

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXVIII • Marzo-Abril 2002 • Núm. 670

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 Albasa.
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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Glosas hipotecarias honorarias (a propósito de la Ley 24/2001)», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ	397
«Cuestiones sobre la expectativa del poseedor <i>ad usucapionem</i> de cosas muebles de adquirir su propiedad», por JACOBO B. MATEO SANZ	423
«La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral», por RAFAEL VERDERA SERVER	509
«La funcionalidad de la causa en el panorama actual de las socieda- des mercantiles», por CATALINA RUIZ-RICO RUIZ	557

DICTAMENES Y NOTAS

«El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales», por FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO	605
«La infidelidad conyugal como causa de separación: Análisis y valoración», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA	639

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	665
--	-----

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUE- ÑAS	673
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por FERNANDO CURIEL LO- RENTE	681

	<i>Págs.</i>
B) Resoluciones comentadas, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	689
 III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE e ISABEL MORATILLA GALÁN	725
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	742
2. Derecho Mercantil, por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS	749

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

«La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso», de J. M. BUSTO LAGO, por FERNANDO PEÑA LÓPEZ	767
«Política agraria y cooperativismo», de JUAN JOSÉ SANZ JARQUE y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	774
«La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario», de ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ, por BELÉN MALAVÉ OSUNA	777
«La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico», de RAMÓN LÓPEZ VILAS, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	779
«La publicidad registral», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	781
«Derecho Civil Comunitario», de MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y otros, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	783
«Jurisprudencia del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados», de CARLOS COLOMER FERRÁN-DIZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	786

REVISTA DE REVISTAS

Por LA REDACCIÓN, comentarios de ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	791
---	-----

ESTUDIOS

Glosas hipotecarias honorarias (A propósito de la Ley 24/2001)

SUMARIO: I. ACLARACIONES PREVIAS.—II. EL JUICIO DE SUFICIENCIA DE LAS REPRESENTACIONES O APODERAMIENTOS.—III. LA EFICACIA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL.—IV. LA SEDICENTE CORRECCION DISCIPLINARIA POR VIA DE REDUCCION DE HONORARIOS.—V. EL REGIMEN DE RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN. 3. LA ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE LOS RECURSOS GUBERNATIVOS. 4. EL OBLIGADO RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LOS REGISTRADORES EN LOS PROCESOS DE REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES.—VI. EPILOGO.

I. ACLARACIONES PREVIAS

Confieso que al dar lectura al contenido registral de la reciente Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como consecuencia de su publicación en el Boletín Oficial del Estado del último día del año 2001, me entró un irrefrenable impulso de redactar algunas notas sobre ella porque aunque hasta entonces había oído hablar de su contenido, la verdad es que era para mí absolutamente desconocido, salvo la intervención ocasional en alguna reunión celebrada hace años, en la que justamente se hizo la propuesta de la intervención dirimente de los Registradores del Cuadro de Sustituciones, con la que estoy conforme.

Coincidiendo con ello, también en estos días pude leer que en la convocatoria de algún ciclo de conferencias venía anunciado el respetable nombre de un notario, ya jubilado, al que se denominaba Notario Honorario. Por esta razón, dados los ecos de la reforma y mi esperada condición también de Registrador Honorario, pues aun teniendo una edad potencialmente activa todavía de practicar su ejercicio, tanto por mis actuales propósitos como por la cercanía del tiempo esencial de su cumplimiento improrrogable, no es de

esperar que pueda alcanzar tal cualidad, decidí yo también atribuirme aunque fuera sólo por ello esta condición y desarrollar el deseo sentido. A ello había de unir, por fin, para redondear la analogía, que tengo al menos también en mi haber, después de pasar a la situación de excedente desde hace ya dieciséis años, las más preclaras distinciones no estrictamente políticas del orden jurídico.

Por tanto, la referencia hipotecaria de un lado, el carácter honorario de otro y lo escueto de la glosa llevaba por fin a poner sobre el papel algunas consideraciones, ni mucho menos todas las que el texto sugiere, y hacerlo en el ejercicio estricto de mi libertad, es decir, sin los compromisos que de una dependencia orgánica o corporativa pudieran derivarse cuando, además, al llegar el tiempo inmediato, si no se es libre, nada se es.

Justificado el título y dentro de una deseada modernización, no puede por menos de sentirse rubor ante reformas como la publicada, tan menesterosamente urdida, de un contenido tan simple como penosamente indigente, fruto sin duda de oscuras intenciones que debían afrontar las cosas con más altura de miras, pensando objetivamente y no mediante medidas discriminatorias, superficiales y extrañas en un verdadero orden jurídico.

