Conflictual, como lo llama el autor, diciéndonos

que es el dispositivo solutor básico de los conflictos normativos especiales que se materializa en la optimización de las figuras de la norma de conflicto como eje del fenómeno localizador de la sede de la relación jurídica de tráfico externo, concreción sedentaria, sigue diciendo, de la que se infiere toda aquella serie de corolarios que constituyen lo básico del Derecho de colisión moderno.

Para llegar al concepto del Derecho conflictual hace un extenso análisis de sus funciones alternativas y su relevancia en su sede del elemento extranjero, señalando que se caracteriza por su alto grado de generalidad, lo que llama su mecanicismo aplicativo, su carencia de axiología sustancialista y, por último, su carácter de regla de reconocimiento.

Tras este preámbulo doctrinal, en el que hemos respetado la propia terminología que emplea el autor, éste entra en el análisis de los preceptos legales concretos que se han citado antes, empezando por el número 1 del artículo 8 del Código Civil que, como es sabido, prescribe que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español. Este precepto supone un significado global de entronización del principio de territorialidad que tiene su razón de ser en la idea de que estas leyes son de aplicación directa a todos los que habiten en nuestro territorio aunque sean extranjeros. Por ello, nos señala MIGUEL que es evidente que por su localización sistemática y su concreto significado este precepto tiene un indiscutible carácter conflictual, es decir, de regla, que teniendo en cuenta la relación de tráfico externo de que se trata, remite a la consiguiente norma material que será, en definitiva, la competente para la ulterior regulación sobre el fondo.

El número 1 del artículo 10 del Código ya es una norma más concreta, referida a los derechos reales al decir que la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen y que la misma ley será aplicable a los bienes muebles. El autor hace notar la gran generalidad del supuesto de hecho de esta norma conflictual que afecta a toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles. Se da, por tanto, hegemonía a la ley territorial, ya que rige para todos los bienes que se encuentren situados en el suelo español, cualquiera que sea la nacionalidad de su propietario. Esta norma de la *lex rei sitae* debe extenderse a todo el bloque de reglas de nuestro ordenamiento que sienten los principios de base del régimen jurídico inmobiliario.

La parte más amplia y que constituye el núcleo principal del libro se refiere a la forma de los actos que puedan tener acceso al Registro de la Propiedad y que se regula detalladamente en el artículo 11 del Código Civil. En su apartado 1.º se sienta como regla inicial que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos, se regirán por las leyes del país en que se otorguen, aunque a seguido hace unas especificaciones que no vamos a reproducir, cuando nuestros lectores las conocen y pueden verse en el texto completo del precepto legal.

El autor hace un detallado estudio de todos esos supuestos del artículo, al que considera uno de los preceptos más importantes del moderno Derecho conflictual español en su calidad de adjetivador del denominado estatuto formal, cuyo elemento internacional aparece representado por el hecho de que la forma de los actos jurídicos resulta conectado con un ordenamiento extranjero. Se hace un análisis pormenorizado de los tres apartados de este artículo 11 y, a continuación, se relacionan con el Convenio de Roma, de 19 de

junio de 1960, sobre obligaciones contractuales, y el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre el conflicto de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, todo ello con miras a las relaciones con el Registro de la Propiedad.

Aquí el autor da entrada al artículo 4 de la Ley Hipotecaria, que permite la inscripción de los títulos otorgados en país extranjero que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y para ello, previa una breve alusión a los antecedentes, detalla la regulación existente a partir de la vigencia del Real Decreto 664/1919, de 23 de abril, de Inversiones Exteriores, donde se consagra la idea favorable al reconocimiento de la posibilidad de toma de razón en el Registro de los documentos públicos extranjeros como realidad usual y no sólo excepcional, aunque, lógicamente, su iter debe ser consecuencia de una cuidadosa metodología que el autor detalla, señalando los supuestos en los que puede encontrarse el Registrador a la hora de calificar los documentos.

Bien claro está el motivo por el que consideramos que este libro es de gran utilidad para los profesionales que tienen como función ineludible la facultad-obligación de calificar para que sólo accedan al Registro aquellos actos otorgados en país extranjero que tendrán fuerza en España si tienen los requisitos ordenados por las leyes, tal como se manda en el citado artículo 4 de la Ley Hipotecaria. Aquí pueden aclarar sus dudas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

RIVAS TORRALBA, RAFAEL: *Aspectos registrales del nuevo proceso de ejecución.*

Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 264 págs.

Hasta ahora era opinión bastante común entre los autores decir que el Derecho Hipotecario se caracteriza por una notable estabilidad, en cuanto que sus normas, aunque con algunos retoques, gozaban de una permanencia apreciable en concordancia con la básica regulación de los derechos reales sobre inmuebles. La propiedad, dígase lo que se diga, es un derecho casi inmutable a través de los tiempos, y algo parecido ocurre con la hipoteca o el usufructo o demás derechos de carácter real. Y si estos derechos recaen sobre inmuebles, o sea, los que no se mueven, lo suyo es que la normativa debe ser más bien poco mudable.

Hasta aquí, todo normal. Pero en esta época de mutaciones rápidas, la riada legislativa que nos caracteriza ni siquiera respeta a esas relaciones tradicionalmente estables que nos parecían ungidas con el óleo de la intocabilidad. En este caso, la invasión nos ha venido desde fuera; aquí tenemos la intromisión que ha protagonizado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil bajo pretexto de que se quiere regular en ella todo lo que tenga tinte procesal. Y si faltaba poco, ahí está la ley llamada «de acompañamiento» de la de Presupuestos, última que hace una entrada inmisericorde en la facultad de calificar y en otros varios puntos no menos esenciales. Para completar el panorama, no dejemos aparte las conocidas sentencias que han declarado nulos un montón de artículos del Reglamento Hipotecario, creando una dudosa situación al no aclararnos si reviven los antiguos preceptos, como parece lógico, o se produce un vacío normativo poco edificante.

Pero... *dura lex, sed lex*, que nos dijeron los maestros romanos, y aquí estamos para cumplirla, dejándonos de lamentaciones que nada arreglarían.

El libro que comentamos se dedica a presentarnos lo que ha introducido en el campo de la ejecución la nueva Ley Procesal, y tiene como autor a nuestro compañero RAFAEL RIVAS TORRALBA, Registrador de la Propiedad de Murcia, bien conocido por los lectores, no sólo porque su autorizada firma aparece con frecuencia en nuestras páginas, sino también por los varios libros que lleva escritos y que acreditan su altura científica y su capacidad de trabajo.

Como nos dice el autor, la obra no pretende hacer un comentario crítico de las disposiciones contenidas en el libro III de la nueva Ley de Enjuiciamiento, sino que tiene como objeto, más limitado, pero sin duda de mayor utilidad, examinar las normas incluidas en los títulos III y IV de dicho libro que se relacionan o hacen referencia a los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles. A tal efecto, el autor distingue, siguiendo la propia regulación legal, la ejecución ordinaria, desde el embargo hasta el remate, y la ejecución propia de la hipoteca, donde se ha hecho un traslado a las nuevas normas, con pocas modificaciones en verdad, de lo que antes se disponía en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Se hace una exposición detallada de cada uno de los preceptos concretos que regulan estas ejecuciones; ante la falta de comentarios o decisiones actuales referidas a las nuevas normas, el autor no duda en acudir, cuando el supuesto lo admite, a citar criterios doctrinales o jurisprudenciales emanados en tiempos de la regulación anterior. Ello se justifica por las evidentes similitudes que la nueva normativa guarda con la derogada en numerosos puntos, lo cual es patente. Por mucho que se haya querido cambiar, lo esencial permanece.

Así se puede ver, y entramos en la primera parte del libro, en la regulación del embargo de bienes inmuebles en la nueva Ley. Nos dice RIVAS que aunque puede resultar más completa y mejor perfilada que la anterior, no altera de forma significativa la situación hasta ahora existente, pues en la mayoría de los supuestos se sancionan soluciones que habían sido consagradas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo o basadas en los criterios manifestados en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y aceptadas por la mayoría de la doctrina.

Siguiendo el orden del procedimiento en la ejecución ordinaria, el libro detalla las etapas del embargo, la anotación preventiva con sus variedades, notificaciones y efectos, remate, inscripción de la adquisición, cancelación de cargas posteriores y destino del sobrante como puntos destacados en los que interviene el Registro.

En cuanto a la ejecución hipotecaria, que ocupa la segunda parte del libro, se recoge la nueva normativa de la Ley de Enjuiciamiento que, según dice en su Exposición de Motivos, regula de manera unitaria la ejecución de créditos con garantía real, con el propósito de eliminar la multiplicidad de regulaciones que existían. Se da una nueva redacción a los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria y se derogan los artículos 41 y 42 de la Ley de Hipoteca Naval y los artículos 82 a 85, 92 y 93 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria. En realidad, como hace notar RIVAS, el nuevo procedimiento que se introduce en la Ley Procesal es similar al que se contenía en el anterior artículo 131 de la Ley Hipotecaria, pues se recogen la mayoría de sus reglas y son muy pequeñas las diferencias que se introducen, sin entrañar cambios de importancia.

A seguido, el libro nos detalla estas reglas de procedimiento, resaltando las actuaciones relacionadas con el Registro, especialmente la certificación de dominio y cargas, la subasta, la inscripción de la adjudicación y también la cancelación de cargas posteriores. Se destaca en especial el nuevo apartado 12 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que sanciona la posibilidad de hipotecar el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial, lo que puede representar un útil instrumento de financiación para el adjudicatario que tuviera dificultades para pagar al contado el precio del remate.

El reformado artículo 129 permite de nuevo el procedimiento de ejecución extrajudicial, corrigiendo el entuerto de aquellas equivocadas sentencias que lo habían declarado nada menos que inconstitucional. Además de explicar los trámites de este procedimiento, se recoge en el libro la ejecución del crédito hipotecario por la vía procesal ordinaria, así como la ejecución de la hipoteca naval y la mobiliaria, con referencia también al procedimiento especial establecido en la Ley de Ventas a Plazos.

En resumen, un estudio completo mediante el cual el autor ha conseguido cumplidamente su propósito de ofrecer un instrumento muy útil para la práctica diaria, aportando un auténtico consultorio de urgencia que permitirá a los profesionales un efectivo contacto con los problemas y que puede servir además de orientación si lo que se pretende es la consulta de estudios más profundos.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CARRASCO PERERA, ANGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, y MARÍN LÓPEZ, MANUEL
JESÚS: *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002. 1087 págs.

Partiendo del concepto de garantía como derecho derivado de contrato, mediante el cual el acreedor refuerza las posibilidades de satisfacción de su crédito en el caso de incumplimiento del deudor, los autores exponen un estudio exhaustivo de la fianza, la hipoteca y las garantías reales mobiliarias.

El libro se divide en cuatro partes, dedicadas a las garantías personales (págs. 65 a 446), a la hipoteca (págs. 447 a 723), a las garantías mobiliarias (págs. 725 a 1054), y a la transmisión de la propiedad en garantía (págs. 1055 a 1070).

La primera parte consta de trece capítulos: la configuración jurídica de la fianza, la constitución de la fianza, la extensión objetiva de la fianza, la relación jurídica entre acreedor y fiador, el régimen procesal de la fianza, las relaciones entre deudor y fiador, la cofianza y la subfianza, las cartas de patrocinio, las garantías a primer requerimiento, la declaración cambiaria de aval, las relaciones jurídicas derivadas del aval, el seguro de caución.

La segunda parte consta de ocho capítulos: la constitución de la hipoteca, el objeto de la hipoteca, las obligaciones asegurables con hipoteca, la hipoteca global y la hipoteca de garantía de la obligación de intereses, la transmisión y el gravamen del derecho de hipoteca, la transmisión de bienes hipotecarios, el régimen concurrencial y la cancelación de la hipoteca, el vencimiento y la ejecución de la hipoteca.

La tercera parte consta de diez capítulos: la constitución de la hipoteca mobiliaria, el régimen jurídico y la extensión objetiva de la hipoteca mobilia-

ria, la hipoteca naval, la constitución y el objeto de la prenda posesoria, el contenido y la realización del derecho de prenda posesoria, la prenda de créditos, la prenda de valores y de derechos incorporales, la prenda sin desplazamiento de la posesión, la reserva de dominio sobre bienes muebles, el arrendamiento financiero.

La cuarta parte consta de un solo capítulo.

Los trece primeros capítulos (garantías personales) y los capítulos 27 a 29 (prenda de créditos, prenda de valores y de derechos incorporales, prenda sin desplazamiento de la posesión) han sido redactados por el director y coordinador de la obra, ANGEL CARRASCO PERERA, Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha); los capítulos 14 a 26 (toda la hipoteca, la hipoteca mobiliaria, hipoteca naval, constitución y objeto de la prenda posesoria, contenido y realización del derecho de prenda posesoria), por ENCARNA CORDERO LOBATO; los capítulos 30 a 32 (reserva de dominio, arrendamiento financiero, propiedad en garantía), por MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, ambos profesores titulares de Derecho Civil en la misma Facultad.

A pesar de esta distribución de los capítulos entre los autores de la obra, tanto la estructura como el contenido y la redacción de la misma es totalmente armoniosa. Como nos indica el profesor CARRASCO PERERA en el prólogo, no se trata de una mera encuadernación conjunta de diversos capítulos redactados independientemente por cada autor. La labor de dirección y de coordinación resulta patente: es obvio que la misma ha tenido que ser real e intensa, hasta el punto —se nos dice así en el prólogo— que en ocasiones la redacción final es fruto de un previo debate conjunto de los autores. Esa armonía es manifiestamente apreciable a lo largo de las páginas de cualquiera de las partes o capítulos del libro. Se trata, propiamente, de una obra colectiva y no de varias obras publicadas conjuntamente, como frecuentemente ocurre en los trabajos jurídicos elaborados por una pluralidad de autores.

La oportunidad de la obra es evidente: es perceptible de inmediato en su propio título. Hasta el punto de que cabe preguntarse cómo es que hasta ahora nadie ha tenido la ocurrencia de adoptar una visión integradora de esta materia, que ciertamente responde a una necesidad de primer orden en el tráfico económico y jurídico. Así lo viven, día a día, los juristas implicados de algún modo en el mismo: hablar de obligaciones, de crédito o deuda, resulta en la práctica inseparable de abordar el tema de su garantía en la mayoría de los casos con alguna relevancia económica. Sin embargo, nadie había acometido semejante empresa. Ahí radica, una vez más, el mérito y la relevancia para la doctrina del profesor CARRASCO PERERA: percibir en su justa configuración los temas importantes y tener la capacidad, junto con sus discípulos, de estudiarlos con un elevado nivel de solvencia.

Ese nivel de solvencia permite, en este caso, añadir a la oportunidad de la obra su excelencia y utilidad para cualquier jurista, tanto los que pretenden introducirse en la materia como aquéllos que sean expertos en ella, tanto los estudiosos como los profesionales del Derecho. Y es que se trata de una obra de enorme solidez por su extensión, por su coherencia, por su rigor argumental.

El planteamiento de los diversos temas, así como la argumentación desarrollada, siempre con el firme propósito de dar soluciones válidas, debidamente contrastadas —aunque, obviamente, puedan discutirse— en todos aquellos problemas reales que un jurista pueda encontrar, dan como resultado un

libro de una extraordinaria densidad, en el que se ha rehuido cualquier información, debate o razonamiento que no esté encaminado a proporcionar tales soluciones: tanto a temas centrales como al más pequeño detalle que en orden a la configuración y alcance de un derecho o facultad, a la redacción de un contrato, al ejercicio de una acción procesal, a cualquier actuación ante los Tribunales, ...pueda suscitar dudas. Ello ha dado como fruto una obra clara, concisa a pesar de su extensión, rigurosa, y sobre todo útil. Sin que el concepto de utilidad haya supuesto prescindir del aparato doctrinal (de los autores, de los Tribunales, de la Dirección General de los Registros y del Notariado) y legislativo adecuado, incluso exhaustivo, pero introducido únicamente al servicio del discurso argumental; sin que el concepto de utilidad suponga superficialidad en el razonamiento jurídico.

Ese rechazo consciente de la especulación jurídica es la razón por la que se renuncia a un tratamiento inicial generalista del concepto de garantía, desde el momento en que los autores tienen la firme convicción de que el mismo carece de toda significación para solucionar problemas jurídicos.