He de confesar que esta sensación es la que tuve con el conocimiento de la anulación de la reforma hipotecaria de 1998, como consecuencia de un recurso que nunca debió presentarse sin tomar conciencia de que con ello se ponía fin a una actualización normativa de la doctrina legal alcanzada durante años por la aplicación honesta, rigurosa y dinámica de Notarios y Registradores, siguiendo una tradición ya centenaria. La inoportunidad de la iniciativa, por razón de quien venía, fue manifiesta (1).

Dicho todo esto, me parece obligado glosar, según he anticipado, algún punto singular de la reforma de la Ley Hipotecaria, texto tan prestigioso en

(1) Un juicio terminante sobre este acontecimiento histórico, que procede de campo neutral, es el emitido por MERCEDES FUERTES en el trabajo titulado: «Sorprendente impugnación de una reforma con claroscuros. A propósito de las sentencias que anulan gran parte de la modificación del Reglamento Hipotecario», en *Repertorio de Jurisprudencia de Editorial Aranzadi*, núm. 5/2000. En especial, por su valor y sinceridad merecen transcribirse estas líneas: «De la lectura de la sentencia se puede deducir sin dificultad que el escrito de demanda contenía una exhaustiva censura y aprobación de cada apartado y precepto incorporado. Una crítica desmedida y, a mi juicio, exagerada con el objeto de poner de manifiesto que el redactor de la norma había cometido un gran dislate y abuso, infringiendo en todo caso el régimen legal. Esta desaforada actitud parece impulsada por motivaciones muy distintas a las meramente jurídicas, esto es, a las que pueden justificar la interposición de un recurso contra una disposición general, como la finalidad de proteger la legalidad y seguridad jurídica. Veladas quedan esas motivaciones en el conflicto jurídico que suscitan los notarios. Aunque, quizá algo tenga que ver el destacado papel de los registradores que la reforma pretendía subrayar. En estas complejas coordinadas se desenvuelven estos conflictos».

nuestro país que nunca se pensaría había de ser modificado sin debate real, con nocturnidad y alevosía, aunque pudieran traerse razones de política administrativa que lo aconsejaran, cuando en cambio otras cuestiones de fondo no se han tratado dentro de esa misma perspectiva.

Pertenece, por tanto, el nuevo texto legal al grupo normativo característico de las nuevas leyes al uso y a las que GARCÍA DE ENTERRÍA (2) ha identificado como «*leyes desbocadas*», tan lejos «*de la sage lenteur meditative de los legisladores del siglo XIX*», entre las que el propio autor en el prólogo a la obra de un Notario, aludía como texto equiparable a la Ley del Suelo de 1956, a la Ley Hipotecaria al recordar según «*alguna vez he dicho que con ella (la Ley del Suelo) ocurre lo que pasó con la Ley Hipotecaria de 1861, que se adelantó notablemente a su tiempo y que fue menester más de medio siglo para comenzar a extraer de ella la totalidad de sus virtualidades*» (3).

II. EL JUICIO DE SUFICIENCIA DE LAS REPRESENTACIONES O APODERAMIENTOS

El número 2 del artículo 98, sin alteración del 18 de la Ley, contiene una innovación introducida solapadamente en la Ley Hipotecaria, que deja en la mayor de las ambigüedades su alcance y plantea por ello dudas ciertas sobre sus efectos.

Dice al respecto que «*la reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario*».

Dicho con esta generalidad, no se sabe bien si lo que la Ley pretende es sustraer a la calificación registral sólo una parte de los documentos notariales, los inscribibles, aunque para ello debió retocar el artículo 18 de la Ley, que queda intocado, o si se ha pretendido introducir por una puerta inadecuada un principio nuevo en todo el ordenamiento que traslada el centro de gravedad de la suficiencia de la calificación de los representantes a los Notarios, siendo así que, si tal fuera la interpretación preferida, ello representaría un elemento insospechado por cuanto en tal caso debería deducirse que ni los órganos

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas», en *Cuadernos Cívitas*, 2000, págs. 93 y sigs. En esta corta publicación se resalta «*toda esta curiosa forma de legislar (frenética, sin apreciación mínima de lo que se innova, avalando las propuestas más ocasionales y tantas veces impróptu... acogiendo fórmulas incluso perfectamente contradictorias o sin sentido*».

(3) MARTÍN GAMERO, ALBERTO, *Expropiaciones urbanísticas*. Editorial Montecorvo, 1967, pág. 14.

judiciales podrían entrar en su valoración, salvo cuando se plantease como cuestión de fondo, ni la Administración en las múltiples manifestaciones de la contratación administrativa tendrían tampoco la posibilidad, para evitar los riesgos de un contrato viciado, de verificar la suficiencia de las facultades de los representantes de los licitadores ante las convocatorias efectuadas.

No parece posible que pueda darse una interpretación extensiva tal que generalizara en todos los ámbitos la innecesariedad de la reproducción de los poderes y, sobre todo, el juicio de suficiencia bajo la responsabilidad del Notario autorizante, por lo que el parecer dominante debe ser el primero.

Pero aún en el caso de que se limite la aplicación a los documentos inscribibles ya que la Ley, y mucho menos esta Ley escoba, no ha derogado el resto del bloque de legalidad en donde tienen cabida el examen y verificación de las representaciones, debe tenerse presente que aún dentro del ámbito registral, como iremos viendo, resulta dudosa su aplicación, aunque no fuera menos que por la subsistencia del artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, resultando imposible que se pretenda su generalización a toda manifestación jurídica en la que pudiera caber el juicio de suficiencia, como si se tratara de una aplicación de las adquisiciones a *non domino*, para lo que habría necesidad de una declaración radical desde la Ley, lo que no ocurre ni siquiera en el orden registral en el que el artículo 33 expresamente excluye que la inscripción suponga la convalidación de los actos o contratos nulos, precisamente el eventual fraccionamiento de su régimen revela su radical debilidad.

Ello ocurre con determinados negocios jurídicos en los que por su contenido, tengan o no efectos registrales, resulte imposible su fraccionamiento documental en su aplicación. Nos parece, en este sentido, paradigmático el caso de la escritura de constitución de una Junta de Compensación que sucesivamente ha de ser aprobada por la Administración Urbanística. La trascendencia de su contenido viene dada porque tiene que alcanzarse la mayoría legal suficiente de los adheridos, de tal modo que producida ésta los disidentes, si no se adhieren a su creación, quedan sujetos a la expropiación de los bienes comprendidos en su ámbito.

La alternativa ordinariamente admitida es que, según los Estatutos aprobados, la Junta puede constituirse con transmisión del dominio de los bienes afectados o sin que este efecto se produzca. Si no hay transmisión, el título no es inscribible en el Registro de la Propiedad, pero en todo caso siempre ha de aprobarse por la Administración, por lo que si se mantiene la idea del fraccionamiento es necesaria la consignación de la representación. Si, por el contrario, fuera inscribible, podría sostenerse que bastaba el juicio de suficiencia, lo que evidentemente no tendría sentido aunque, como es evidente, en todo caso será posible en cualquier documento incorporar los títulos acreditativos de la representación.

En casos como el que se acaba de indicar en los que, además, la concurrencia de una participación mayoritaria es determinante de la situación y actitud de los demás interesados, la existencia de una pluralidad indeterminada de interesados exige no una mera constancia extradocumental de la suficiencia sino una recepción íntegra y suficiente de los documentos integrantes de la representación en el momento del otorgamiento y después, ya que la posible adhesión posterior debe permitir a los que tengan interés en ella conocer si concurren todas las condiciones legales para estimar correctamente prestado el consentimiento mayoritario, teniendo en cuenta que la Ley, según hemos dicho, ni siquiera alude a la imposible convalidación del acto sino que a lo más a que llega es a dar causa a una acción de responsabilidad.

A su vez, para apreciar estas dificultades, nada mejor que aludir a estas circunstancias:

- a) En primer lugar, parece advertirse un eco en la finalidad del precepto que respondiera al modelo de la eficacia de los asientos extendidos por el Registrador, los cuales, a partir del juicio del mismo, quedan bajo la salvaguarda judicial, de manera que sólo pueden enervarse sus efectos mediante sentencia firme.
Sin embargo no parece razonable la identidad, precisamente en relación con los negocios jurídicos bilaterales en los que el juicio de suficiencia recae sobre aspectos parciales del contrato mientras que el Registrador opera sobre un todo indivisible y final, a la vista de eventuales elementos no conocidos por el Notario en el momento del otorgamiento.
- b) Por eso trasladar los riesgos del error al campo de la responsabilidad del Notario resulta igualmente incoherente con el supuesto valor de suficiencia ya que, si tal circunstancia ocurriera, no serviría para nada el juicio de suficiencia porque es equivalente a reconocer la invalidez eventual del negocio a pesar de aquel juicio. Si por tanto la calificación no es vinculante y encima se pretende que no se exteriorice en el título, más bien lo que podría entenderse es que se producirá un ocultamiento indebido de los términos de la representación que dejaría en penumbra la estructura subjetiva del contrato.
- c) Tal circunstancia nunca puede quedar en la mera exhibición a las partes en el momento del otorgamiento como si se generase un acto propio invisible e irreversible desde que se produzca. Por el contrario, como ya hemos indicado, el carácter bilateral o plurilateral del contrato debe hacer posible para el otro u otros contratantes el conocimiento pleno y permanente del documento, tanto en su posición estática actual como en la eventualmente dinámica de la sucesión de

nuevos interesados que pueden tener necesidad del mismo conocimiento.