Esa pretensión de presentar ordenadamente un amplio número de problemas jurídicos y soluciones de los mismos sobre las garantías de las obligaciones queda explicitada en la concreción de los epígrafes del índice sistemático, que ocupa casi cincuenta páginas. Lo que justifica la imposibilidad de entrar a comentar el contenido del libro en una reseña del mismo, que por ende no puede ser sino una mera presentación a sus lectores potenciales. Es uno de los pocos casos en el que un índice sistemático es tan minucioso que permite no echar de menos la existencia de un índice analítico, a pesar de la extensión del libro. No es necesario desde el momento en que el propio índice sistemático permite encontrar rápidamente el tema que se pretenda localizar. Ello es especialmente importante en un libro que, por sus características, está destinado a ser objeto continuo de consultas.

Un ejemplo del esfuerzo por abordar hasta el último detalle lo encontramos en el tratamiento que se dedica en las páginas 217 a 223 al ejercicio procesal del beneficio de excusión. Un ejemplo de las consecuencias prácticas derivadas de la claridad conceptual que impone distinguir entre crédito e hipoteca en el supuesto del artículo 140 LH, lo encontramos en el estudio del mismo de las páginas 562 a 564. Finalmente, un tercer ejemplo del rigor con el que se mantienen tesis polémicas lo encontramos en los argumentos que se esgrimen en las páginas 1012 a 1015 para mantener que la reserva de dominio es un derecho real de garantía. Se trata de tres muestras arbitrarias, elegidas al azar. Podrían citarse multitud de otros ejemplos, puesto que no hay página del libro carente de aprovechamiento.

Una vez más cabe felicitar al profesor CARRASCO y a sus discípulos por haber culminado una obra que, sin duda, constituye un hito para nuestra doctrina jurídica. La aspiración explicitada en el prólogo de publicar un libro que constituya una referencia universal para el derecho de garantías queda plenamente cumplimentada.

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

CERDÁ GIMENO, JOSÉ: *Artículos 66 a 86 (Ibiza y Formentera) del libro III de la compilación de Derecho Civil de Baleares*. Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por el profesor Albadalejo. Tomo XXXI.

Volumen 2.º A con 1.459 páginas, y volumen 2.º B con 1.278 páginas. Revista de Derecho Privado. Madrid, 2002. 2.º edición.

Estamos ante una segunda edición, por supuesto revisada y, sobre todo, muy ampliada de esta obra cuya primera redacción apareció en 1981 en un tomo de 620 páginas, cuando ahora ha necesitado dos tomos con nada menos que 2.737 páginas. Eso quiere decir que se ha pasado del comentario de los 21 artículos que la Compilación de Baleares dedica a las especialidades de las Islas Pitiusas, a un amplísimo estudio de sus figuras típicas, pero ahora relacionándolas con las instituciones básicas del Derecho Civil.

Se trata, pues, de un ambicioso estudio que recoge las modernas construcciones doctrinales de los más autorizados tratadistas del Derecho Privado para aplicarlas a las especialidades existentes en Ibiza y Formentera.

El autor es JOSÉ CERDÁ GIMENO, que ha sido durante muchos años Notario de Ibiza, a quien conocemos por su veterana colaboración en esta REVISTA y por sus varias publicaciones, quien nos explica, en las primeras palabras del libro, que una de las cosas en las que menos pensaba al tomar posesión, en el año 1968, de la entonces recién creada Notaría de Formentera, es que se iba a convertir en esa rara especie jurídica conocida como «foralista», pues por entonces no tenía ni idea, ni convicción, ni sentimiento íntimo de identificación con lo foral. Pero treinta y cinco años de ejercicio entre Formentera e Ibiza han supuesto, necesariamente, la adopción de una postura de inevitable identidad con el ambiente en el que uno se ha movido profesionalmente. El Notario, nos dice, es un testigo privilegiado de las actitudes de los pobladores del lugar donde ejerce su función, y al recibir y continuar su protocolo recibe, igualmente, una convicción de identificación total con el derecho de la sociedad que le circunda.

Y aquí está el resultado. No se ha conformado con el libro que escribió en 1981, que ya era un comentario suficiente de la normativa «pitiusa», sino que ha ampliado la obra, a lo largo de cinco años de tarea, obteniendo este extraordinario fruto. Imposible comentar y resumir las casi 2.800 páginas de que se compone la obra, la cual está ahí para quienes tengan necesidad de consultar alguno de sus profundos contenidos. Lo único que podemos hacer es esbozar las partes de que se compone, resaltando el enorme trabajo que habrá supuesto para el autor el recoger, comentar y ampliar las ideas de los doctrinarios, el sentido de la jurisprudencia y el contenido de los instrumentos existentes en los protocolos isleños, de donde ha tomado la materia principal para su construcción.

El Decreto de Nueva Planta de Felipe V no consiguió, según es sabido, hacer tabla rasa del Derecho Foral. En lo que se refiere a Baleares, el artículo 13 de la redacción inicial del Código Civil nos daba una idea un tanto engañosa, pues venía a decir, más o menos, que allí regiría el Código como fuente directa en cuanto no se opusiera a las disposiciones o costumbres forales, dando a entender que éstas eran más bien escasas y de carácter residual y perecedero. La realidad ha sido distinta, según se constató ya en la Compilación de 1961, y más desde la Constitución, que ha destapado el sistema de las Autonomías, dándoles la posibilidad de actualizar y modificar sus normas especiales. Esto se ha manifestado en la Ley de 28 de junio de 1990, que da una redacción nueva a la Compilación de las Baleares. Este es el motivo inmediato para que JOSÉ CERDÁ haya dado a la imprenta la segunda edición de su libro, que ha multiplicado en exposición y doctrina.

En cada una de las instituciones que, como especialidades del Derecho de estas islas contempla el autor, éste estudia su dimensión fáctica, la valorativa y el tratamiento normativo. Es una metodología original y a la vez completa, pues supone una visión de conjunto que proporciona una información exhaustiva. JOSÉ CERDÁ, empleando el especial sistema de exposición ya dicho, trae a colación el estudio de estas figuras isleñas desde una perspectiva no sólo sincrónica, sino también diacrónica, lo que significa que ha contemplado el desarrollo de los hechos a través del tiempo, según he podido ver en el diccionario de la Real Academia, pues yo no conocía el significado de esta última palabreja.

Entrando ya en el resumen del contenido del libro, tenemos que en el tomo o volumen A estudia, en primer lugar, el régimen económico-matrimonial. El autor nos dice que el hecho social del régimen conyugal es un fenómeno que se pierde en cuanto al origen en las Islas Pitiusas; en el archivo notarial de Ibiza, desde el siglo xv, existen formularios notariales desde lejanas épocas a nuestros días. Resume y reproduce algunos de estos formularios; la pauta valorativa actual nos demuestra que los pactos nupciales valen y subsisten, en cuanto respetan la dignidad humana y hay trato de igualdad entre hombre y mujer y no es normal que queden familiares marginados.

La denominación capitulaciones matrimoniales es genérica y no se emplea usualmente; en las islas se les llama «espolits», gozando de amplio renombre; todo el mundo habla de «espolits», nos dice el autor, aunque sin saber el porqué ni el qué del tema; para aclararlo hace un profundo estudio etimológico. Después entra en la naturaleza jurídica del acto capitular y sus presupuestos personales y reales; la forma normal es la escritura pública, tal como lo dispone expresamente la nueva redacción del artículo 67 de la Compilación de 1990, a diferencia de la anterior normativa que no establecía nada sobre el particular. Completa su estudio con la eficacia que debe reconocerse a estas capitulaciones y el problema de su irrevocabilidad.

El régimen económico-matrimonial en las Islas Pitiusas es, en primer lugar, el paccionado. La lista es variadísima, tanto en los supuestos de comunidad como en los de separación, el de participación, el dotal y toda una completa gama de posibilidades. La facultad de modificar *a posteriori* el régimen matrimonial existente era una especialidad de Ibiza y Formentera, que ya no supone nada peculiar desde que ello es también posible en virtud de las reformas del Código Civil.