- d) El traslado de las consecuencias del otorgamiento indebido a la responsabilidad del Notario no cierra el cuadro de consecuencias puesto que, evidentemente, una representación defectuosa puede determinar la nulidad del contrato o incluso su inexistencia, habiendo ocultado el Registro la causa, a pesar de que el Juez puede decretar la nulidad del asiento por ser nulo el título. Pero siendo esto así y al no haber podido el Registrador verificar la legalidad de la representación, surgirá, después del proceso de anulación del acto, un nuevo proceso más, que en contra de los intereses del perjudicado éste se verá obligado a iniciar, con lo cual todo ello redundará en el debilitamiento de la seguridad jurídica, cuando lo que la ley pretende, según el lenguaje empleado, es reforzar la seguridad preventiva.
- e) En este sentido, el mantenimiento del artículo 18 de la Ley, en especial la verificación del juicio de validez del acto por el Registrador y el hecho de que en la nueva Ley sólo se aluda al juicio de suficiencia a los efectos de la determinación de la responsabilidad del Notario, pone ante un grave dilema al texto legal, convirtiendo sus previsiones en inoperantes, puesto que el Registrador, bajo su responsabilidad, está obligado a no dar acceso al Registro más que a los actos válidos, por lo que si no tiene a su disposición elementos objetivos verificables que aseguren la validez en aras del principio de legalidad, debe exigir los documentos acreditativos de la representación y si no lo hace incurrirá en causa de responsabilidad frente al perjudicado. En este sentido, si se citan determinados documentos y éstos han sido ya tenidos en cuenta en otros documentos inscritos, o están en el Registro, en particular los relativos a actos en masa, sería razonable que el Notario se remita a ellos, pero no así cuando se trate de representaciones desconocidas o aisladas ante las que, frente a la mera declaración del Notario, asumiendo su responsabilidad, debe primar la verificación de la validez, puesto que una vez inscrito el acto, sin que ello se acredite, puede dar lugar a situaciones irreversibles por virtud del juego de la protección del tercer hipotecario.

Pero si todas estas razones se consideraran insuficientes, hay una razón de fondo que deja afectada la cuestión central.

En efecto, es del todo evidente que las dos Corporaciones están presas de una dialéctica difícilmente conciliable en sus extremos: cuanto más se inclinan por la profesionalidad para diferenciarse de la funcionarización, más tienen que ceder a las consecuencias naturales inherentes al rol que desean jugar. Si se intensifica la idea de profesionalidad hay que aceptar la libertad de

elección y si se destaca la funcionarización no queda en entredicho necesariamente el régimen de retribución pero no admite que ésta sea superior a la razonable, por decirlo en términos moderados, así como los términos objetivos razonables para una prestación efectiva del servicio. Lo que no puede es incurrirse en una contradicción insalvable entre ambas posiciones.

Esto se pone de manifiesto especialmente en el punto que estamos tratando. Basta con advertir cómo funciona en rigor el juicio de suficiencia deducido de la Ley. Este se confiere al Notario, pero ello se hace, ¿porque es Licenciado en Derecho? Parece evidente que no, porque entonces todos los Licenciados en Derecho podrían teóricamente hacerlo. ¿Se le reconoce porque el Notario está incorporado a un exclusivo Colegio Profesional? Parece que tampoco sería suficiente porque los Abogados, también siendo Licenciados en Derecho, al ser ejercientes quedan incorporados con pleno sentido de responsabilidad dentro de su Colegio Profesional. El único caso cercano es el de la Corporación de Arquitectos que ejerce una función tuitiva a favor del interés público con los visados urbanísticos en los proyectos de sus colegiados aunque, por supuesto, no vinculan con él a través de un juicio formal a la Administración, por lo que en definitiva sólo es operativo el visado como instrumento corporativo de autocontrol colegial.

Si por lo tanto todo esto es así, la razón diferencial reside en la investidura formal por el Estado de una función pública que les confiere a sus miembros la fe pública dentro de un estatus reglado, sometido a un régimen disciplinario como el de cualquier otro funcionario en lo esencial de la prestación del mismo.

La distorsión surge cuando, por la libre elección del Notario, la idea de función queda relegada a la mejor y más conveniente opción de los interesados, de tal manera que éstos, igual que pueden elegir a un Abogado o a otro, también pueden elegir a uno entre las docenas de Notarios que hay en Madrid o en Barcelona.

La restauración del equilibrio en méritos de la seguridad jurídica es inevitable: cuanto más aproximada sea la función a los intereses particulares más debe ser reforzado el interés público en beneficio de los intereses difusos de todos los ciudadanos, y ello sólo puede hacerse a partir del reforzamiento del control de legalidad atribuido a un funcionario independiente, singular por su función, e inamovible, es decir, predeterminado y responsable con plenitud de poderes. El hecho de que también para la decisión última del competente se acuda a un cuadro predeterminado y también inamovible no lo desvirtúa, precisamente por ello. En este sentido la intervención arbitral de los Registradores predeterminados del cuadro de sustituciones no desnaturaliza su función en línea con la tendencia a la incorporación de fórmulas arbitrales incluso en los conflictos con la Administración como prevé la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Por tanto, en la medida en que se incorporan tendencias meramente profesionales en la función notarial, la alternativa del reforzamiento de los controles parece obligada, en cuanto la disponibilidad interesada de su juicio de suficiencia queda más expuesta a los poderes inevitables de las fuerzas sociales y ello, además, a favor de las más suficientes o poderosas.

Si a eso se añade el régimen de garantías frente a la calificación registral con el reconocimiento de un sistema de revisión superior y la aplicación del principio constitucional de tutela judicial efectiva, escamoteado aparentemente en la Ley ante el juicio notarial como funcionario público, la consecuencia inevitable a la que se llega es a la radical menesterosidad de la fórmula, su inferioridad en el juicio de legalidad ante la subsistencia del artículo 18 de la Ley y la necesidad de salvar el principio de tutela judicial incorporando las decisiones determinantes de la práctica de los asientos registrales *in toto* a un juicio objetivo y sucesivo de legalidad.

Juicio objetivo que, como expresión singular de su condición, conlleva la responsabilidad personal y directa del Registrador, con todos sus bienes, frente al régimen común de enmascaramiento de la responsabilidad del funcionario por la responsabilidad prácticamente única de la Administración.

III. LA EFICACIA VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL

Existen materias consustanciales al entendimiento del Derecho que deben ser tenidas como esenciales en un ordenamiento como el español y que precisamente por su sentido profundo constituyen la estructura esencial del mismo, de tal manera que o no se han de tocar o si se hace debe sentirse una especial delicadeza para que no se dé lugar a expresiones indebidas, perturbadoras o imprudentes.

Naturalmente que refiriéndose a la pequeña jurisprudencia de la Dirección de los Registros, el significado podría ser menor, pero si se quiere ser consecuente con una doctrina ya centenaria, pacíficamente admitida y revitalizadora de las instituciones, no debe ser tocada en vano su eficacia, principalmente en un momento en el que aquella doctrina no ha tenido el encaje deseado dentro de la estructura y funcionamiento del Estado de Derecho instaurado por la Constitución.

De no hacerlo así queda destruida no sólo una cultura jurídica, que tantos resultados ha dado, sino también desencuadrado todo el sistema dejándolo irreconocible.

Partiendo de la analogía admitida de hecho con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun sin tener formalmente este rango, es evidente que, en el terreno de los principios, fuera de la aplicación institucional de la doctrina

legal de la jurisprudencia dimanante de aquél, su aplicación efectiva ha seguido unos cauces similares desde el punto en que las resoluciones resolvían, como es inevitable, el caso concreto, y cuando expresaban una doctrina repetida constituían una auténtica doctrina legal que sin necesidad de acudir a la enfática subordinación funcional era extensible necesariamente a la práctica registral y evidentemente también a la notarial. Puesto que, como es obvio, no sólo a los Registradores es aplicable esta obligación. De tal modo era relevante que naturalmente podía dar lugar a una aplicación incluso disciplinaria cuando Notarios y Registradores se separaran de ella, sin perjuicio también de servir de soporte para la articulación de los recursos gubernativos.

Cuando todo esto es así resulta sorprendente que se toque este punto innecesariamente y además de manera insatisfactoria en un momento de indefinición del modelo de recursos en esta materia y además a través de una Ley que, aunque Ley, evidentemente es Ley menor, de escasa realidad jurídica porque, afortunadamente, no sólo la Ley es el Derecho y ni siquiera siempre lo es, a pesar de las apariencias.

El texto del artículo 327, de nueva creación, en su párrafo décimo, contiene el nuevo mandato en los términos siguientes: «*Publicada en el Boletín Oficial del Estado la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los Registros, mientras no se anule por los Tribunales. La anulación de aquélla, una vez firme, será publicada del mismo modo*».

El modelo analógico de la doctrina legal del Tribunal Supremo lleva consigo, como circunstancia identificadora, la existencia de una pluralidad de sentencias en las que la *ratio decidendi* se reitere de tal manera que ni una sola sentencia forma jurisprudencia ni tampoco los *obiter dictum*, aunque se repitan, la constituyen. A su vez, como circunstancia fundamental, aunque ahora trasladable a los Tribunales Superiores que decidan por razón de su competencia como última instancia los procesos en que intervengan, debe tratarse en todo caso del Tribunal Supremo, ya sea en las casaciones ordinarias o en la casación para unificación de doctrina.