En el artículo 67 de la nueva Compilación se establece que a falta de «espolits» se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes. Por ello el autor expone este régimen en extenso, a la luz de la práctica jurídica de estas islas, analizando la autonomía patrimonial de cada uno de los cónyuges; esto supone una dinámica característica de los patrimonios separados que conllevará el principio de la subrogación real, de modo que lo adquirido por un bolsillo debe quedar en aquél que lo recibió. Hay una consideración especial de los bienes adquiridos por la mujer, sea por su trabajo o por los frutos de su patrimonio privativo.

La dote es una institución viva en Ibiza y Formentera como en las demás Islas Baleares y lo era en el resto de España. El último párrafo del nuevo artículo 67 se limita a decir que sus frutos o rentas se aplicarán preferentemente al sostenimiento de las cargas familiares. Recordemos que en el Reglamento Hipotecario se borraron de un plumazo los artículos que regulaban la hipoteca dotal y después hubo que recurrir a la chapuza de resucitar tales

normas porque había regiones donde la institución seguía vigente. Así ocurre en Baleares, donde es práctica viva y constante. CERDÁ hace un análisis del instituto y del pacto capitular en que se constituye con sus elementos personales, reales y formales, sus efectos y la restitución.

En el artículo 68 nuevo se regula el usufructo universal capitular cuando es convenido en «espolits», que faculta al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, quedando dispensado para formar inventario y prestar fianza. Se han recogido las ideas que ya expresó el autor en los comentarios de su libro de 1981, reconociendo su vigencia.

En el título II de la Compilación, dedicado a las sucesiones, la primera consideración que hace el autor es el paralelismo de su normativa con la de Mallorca. La segunda es que, precisamente, sus peculiaridades son tan fuertes que forzaron al legislador y ahora se reitera, a dedicar un libro especial a esta Compilación con referencia a Ibiza y Formentera. Hace las acostumbradas referencias a las dimensiones fáctica, valorativa y normativa de las sucesiones para pasar a exponer las distintas opiniones de los autores: la tradicional, la mallorquina y la pitiusa actual; CERDÁ emite su propia opinión personal diciendo que el encuadre de este Derecho sucesorio de las Pitiusas es delicado, complejo y dificultoso, por la falta de un análisis histórico, ya que el elemento romano-justiniano se nota aún y porque estas normas que se recibieron por tradición se han hecho consuetudinarias y eso implica una flexibilidad enemiga de rigideces dogmáticas.

Las donaciones universales son frecuentes en estas islas, según el autor, que nos muestra varios títulos comprensivos de las mismas. Antes, nos dice, se hacían bajo una fórmula «imposible», ya que se pactaba que estas donaciones *inter vivos* no tendrían efecto hasta la muerte del donante; ahora se ha cambiado la fórmula, pues se hacen las donaciones reservándose el usufructo para sí y para su consorte. CERDÁ estudia las dimensiones fáctica, valorativa y normativa de las donaciones universales, su naturaleza, presupuestos, contenido y eficacia.

Ya en el volumen 2-B se acomete el estudio de los heredamientos, que son una institución generalizada en Cataluña y Baleares y que tienen sus especialidades en cuanto a Ibiza y Formentera, que se recogen en los artículos 72 a 76 de la nueva Compilación. Responden a una realidad vivida y JOSÉ CERDÁ, en la dimensión fáctica, nos presenta un buen muestrario de «espolits» donde se recogen estos pactos como presupuesto previo para seguir con un amplísimo estudio de estos heredamientos pitiusos. Empieza con el origen y evolución histórica, continúa con los presupuestos personales, reales y formales de su constitución y las modalidades posibles, que detalla, en especial los heredamientos en favor de los hijos nacederos, señalando el contenido y la eficacia de los respectivos pactos.

En los artículos 77 y 78 se regulan, respectivamente, los pactos de renuncia y las sustituciones. Dichos pactos son, según nos dice CERDÁ, una institución secular prototípica de las Pitiusas; en materia de sustituciones, el autor acude a una exposición doctrinal previa de la institución, para continuarla con la determinación de las especialidades isleñas.

En los artículos 79 a 83 de la nueva Compilación se regulan las legítimas especiales de estas islas, determinando los legitimarios, sus cuotas y el modo de pago. La particularidad más notable está en determinar el haber de los descendientes que quedará constituido por la tercera parte del caudal si los legitimarios fueren cuatro o menos de cuatro y la mitad de la herencia

si exceden de cuatro. La legítima de los padres se rige por las normas del Código Civil. Sobre estas bases legales, el autor hace una extensísima y profunda exposición comparativa y doctrinal sobre estos supuestos. En un caso de «finiquito» se recoge y examina un auto del Presidente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 1931, en recurso contra una calificación registral donde se admitió esta especialidad en Baleares.

Los derechos reales son objeto del artículo 86, que se refiere al derecho de habitación o «estatge», que ya no debe tener demasiada aplicación en la práctica.

El autor entra en la materia y examina los precedentes y la situación actual de la habitación, tal como se recoge en los heredamientos pitiusos.

En el artículo 86 se regula como figura especial del Derecho de obligaciones la llamada explotación a «majoral», que es una especie de convenio agrícola parciario cuya principal particularidad reside en el procedimiento de su resolución.

Como idea importante a resaltar señalamos que en las figuras contempladas el autor las relaciona con el tema de la vecindad civil de los interesados, punto clave que determina, en su caso, la aplicabilidad o no de las especialidades que se señalan.

Este es el nuevo estudio que recoge un completísimo compendio de las peculiaridades jurídicas de las Islas Pitiusas, escrito por un Notario que ha vivido estas instituciones y que nos expone magistralmente en esta segunda, novísima y amplísima edición de su obra. Aquí está todo lo que se vive en aquellas islas, adonde llegó JOSÉ CERDÁ sin idea de ser un «foralista» y por su permanencia ha llegado a ser el más entendido en la materia. Hay que agradecerle su gran aportación.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 116 (Abril-Junio 2002)

«El poder moderador», por PEDRO DE VEGA, pág. 7 (sin sumario).

«Los principios constitucionales en la transición política. Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España», por JAVIER RUIPÉREZ, pág. 25.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA TRANSICION Y LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 COMO ACTO REVOLUCIONARIO.—3. GENESIS Y DESARROLLO DE LA CONSTITUCION NORMATIVA EN LAS TRADICIONES AMERICANA Y FRANCESA.—4. LA TEORIA DEMOCRATICA DEL PODER CONSTITUYENTE EN LA ULTIMA TRANSICION POLITICA ESPAÑOLA.—5. LA DIALECTICA CAMBIO-ESTABILIDAD EN EL MARCO DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978: LA CONSTITUCION COMO NORMA SUPREMA.

«Spinoza, Rousseau: dos concepciones de democracia», por MARÍA JOSÉ VILLASVERDE, pág. 85.

SUMARIO: 1. ¿UN MISMO MODELO DE DEMOCRACIA?—2. UNA RELIGION CIVICA Y EXCLUYENTE FRENTE A UNA VISION UNIVERSALISTA Y TOLERANTE.—3. DOS MODELOS DE DEMOCRACIA OPUESTOS.—4. INTEGRACION O EXCLUSION DE SIRVIENTES Y MUJERES.

«El derecho natural y la historia. La afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático», por AGATINO CARIOLA, pág. 107.

SUMARIO: 1. EL DERECHO NATURAL EN PERSPECTIVA HISTORICA.—2. LA HISTORIA DE LAS IDEAS Y LA UTILIZACION DEL DERECHO NATURAL EN EL MEDIEVO CRISTIANO.—3. LA CRISIS DE LA LEGITIMACION RELIGIOSA DEL DERECHO NATURAL.—4. LA REFERENCIA AL DERECHO NATURAL EN EL MUNDO AMERICANO.—5. LAS EXIGENCIAS EXPRESADAS POR LA APELACION AL DERECHO NATURAL EN EL ESTADO DEMOCRATICO.—6. SIGUE: LA DEMOCRACIA Y LOS VALORES CONSTITUCIONALES.—7. EL ESTADO DEMOCRATICO COMO ESTADO «MINIMO» DESDE EL PUNTO DE VISTA MORAL.—8. EL DRAMA DE ANTIGONA COMO EXPRESION DEL CONFLICTO AUTORIDAD-LIBERTAD.

«Libertad y orden en la acción social: una relectura de las aportaciones de Parsons», por MANUEL HERRERA GÓMEZ y SONIA PAGÉS LUIS, pág. 145.