El Consejo de Estado en un sugerente Dictamen de 11 de octubre de 1984, con claros ecos heideggerianos a propósito de su esencia existencial, tuvo ocasión de decir que «*en la Exposición de Motivos del nuevo Título Preliminar del Código Civil se atribuye a la jurisprudencia "transcendencia normativa". Algo hay seguro con ello y es que forma parte del ordenamiento jurídico por cuanto lo complementa y cumple una función ordenadora o normativa. Ciertamente que la jurisprudencia no es fuente autónoma, el acto de incorporación no es directo. Llega por el canal de las fuentes propiamente dichas. Las normas jurídicas, y con ellas la ley, no pertenecen al mundo existencial del ser sino al mundo cultural de la significación y la validez. Luego aun cuando la jurisprudencia no se elabora y formula como la ley, se*

incorpora a su significación y asume su validez... Por no ser una fuente autónoma está dotada de una capacidad para la simbiosis y por ello, además, no tiene rango distinto o inferior, sino que adquiere el correspondiente a las fuentes con motivo de la interpretación de las cuales se produce».

Por eso, la sentencia de 30 de noviembre de 1998, haciendo una prolija cita de otras anteriores de 30 de diciembre de 1991, 31 de enero de 1992, 30 de septiembre de 1993, 16 de noviembre de 1994 y la de 3 de abril de 1995, deja claro que *«la presunta infracción de la jurisprudencia..., no puede ser tenida en cuenta desde el instante mismo que la parte recurrente sólo cita una sentencia, cuando es doctrina jurisprudencial de esta Sala consolidada y pacífica la que establece que habrán de citarse, al menos, dos sentencias».*

El hallazgo, la interpretación y la eficacia de la doctrina legal nunca deja de ser el resultado de una matizada y sutil aplicación del Derecho, de tal manera que teniendo como fondo la salvaguarda de la seguridad jurídica, no impida la vivificación de la norma para adaptarla a la realidad social, ni menoscabe el ejercicio responsable de la propia conciencia, pero evitando la libre creación del Derecho de espaldas a la doctrina consolidada de los órganos más representativos de su aplicación en un Estado de Derecho (4).

En este sentido precisamente una referencia muy ajustada se contiene, por ejemplo, en la sentencia de la Sala Tercera, de 2 de febrero de 1994, de la que fue ponente el Magistrado RAMÓN TRILLO TORRES, que pone de manifiesto todos los matices enunciados. Se dice así que a la jurisprudencia le corresponde la tarea de conseguir *«la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico... (de tal forma que) la doctrina legal (distinta de la mera jurisprudencia) juega con especial intensidad a la hora de unificar los criterios aplicativos de la Ley y del Derecho».* En todo ello late *«el principio de seguridad jurídica formulado en el artículo 9.3 de la Norma Suprema que reclama un ateniimiento de las decisiones judiciales a los criterios jurisprudenciales y a la doctrina legal».*

Pero se reconoce también que *«todo lo anteriormente indicado no priva a los Tribunales de considerar o poner de manifiesto algún elemento o circunstancia de hecho o de derecho no tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo o no destacados por éste con la suficiente relevancia que les permita promover en lo posible una reorientación de la jurisprudencia...»*, destacando también la idea de la primacía del órgano judicial último como se

(4) Entre los trabajos sobre esta materia pueden ser citados, entre otros, los de RODRÍGUEZ DEL BARCO, JOSÉ, publicado en el *Anuario de Derecho Civil* de enero-marzo, 1978, pág. 159, bajo el título: «La Jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo título preliminar del Código Civil», y HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL, en la *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, núm. 3, pág. 359, titulado «Marginales al nuevo título preliminar del Código».

corresponde con una *«organización piramidal, en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo, que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes»*.

Ahora bien, esta superioridad no equivale a que se le *«permita emitir mandatos a los órganos... inferiores respecto al sentido en que deben resolver cada proceso, lo cual sería ontológicamente opuesto al principio de independencia judicial, pero tiene dos importantes manifestaciones: una terminante, que su sentencia prevalece sobre cualquiera que se hubiese dictado en el mismo proceso; otra, más difusa, el valor como doctrina de su propia jurisprudencia que el ciudadano tiene derecho a esperar que normalmente sea seguida y respetada como un adherente complementario del ordenamiento jurídico»*. Doctrina que se mantiene a pesar de la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 17 de mayo de 1993, que incidentalmente mantiene que *«la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores que en uso de su autonomía e independencia judicial pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo»*, supuesta contradicción que se salva en la sentencia que comentamos, destacando su inmediata aplicación a los derechos fundamentales contenidos en los recursos de amparo.

En base a estas circunstancias se plantean dudas fundadas sobre alguno de los puntos siguientes.

De un lado y por esencia, la identificación de una doctrina legal y vinculante es predicable de una igualdad de supuestos, por lo que ni siquiera será posible decir, en cualquier caso, que existe la identidad si se desconoce exhaustivamente el supuesto de hecho que hubiera dado lugar a la resolución. Lo cual comporta, para hacer efectiva la vinculación, adentrarse en la razón de la calificación y todas las circunstancias concurrentes.

Esto significa que la coercitividad de la vinculación, salvo los casos extremos de prevaricación, ordinariamente sólo será reconocible a través, precisamente, de un recurso en el que se ventile alguna cuestión ya decidida sobre la que se deduzca la existencia de una doctrina legal.

En otro caso, lo que habría es una intromisión en la esencia de la función calificadora, a pesar de no ser una función judicial, en la que domina la prohibición de intromisión, en congruencia con la aplicación del principio de inamovilidad, salvo la penal o por causa previsiblemente también del ejercicio de la potestad disciplinaria resultante de hechos groseros y repetidos de desobediencia que, por sí mismos, fueran ya determinantes de prevaricación o desobediencia.

Pero, por otra parte, el intento simplista de la tipificación del deber en los términos expuestos lleva a una flagrante insuficiencia con su propio texto porque si la doctrina legal habría de ser la que emana del órgano último,

¿puede decirse a partir de la Ley que el órgano último es la Dirección General cuando sus decisiones son revisables por los jueces en la forma y por el procedimiento fijado por el artículo 327, párrafo décimo de la Ley? ¿Frente a qué resolución hay desobediencia o cuál de ellas es la vinculante, la resultante de las expresas de la Dirección, las tácitas desestimatorias no recurridas, las sentencias que las revocan y se publiquen? ¿Las de qué Juzgado o Tribunal, teniendo en cuenta que pueden darse múltiples sentencias, consentidas o revisadas? Recíprocamente, bien podría decirse que la desobediencia podría surgir si existiendo una pluralidad de sentencias conformes en un determinado sentido resultara después que la Dirección, que es la que podrá conocerlas más fácilmente, se apartara de ellas.

De igual modo otro motivo de sorpresa reside en la provisionalidad de su eficacia *«mientras no se anule por los Tribunales»*, lo que lleva a la paradójica solución de seguir el modelo administrativo de la ejecutividad de los actos, aunque la firmeza tan sólo se alcanzaría si no se interpusiera la demanda en el plazo de dos meses, lo que es incompatible con el carácter de la doctrina legal y su vinculación universal que, obviamente, requiere la firmeza.

Es decir, por esencia en el procedimiento delineado, si algo hace con rotundidad la Ley es romper el principio piramidal y de jerarquía, lo que inhabilita de raíz su mera operatividad práctica, y encima provisional, incluso aunque fuera deseada.

Son tantas por eso las interrogantes, y más nacidas precisamente del nuevo sistema, que bien hubieran debido llevar a huir de una afirmación tan simple como insuficiente cuando además la tradición centenaria ha permitido corregir las desviaciones mediante la llamada *«y lo demás acordado»*, según la fórmula usual contenida en el artículo 123 del Reglamento Hipotecario.

IV. LA SEDICENTE CORRECCION DISCIPLINARIA POR VIA DE REDUCCION DE HONORARIOS

Aun cuando sea ésta una materia estrictamente situada en la política disciplinaria, no puede menos de resaltarse el nuevo modelo legal que se introduce formando parte material del régimen de sanciones, aunque sin tipificarse claramente así, a la vista de la reducción de honorarios para el caso de que se demore la calificación, que no la práctica del asiento, por un tiempo superior al de quince días desde la presentación del documento.

Dice a este respecto el nuevo artículo 18, en los tres últimos párrafos, lo siguiente: *«El plazo máximo para calificar será de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación o, si hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de des-*

pacho un título presentado con anterioridad, desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o el despacho del título previo, respectivamente.

Si, transcurrido el plazo máximo señalado en el párrafo anterior, no hubiera tenido lugar la calificación, el interesado podrá instar del Registrador ante quien se presentó el título que la lleve a cabo en el término improrrogable de tres días o la aplicación del cuadro de sustituciones previsto en el artículo 275.bis de esta Ley.

La calificación realizada fuera de plazo por el Registrador titular producirá una reducción de aranceles de un 30 por 100, sin perjuicio de la aplicación del régimen sancionador correspondiente».

Su texto es sorprendente porque si el legislador considera que la calificación ha de hacerse en un plazo máximo, la superación del mismo debe dar lugar a la apertura de un expediente disciplinario instruido con audiencia del sujeto infractor que terminará o no con la reducción de los honorarios y la imposición de una sanción como en el inciso final se reconoce en este punto. Es decir, sea cual fuere la estética de la medida elevado al rango de Ley formal, lo que no es admisible es que se produzca la rebaja sin que previamente sea oído el que presuntamente haya cometido el hecho ya que, aunque no resulte tipificada expresa y nominativamente como infracción con claridad, la conducta podría ser subsumible en la falta grave, si fuera reiterada, de «*incumplimiento... de cualesquiera deberes impuestos por la legislación registral*», como además parece deducirse del citado inciso final.

En todo caso, sea cualquiera la calificación, los efectos dañosos resultantes de su aplicación material con la reducción de honorarios han de atraer irremediabilmente las reglas y principios del régimen penal según una continuada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ya que una interpretación *uti cives* de la Constitución no tolera ni el desconocimiento del principio de intencionalidad doloso o culposo, incluso en los procedimientos administrativos, ni menos la privación de la audiencia previa a la privación de bienes o derechos, para evitar su indefensión.