SUMARIO: 1. ¿CUAL ES LA ESTRUCTURA DE LA ACCION SOCIAL EN PARSONS?—2. EL GRAN INTENTO DE PARSONS.—3. QUE NOS HA ENSEÑADO Y POR QUE HA FRACASADO.—4. COMENZAR DESDE LOS PROBLEMAS QUE PARSONS NOS HA LEGADO.—5. ¿POR QUE PODEMOS DECIR QUE LA ACCION ES SOCIAL? LA ESTRUCTURA DE LA ACCION SOCIAL EN CLAVE RELACIONAL.—6. BIBLIOGRAFIA.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 32 (Mayo 2002)

«Algunas consideraciones sobre los Registros de Uniones Civiles de Hecho», por DIEGO ALONSO HERREROS, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. GENERALIDADES Y PROBLEMÁTICA DE ESTOS REGISTROS: A) POSTULADOS PARA LA INSCRIPCIÓN. B) LA CUESTIÓN DE LA PUBLICIDAD.—III. EL PRIMER REGISTRO EN ESPAÑA: VITORIA-GASTEIZ.—IV. LOS REGISTROS DE UNIONES CIVILES EN EL DERECHO COMPARADO: 1. SUECIA. 2. DINAMARCA. 3. NORUEGA. 4. HOLANDA. 5. FRANCIA.

«Delitos contra los derechos de los trabajadores en Argentina», por VILMA ISABEL BISCEGLIA, pág. 37.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA LEY Y SU CONTEXTO.—III. LAS FIGURAS PENALES: 1. LA INTEGRIDAD FÍSICA DEL TRABAJADOR. 2. DISCRIMINACIÓN. VIOLACIÓN A LAS LEYES LABORALES Y CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO. 3. SITUACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE. 4. RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SINDICALES. 5. AFECTACIÓN AL SISTEMA DE JUBILACIONES Y PENSIONES. 6. LESIONES PROVENIENTES DE LA COMISIÓN DE DELITOS COMUNES.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFIA.—VI. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA CITADAS.

«Comunidades Autónomas y educación», por F. JAVIER DÍAZ REVORIO, pág. 85 (sin sumario).

«Límites y excepciones legales al derecho exclusivo de reproducción», por Rocío LÓPEZ GONZÁLEZ, pág. 131 (sin sumario).

«La cotización por jornadas reales en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social: la pretendida insuficiencia legal de su regulación a efectos de la devolución de las cuotas ingresadas en la Tesorería General de la Seguridad Social», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 173.

SUMARIO: I. EXPOSICION SINCRETICA DE LA PROBLEMÁTICA.—II. LA COTIZACION POR JORNADAS TEORICAS Y REALES EN EL REGIMEN

ESPECIAL AGRARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EVOLUCION NORMATIVA.—III. NATURALEZA JURIDICA DE LAS COTIZACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL.—IV. LA COTIZACION A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO PRESTACION PATRIMONIAL DE CARACTER PUBLICO Y LA RESERVA RELATIVA DE LEY DEL ARTICULO 31.3.º DE LA CE.—V. LA EXTENSION DE LA RESERVA RELATIVA DE LEY Y LA REGULACION DE LA COTIZACION: LA SUFICIENCIA DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS GENERALES.

«El acuerdo de voluntades en el ámbito tributario», por MARÍA ESTHER SÁNCHEZ LÓPEZ, pág. 197.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA EFICACIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY TRIBUTARIA: 2.1. EL POSIBLE DESFASE ENTRE DERECHO Y REALIDAD: LOS SUPUESTOS DE INCERTIDUMBRE. 2.2. EL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY TRIBUTARIA.—3. EL ACUERDO DE VOLUNTADES COMO GENERADOR DE RELACIONES JURIDICAS EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO DE GESTION TRIBUTARIA.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2002)

«El Codi Civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu», por MIGUEL MARTÍN CASALS, pág. 633.

SUMARI: 1. INTRODUCCIO.—2. L'EUROPEÏTZACIO DEL DRET PRIVAT I L'ELABORACIO D'UN CODI CIVIL EUROPEU: 2.1. LA CONSULTA DE LA COMISSIÓ. 2.2. LES RESPOSTES A LA CONSULTA. 2.3. EL PROBLEMA COMPETENCIAL. 2.4. VIES D'APROXIMACIÓ ALTERNATIVES A LA CODIFICACIÓ: A) *Els Principis*. B) *La millora de la legislació comunitària*. 2.5. LA NECESSITAT DE PARTICIPAR EN EL PROCÉS D'EUROPEÏTZACIÓ I DE CONSOLIDAR EL DRET PROPI.—3. L'ELABORACIO DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: 3.1. L'ACTUACIÓ DE LA COMISSIÓ DE CODIFICACIÓ. 3.2. EL MODEL DE «CODI OBERT»: A) *Els avantatges del model*. B) *Les característiques del model*. C) *Estructura i desenvolupament del Codi*.—4. EPILEG.

«La nueva Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001», por JOSÉ MANUEL OTERO LASTRES, pág. 663.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA ESTRUCTURA DE LA NUEVA LEY DE MARCAS.—3. ANALISIS DE ALGUNAS DE LAS INNOVACIONES DE LA NUEVA LEY: 3.1. SOBRE EL CONCEPTO DE MARCA: 3.1.1. *Las modificaciones introducidas por la nueva Ley*. 3.1.2. *El mantenimiento de algunas referencias que contenía la Ley de 1988*. 3.2. SOBRE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE MARCA. 3.3. SOBRE LAS PROHIBICIONES DE REGISTRO. 3.4. SOBRE LA MARCA MUL-

TICLASE. 3.5. SOBRE EL CONTENIDO DEL DERECHO DE MARCA. 3.6. SOBRE EL USO OBLIGATORIO DE LA MARCA Y LA CADUCIDAD PARCIAL. 3.7. SOBRE LAS ACCIONES POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE MARCA.—4. ALGUNAS MEJORAS QUE SE ECHAN EN FALTA.

«El sistema d'exempcions de responsabilitat dels proveïdors de serveis d'internet (ISP)», por MIQUEL PEGUERA POCH, pág. 687.

SUMARI: I. INTRODUCCIO.—II. L'ACTIVITAT DELS ISP I LA RELACIO DE CAUSALITAT.—III. L'ESTRUCTURA I L'ABAST DE LES EXEMPCIONS.—IV. L'EXEMPCIO DE RESPONSABILITAT DEL PRESTADOR DE SERVEIS EN EL CAS DE MERA TRANSMISSIO DE DADES I DE PROVISIO D'ACCÉS.—V. L'EXEMPCIO DE RESPONSABILITAT EN L'EMMAGATZEMATGE EN MEMORIA CAU (CACHING).—VI. L'EXEMPCIO DE RESPONSABILITAT EN EL SUPOSIT DEL SERVEI D'HOSTATGE DE DADES (HOSTING).—VII. LES ACCIONS DE CESSACIO I/O IMPEDIMENT D'UNA INFRACCIO.—VIII. OBLIGACIONS DE SUPERVISIO I DE COMUNICACIO.—IX. LA TRANSPOSICIO AL PRET INTERN.

«Justicia y medios de comunicación. Una fuente permanente de conflictos», por ALEXANDRE H. CATALÀ I BAS, pág. 713.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION EN UNA SOCIEDAD DEMOCRATICA.—3. LA ACTUACION DEL PODER JUDICIAL COMO OBJETO DE NOTICIA: 3.1. LA PRESENCIA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LOS JUICIOS. 3.2. LA CRÍTICA AL PODER JUDICIAL O A SUS MIEMBROS: a) *Crítica al Poder Judicial*; b) *Crítica a los jueces y magistrados*. 3.3. LA DIVULGACIÓN DE DATOS SOMETIDOS A SECRETO DE SUMARIO. 3.4. LOS JUICIOS PARALELOS. 3.5. FILTRACIONES A LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.—4. LA LIBERTAD DE EXPRESION E INFORMACION DE PERIODISTAS, ABOGADOS Y MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL: 4.1. PERIODISTAS. 4.2. ABOGADOS. 4.3. MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL.—5. CONCLUSIONES.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 16 (2002)

«Aspectos procesales de la Ley de Competencia Desleal y de la legislación sobre propiedad industrial», por RAFAEL BELLIDO PENADÉS, pág. 545.

SUMARIO: I INTRODUCCION.—II. REPERCUSION DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE COMPETENCIA DESLEAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUPUESTOS DE RESOLUCIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 3. DILIGENCIAS PRELIMINARES. 4. COMPETENCIA TERRITORIAL. 5. PARTES: A) *Capacidad para ser parte y capacidad procesal*. B) *Legitimación*: a) Legitimación activa; b) Legitimación pasiva. 6. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. 7. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y DE PROCESOS: A) *Acumulación de acciones*: a) De acciones amparadas en la Ley de Competencia Desleal; b) De

acciones basadas en la Ley de Competencia Desleal con acciones fundadas en la legislación sobre propiedad industrial. Concurso de leyes o de acciones. B) Acumulación de procesos: a) De procesos amparados en la Ley de Competencia Desleal; b) De procesos fundados en la Ley de Competencia Desleal con procesos basados en la legislación sobre propiedad industrial.

8. PRUEBA. 9. SENTENCIA Y RECURSOS.—III. INCIDENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMPETENCIA. 3. ACTOS PREVIOS AL PROCESO: A) *Conciliación previa.* B) *Reclamaciones extrajudiciales.* C) *Diligencias de comprobación de hechos.* 4. PARTES: LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN DE TERCEROS. 5. ADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. 6. ACUMULACIÓN DE ACCIONES Y RECONVENCIÓN. 7. PRUEBA. 8. SENTENCIA Y RECURSOS: A) *Sentencia.* B) *Recursos.* 9. MEDIDAS CAUTELARES: A) *Presupuestos: a) «Periculum in mora»; b) «Fumus boni iuris»; c) La caución.* B) *Medidas cautelares adoptables y caución sustitutoria.* C) *Procedimiento.* D) *Adopción de medidas cautelares en fase de recursos y ejecución provisional.* E) *Responsabilidad por daños y perjuicios causados al demandado en caso de alzamiento de medidas cautelares.*

Número 17 (2002)

«El arrendamiento rústico y los derechos de viñedo», por ANGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. 581.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS DE PLANTACIÓN Y DE REPLANTACIÓN DE VIÑEDOS: 1. LAS NUEVAS PLANIFICACIONES. 2. EL ARRANQUE CON REPLANTACIÓN: A) *La replantación.* B) *Plantación sustitutiva.*—III. ARRENDAMIENTO RÚSTICO PARA «PLANTAR Y APROVECHAR VIÑAS» Y LOS DERECHOS DEL VIÑEDO: 1. DELIMITACIÓN NORMATIVA. 2. ARRENDAMIENTO DE UNA O VARIAS FINCAS PARA PLANTAR Y APROVECHAR VIÑAS: A) *Plantación de viñedo realizada por el arrendatario.* B) *El arranque de la plantación de viñedo por el arrendatario.* C) *Cambio de titularidad del viñedo cuando el arrendatario, al finalizar el arrendamiento, no arranca lo plantado.* D) *La ausencia de arranque y la regularización voluntaria de la plantación.* E) *Plantación de viñedo realizada por el arrendador.*

Número 18 (2002)

«Algunas cuestiones críticas sobre los medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil», por JORGE VILA LOZANO y UNAI ESKIBEL MUÑIZ, pág. 615.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR: ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES AVANCES Y NOVEDADES: 1. INTERROGATORIO DE LAS PARTES (ARTS. 301 A 316 DE LA LEC). 2. PRUEBA DOCUMENTAL (ARTS. 317 A 334 DE LA LEC). 3. LA PRUEBA PERICIAL (ARTS. 335 A 359 DE LA LEC). 4. RECONOCIMIENTO JUDICIAL (ARTS. 353 A 359 DE LA LEC). 5. TESTIFICAL (ARTS. 360 A 381 DE LA LEC).—III. LAS PRUEBAS ATÍPICAS (OSCURIDADES DE LOS NUEVOS MEDIOS INTRODUCIDOS).—IV. LA PRUEBA EN

INTENET: 1. EL DOMINIO. 2. CORREO ELECTRÓNICO. 3. PÁGINA WEB. 4. LA FIRMA ELECTRÓNICA O DIGITAL. 5. COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS CATEGORÍAS CONTRACTUALES.—V. CONCLUSIONES.

Número 19 (2002)

«El cambio de régimen económico-matrimonial en fraude de acreedores en Suiza y España: análisis comparativo», por FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO, pág. 641.

SUMARIO: I. EL TRATAMIENTO EN LOS ORDENAMIENTOS FORANEOS DEL FRAUDE DE ACREEDORES ORIGINADO POR LOS CAMBIOS DE REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL: ESPECIAL TRASCENDENCIA DEL DERECHO SUIZO.—II. EL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DEUDAS CONTRAIDAS POR LOS CONYUGES EN EL CODIGO CIVIL SUIZO.—III. EL APARTADO PRIMERO DEL ARTICULO 193 DEL CODIGO CIVIL SUIZO: LAS ALTERACIONES DE REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL EN PERJUICIO DE ACREEDORES: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRECEPTO: EXTENSIÓN A TODOS LOS ACREEDORES PERJUDICADOS POR LAS LIQUIDACIONES DE RÉGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL. 2. ACCIÓN QUE CONTEMPLA EL REFERIDO APARTADO.—IV. EL APARTADO SEGUNDO DEL ARTICULO 193 DEL CODIGO CIVIL SUIZO: LA RESPONSABILIDAD DEL CONYUGE NO DEUDOR TITULAR DE LOS BIENES RESPONSABLES: 1. LA LEGITIMACIÓN PASIVA DEL CÓNYUGE NO DEUDOR EN EL PROCESO DIRIGIDO CONTRA SU CÓNYUGE.—V. ALGUNAS CONCLUSIONES PARA UN ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL ARTICULO 193 DEL CODIGO CIVIL SUIZO Y EL ARTICULO 1.317 Y CONCORDANTES DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL.

Número 20 (2002)

«El acreedor hipotecario en el anteproyecto de Ley concursal de 2001», por JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 669.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL DERECHO VIGENTE.—III. EL ACREEDOR HIPOTECARIO EN EL DERECHO PROYECTADO: 1. VENCIMIENTO, CLASIFICACIÓN Y RESCISIÓN DE HIPOTECAS. 2. LA PARALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES. 3. LA PÉRDIDA DEL PRIVILEGIO PROCESAL DE EJECUCIÓN SEPARADA. 4. EL ACREEDOR HIPOTECARIO Y LAS DEUDAS DE LA MASA. 5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO Y EL CONVENIO. 6. EL DEVENGO DE INTERESES Y LOS ACREEDORES SUBORDINADOS GARANTIZADOS. 7. RECAPITULACIÓN CRÍTICA.

Número 21 (2002)

«Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (Exposición de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los

derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información)», por RICARDO YÁÑEZ VELASCO, pág. 701.

SUMARIO: 1. CONTEXTO GENERAL: 1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, CULTURA INSOLIDARIA Y DELITO. 2. EXPOSICIÓN NORMATIVA. 3. BREVE APUNTE SOBRE LAS DIFICULTADES PROBATORIAS.—II. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2001/29/CE, DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE MAYO DE 2001: 1. CONSIDERACIONES DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE LA UNIÓN: A) *Marco jurídico*. B) *Objeto de protección*. C) *Finalidades fundamentales*. D) *Actos y actividades protegidas*. E) *Litigiosidad*. 2. ARTICULADO DE LA DIRECTIVA: A) *Aplicación*. B) *Derechos y excepciones*. C) *Protección de la gestión de derechos y régimen sancionador*.—III. BIBLIOGRAFIA.

Número 22 (2002)

«La regulación italiana sobre ejercicio de la abogacía en forma societaria al amparo de la normativa comunitaria sobre ejercicio profesional», por BELÉN TRIGO GARCÍA, pág. 727.

SUMARIO: I. EL DECRETO LEGISLATIVO ITALIANO, DE 2 DE FEBRERO DE 2001, NUMERO 96, DE INCORPORACION DE LA DIRECTIVA 98/5/CE.—II. EL DEBATE SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES EN ITALIA.—III. LA REGULACION ITALIANA DE LAS SOCIEDADES DE ABOGADOS: 1. EJERCICIO EN FORMA SOCIETARIA O EN FORMA ASOCIADA POR PARTE DE ABOGADOS ESTABLECIDOS EN ITALIA: A) *Sociedad constituida en otro Estado miembro*. B) *Ejercicio en forma asociada*. C) *Sociedad con abogados establecidos en Italia*. 2. LA SOCIEDAD ENTRE ABOGADOS (AVVOCATI): A) *Tipo societario elegido para la sociedad entre abogados*. B) *Inscripción registral: la sociedad entre abogados como empresa y como profesional*. C) *Objeto social y condición de socio*. D) *Carácter personal de la sociedad entre abogados y régimen societario*. E) *La sociedad entre abogados y el ejercicio de la profesión*. F) *Nulidad de la sociedad entre abogados y defecto sobrevenido de un requisito*.

Número 23 (2002)

«La culpa en la Ley 22/1994, sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos», por OCTAVIO TOBAJAS GALVEZ, pág. 763.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. DELIMITACION CONCEPTUAL: 1. CONCEPTO DE PRODUCTO. 2. CONCEPTO DE PRODUCTO DEFECTUOSO. 3. CONCEPTO DE FABRICANTE. 4. CONCEPTO DE IMPORTADOR. 5. CONCEPTO DE SUMINISTRADOR: A) *Concepto*. B) *Responsabilidad del suministrador de buena fe*. C) *Responsabilidad del suministrador de mala fe*. 6. CONCEPTO DE PERJUDICADO.—III. LA RESPONSABILIDAD: 1. TIPO DE RESPONSABILIDAD: A) *Planteamiento*. B) *Responsabilidad objetiva o responsabilidad subjetiva*. C) *Responsabilidad contractual o*

extracontractual. 2. SUJETOS RESPONSABLES: A) En el «círculo interno del producto». B) En el «círculo externo del producto»: el tercero. 3. CONCURRENCIA DE CULPAS. 4. CAUSAS DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. 5. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD: A) Prescripción de la responsabilidad. B) El ejercicio temporal de la acción: la extinción de la acción. C) Ambito de aplicación de la acción. D) Ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. E) Presupuestos para el ejercicio de esta acción: la prueba.—IV. CONCLUSION.

Número 24 (2002)

«Cien años de Derecho Comparado (del Congreso de París de 1900, al de Nueva Orleáns de 2000)», por GABRIEL GARCÍA CANTERO, pág. 805 (sin sumario).

Número 25 (2002)

«Distribución de toda la herencia en legados», por CARLOS CUADRADO PÉREZ, pág. 847.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LA DISTRIBUCION DE TODOS LOS BIENES EN LEGADOS COMO PRESUPUESTO.—III. MEDIOS PARA IMPEDIR LA EXISTENCIA DE BIENES DE LOS QUE NO HAYA DISPUESTO EL TESTADOR EN LEGADOS. EN PARTICULAR, NOMBRAMIENTO DE LEGATARIOS DE PARTE ALICUOTA.—IV. POSIBLE, PERO INNECESARIA, COEXISTENCIA CON COHEREDEROS.—V. EXISTENCIA DE LEGITIMARIOS.—VI. PROTECCION DE LOS ACREEDORES.—VII. RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS.—VIII. ADMINISTRACION Y LIQUIDACION DE LA HERENCIA. ENTREGA DE LOS BIENES.—IX. BIBLIOGRAFIA.

NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

Número 192 (Enero 2001)

«La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», por ALVARO RODRÍGUEZ BEREJO, pág. 9.

«El servicio postal universal», por RAQUEL CASTAÑO SUÁREZ, pág. 23.

«La posible extensión de la votación por mayoría cualificada en el Consejo, tema de estudio obligado de la próxima conferencia intergubernamental, impuesto por el Consejo Europeo de Helsinki», por LUIS ORTÚZAR ANDÉCHAGA, pág. 31.

«Legitimación de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestión prejudicial y deducción del IVA soportado por las actividades

previas a la realización regular de operaciones económicas (Análisis de la sentencia de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa)», por CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, pág. 47.

«Los aranceles notariales y registrales y su compatibilidad con el Derecho Comunitario» (Algunas reflexiones en torno a la STJCE de 29 de septiembre de 1999)», por CARLOS DE PABLO VARONA, pág. 71.

«El Derecho de la Competencia de aplicación al transporte terrestre: transporte por ferrocarril y transporte por carretera», por FERNANDO JOSÉ CASCALES MORENO, pág. 83.

«A vueltas con el pan: ¿libre circulación de mercancías? Introducción a la sentencia Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c. TK- Heimdienst», por RAFAEL SANZ, pág. 99.

«Decálogo para el desarrollo urbano sostenible de la Unión Europea», por ANGEL B. GÓMEZ PUERTO, pág. 107.

«Organizaciones pesqueras internacionales», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 109.

Número 193 (Febrero 2001)

«Fiscalidad del turismo y Ordenamiento Comunitario», por SUSANA BOKOBO MOICHE, pág. 9.

«Límites del Derecho Comunitario a los tributos ambientales», por CRISTÓBAL J. BORRERO MORO, pág. 19.

«La propuesta de Directiva Marco de política de aguas y la Reforma de la Ley de Aguas de 1999», por CÉSAR GARCÍA NOVOA, pág. 31.

«Competencias comunitarias sobre fiscalidad ambiental», por PEDRO M. HERRERA MOLINA, pág. 49.

«La reparación de los daños ambientales. Estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental», por PEDRO POVEDA GÓMEZ y CARLOS VÁZQUEZ COBOS, pág. 59.

«Impuestos, energía y Derecho comunitario», por JOSÉ ANDRÉS ROZAS VALDÉS, pág. 73.

«Propuestas comunitarias sobre la fiscalidad de la energía», por ANTONIO VAQUERA GARCÍA, pág. 89.

«La fiscalidad al servicio de la eliminación de los residuos urbanos», por MARTA VILLAR ESCURRA, pág. 99.

«La aplicación de los mecanismos derivados del Protocolo de Kyoto para mitigar los efectos del cambio climático. Balance de situación en el mundo, en la Unión Europea y en España», por ANA YÁBAR STERLING, pág. 125.

Número 194 (Marzo 2001)

- «La Directiva Comunitaria 1999/34/CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en cuestión de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos», por ANTONIO MARÍN LÓPEZ, pág. 9.
- «El jurista español ante el Common Law», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA, pág. 19.
- «El carácter engañoso de la marca de empresa (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96)», por ANGEL MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, pág. 29.
- «La regulación de la publicidad comparativa (Comentarios ante su inminente reforma)», por JOSÉ MARÍA ROJÍ BUQUERAS, pág. 45.
- «La aptitud de los Tribunales Económico-Administrativos para plantear cuestiones prejudiciales (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 21 de marzo de 2000)», por JAVIER MARTÍN FERNÁNDEZ, pág. 55.
- «El IVA y los sistemas de promoción de ventas (La STJCE Kuwait Petroleum, de 27 de abril de 1999)», por ADOLFO J. MARTÍN JIXNÉNEZ, pág. 63.
- «Mercosur: aspectos institucionales y fiscales. La cooperación con la Unión Europea», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 85.
- «Derecho del Mar y Derecho Marítimo Pesquero», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 109.

Número 195 (Abril 2001)

- «Los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», por JOSÉ LUIS MARCUELLO MORENO, pág. 9.
- «El planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales Económico-Administrativos y la deducción del IVA, soportado antes del inicio de las operaciones gravadas», por IRMA JOHANNA MOSQUERA, pág. 23.
- «Los Impuestos Especiales de Fabricación y la estructuración de la imposición sobre la energía en la Unión Europea», por CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR, pág. 31.
- «Comentario a la Resolución del Organismo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto *Estados Unidos-trato fiscal aplicado a las Empresas de Ventas en el extranjero*», por MARCOS M. PASCUAL GONZÁLEZ, pág. 41.
- «La sentencia Badeck en el proceso de consolidación de las medidas de acción positiva. Comentario a la sentencia del TJUE, de 28 de marzo de 2000, Asunto C-158/97», por ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ, pág. 49.
- «La política social de la Unión Europea», por MARÍA MERCEDES MARCUELLO MORENO, pág. 55.

«Información ambiental: estadísticas ambientales y contabilidad ambiental en la Unión Europea», por GEMMA DURÁN ROMERO, pág. 67.

«La sentencia *Centros*: el *status quaestionis* un año después», por FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, pág. 79.

Número 196 (Mayo 2001)

«Clases de ayudas de Estado: Subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital», por NURIA DÍAZ ABAD, pág. 7.

«El Reglamento 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», por DÉBORAH HEREDIA BENOT, pág. 17.

«Los gastos fiscales y su consideración como ayudas de Estado en el ámbito comunitario», por MANUEL GONZÁLEZ SÁNCHEZ, pág. 35.

«La devolución de las ayudas de Estado en el marco del Derecho Comunitario Europeo», por MAXIMINO I. LINARES GIL, pág. 45.

«La política comunitaria de ayudas sectoriales», por JUAN PEDRO MARÍN ARRESE, pág. 55.

«El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del artículo 87.1 TCE», por ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ, pág. 81.

«Competencias del Juez nacional en materia de ayudas de Estado», por SANTIAGO ORTIZ VAAMONDE, pág. 117.

«La legitimación activa de los particulares en los recursos en materia de ayudas públicas», por ROSARIO SILVA DE LAPUERTA, pág. 131.

Número 197 (Junio 2001)

«El derecho de petición en la Unión Europea. Los sujetos pasivos del mismo: problema mal resuelto y aún abierto», por ISAAC IBÁÑEZ GARCÍA, pág. 9.

«El Tribunal de Cuentas Europeo, una institución comunitaria de control», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 21.

«La Reforma del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (16 de mayo de 2000)», por MARÍA JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ, pág. 41.

«Las nuevas perspectivas financieras para el período 2000-2006», por EVA CARRASCO MORALES, pág. 49.

«El Banco de España como parte integrante del SEBC: novedades en el Reglamento Interno del Banco de España aprobado por Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España, de 28 de marzo de 2000», por RAMÓN DE SANTILLÁN FRAILE, pág. 61.

- «Evolución del Estatuto Jurídico del medicamento en la Unión Europea hasta la actual codificación», por SUSANA ALBA ROMERO y MARÍA VICTORIA GUTIÉRREZ PÉREZ, pág. 73.
- «Los problemas de la oferta de transporte aéreo de viajeros y las nuevas aerolíneas», por SANTOS L. GIL IBÁÑEZ y SANTOS GIL CARRETERO, pág. 87.
- «Régimen del IVA aplicable a las adquisiciones de oro para inversión», por JORDI ANDREU SOLÉ ESTALELLA, pág. 103.

Número 198 (Julio 2001)

- «El Régimen jurídico de la capacidad del contratista de la Administración: las novedades introducidas por la Ley 53/199», por HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO, pág. 9.
- «El contrato de suministros tras las recientes reformas de la legislación de contratos», por MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, pág. 21.
- «Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente de contratación y el procedimiento de adjudicación», por JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MENÉNDEZ, pág. 33.
- «La ordenación de las bajas temerarias en la contratación pública», por JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO, pág. 45.
- «Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos», por JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA, pág. 55.
- «Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos», por JOSÉ ANTONIO SANTÍAS VIADA, pág. 71.
- «Organización Europea e Internacional de Instituciones Oficiales de Control Externo del sector público», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 83.

Número 199/2000 (Agosto-Septiembre 2001)

- «Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales», por SERGIO SALINAS ALCEGA, pág. 9.
- «Extradición y Unión Europea», por MARÍA TERESA VARGAS MACÍAS, pág. 37.
- «El sistema de recursos propios comunitario y la decisión 2000/597, de 29 de septiembre de 2000», por MARÍA CERVERA VALLTERRA, pág. 47.
- «La devolución de lo indebido tributario en el Derecho Comparado: Reino Unido (I)», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 65.

- «Las empresas de ventas en el extranjero y las subvenciones a la exportación», por ROSARIO PALLARÉS RODRÍGUEZ, pág. 73.
- «Crónica de una insuficiencia anunciada: el delicado sistema de recursos propios de la Unión Europea», por MERCEDES RUIZ GARIJO, pág. 89.
- «El problema permanente de la regulación del comercio comunitario del plátano. II: Consideraciones adicionales», por MIGUEL ÁNGEL DÍAZ MIER y otros, pág. 37.
- «Las empresas pesqueras conjuntas hispano-británicas; contencioso comunitario europeo (I)», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 129.

Número 201 (Octubre 2001)

- «La cuestión prejudicial comunitaria: la obligación de remisión prejudicial», por JUANA MORCILLO MORENO, pág. 9.
- «La armonización de la fiscalidad de no residentes y la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea», por SANTIAGO ÁLVAREZ GARCÍA y ANTONIO APARICIO PÉREZ, pág. 29.
- «La devolución de lo indebido tributario en el Derecho comparado: Italia», por JOSÉ MIGUEL MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, pág. 39.
- «La fiscalidad del factor trabajo en la Unión Europea: situación actual y perspectivas para los próximos años», por ALICIA MARTÍNEZ SERRANO, pág. 49.
- «Política educativa en la Unión Europea. Principios jurídicos y comunitarios», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 61.
- «Las empresas pesqueras conjuntas hispano-británicas; contencioso comunitario europeo (II). La responsabilidad de los Estados miembros», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 69.
- «La libre prestación de servicios por las empresas y los derechos de los trabajadores desplazados en la Unión Europea», por DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS, pág. 83.
- «Importaciones paralelas de productos farmacéuticos y derecho de la competencia. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000 (Asunto T-41/96)», por CARMEN OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, pág. 99.
- «Los procesos monitorio y cambiario en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por VICENTE INFANTE PÉREZ, pág. 113.

Número 202 (Noviembre 2001)

- «Ayudas y subvenciones a la economía: incidencia del Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por IGNACIO DE LOYOLA ARANGUREN PÉREZ, pág. 11.

- «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la normativa comunitaria sobre consumo», por PILAR CÁNCER MINCHOT, pág. 25.
- «Aplicación por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo del derecho de la Unión Europea», por JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS, pág. 39.
- «Prácticas restrictivas de la competencia y estudio de las medidas cautelares», por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, pág. 53.
- «La protección de la libre competencia en el Derecho Penal español», por ANTONIO ROMA VALDÉS, pág. 69.
- «Aspectos de mayor relevancia en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo al aplicar el Derecho Comunitario», por GLORIA SANCHO MAYO, pág. 87.
- «La defraudación de la Hacienda de las Comunidades Europeas y el fraude de subvenciones en el Código Penal español: algunas consideraciones jurisprudenciales», por IGNACIO ULLOA RUBIO, pág. 101.

Número 203 (Diciembre 2001)

- «Estudio comparativo de la Zona Especial Canaria (ZEC) y el Régimen Fiscal del archipiélago de Madeira, así como sus Registros de Buques», por PEDRO ALFONSO MARTÍN, pág. 11.
- «El régimen sancionador aplicable a las Entidades de la ZEC, a la luz del Real Decreto Ley 2/2000, de 23 de junio», por MIGUEL ANGEL EXPÓSITO PÉREZ, pág. 29.
- «La incidencia del Ordenamiento Comunitario en la nueva regulación de la Zona Especial Canaria», por MARÍA BELÉN HERNÁNDEZ GARDE, pág. 43.
- «Presupuestos de la aplicación del régimen ZEC. Consecuencias de su incumplimiento», por FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, pág. 53.
- «El principio de estanqueidad en los diseños de la Zona Especial Canaria», por MIGUEL ANGEL HERRERO HERNÁNDEZ, pág. 65.
- «La ZEC, las ayudas de Estado y el Código Comunitario de conducta fiscal: breves notas sobre la negociación», por JOSÉ LUCAS MARTÍN DE LORENZO-CÁCERES, pág. 79.
- «La Zona Especial Canaria en el marco de la Unión Europea. Una particular referencia al régimen especial de Irlanda», por SONIA MAURICIO SUBIRANA, pág. 93.
- «El régimen fiscal de las Entidades ZEC», por SONSOLES MAZORRA MANRIQUE DE LARA y ADRIANA FABIOLA MARTÍN CÁCERES, pág. 103.
- «El Decreto-ley en materia tributaria: su aplicación en la configuración de la Zona Especial Canaria», por MARCOS M. PASCUAL GONZÁLEZ, pág. 121.