Por ello, con independencia de dejarse la medida prácticamente a merced de la iniciativa de los particulares, usuarios del servicio, si la razón de la rebaja es la superación del plazo legal, lo normal es que hubiera llevado inevitablemente al ejercicio necesario de las potestades disciplinarias, terminen o no en sanción. Lo que recíprocamente significa que la reducción de honorarios no puede ser automática mientras el Registrador no lo acepte, ya que el presunto incumplimiento no tiene por qué terminar necesariamente en la imputación de una conducta negligente sancionable y siempre, como garantía elemental, con la audiencia del interesado.

La aplicación mecanicista de la rebaja con la imposición real de una reducción de aranceles equivalente a una verdadera sanción por el mero transcurso del plazo resulta inadmisibile, y menos aún dejarla en manos del usuario

del servicio desde el punto en que no todo transcurso del plazo puede ser culpable ya que es obvio que en la práctica pueden darse casos muy variados que lo justifiquen, a menos que la intención sea hacer de la calificación un acto meramente rituario y sin enjundia jurídica.

A su vez, recíprocamente, si la Administración ha promovido la necesidad de acudir a este arbitrio es para acelerar el despacho porque ha conocido una práctica no deseada y ante ella no ha reaccionado diligentemente.

No se entiende por ello una medida confiscatoria de unos derechos legítimamente adquiridos por virtud del desempeño de un trabajo y función reconocidos por el Estado, aplicándose, con insólita discriminación en contra de una clase de funcionarios, y en un texto con rango de Ley, sin antes dejar constancia de su fracaso en la corrección de las desviaciones que han debido presuntamente ser reiteradas.

V. EL REGIMEN DE RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El régimen de recursos frente a las resoluciones de la Dirección, con el transcurso del tiempo ha venido poniendo de manifiesto sus deficiencias. Cuando el contenido usual de los títulos inscribibles venía referido a materias de Derecho Privado, el funcionamiento de los recursos operaba de forma coherente, puesto que la Dirección se limitaba, sin más preocupaciones, a determinar si eran o no inscribibles y, en coherente solución con la gran afirmación de que los asientos estaban bajo la salvaguarda de los Tribunales, remitía a éstos, respecto de los asuntos tratados por ella, para que decidieran sobre la nulidad o validez de los mismos, ya que el asiento, entre partes, no convalidaba su supuesta invalidez.

Ya en el régimen preconstitucional, a partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la configuración de la Dirección como Centro Directivo dentro de la Administración planteaba la duda de si frente a sus decisiones cabía recurso contencioso ante esta Jurisdicción. Mientras se siguiera la línea histórica-tradicional y versara la decisión sobre materias de Derecho Privado, no parecía predicable esta posibilidad, puesto que dicha Jurisdicción queda objetivamente delimitada por la circunstancia de que se trate de actos sujetos al Derecho Administrativo.

No obstante la expansión del sistema registral hasta materias antes ordinariamente ajenas, entre otras cosas por virtud del viejo dogma de su innecesidad respecto del domino público, lo que, como varias veces hemos advertido, tantas dificultades ha provocado, dio lugar a un incremento incesante

en los recursos gubernativos en cuestiones también sujetas al Derecho Administrativo. Ello provocaba la natural sujeción a la Jurisdicción correspondiente si bien, aún siendo esta afirmación coherente, no encaja del todo con el remedio subsidiario tradicional de reservar a los tribunales la decisión sobre la validez o nulidad del título ya que, precisamente, la ejecutividad del acto es la que permite la inscripción y salvo la simultaneidad de dos actuaciones paralelas, la de la impugnación del acto administrativo de origen y la decisoria del recurso gubernativo, lo normal es que ya el acto de origen sea definitivo y no podrá replantearse su eventual nulidad.

Por fin la promulgación de la Constitución con la sanción del principio constitucional de tutela judicial efectiva lleva inevitablemente hacia la posibilidad de revisión judicial, como coronación del sistema entero, a pesar de las dificultades de técnica jurídica para lograr su coherente aplicación.

Todo ello quiere decir que es normal que el tema se aborde a nivel legislativo, reconociendo la complejidad y dificultad de su encaje. Lo que no es tan normal es que se haya abordado en esta Ley tan coyuntural, fuera de los cauces exigibles, para resolver un problema técnicamente complejo.

Lo que vamos a ver es que la solución dada es enormemente discutible, técnicamente defectuosa y en la práctica ininteligible.

2. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA IMPUGNACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN

El nuevo régimen legal pasa a formar parte de un nuevo precepto de la Ley Hipotecaria, el artículo 328, cuyo contenido esencial responde a estas ideas:

A) Conforme a las exigencias deducidas del sistema constitucional, antes expresadas, las resoluciones de la Dirección son revisables judicialmente, lo que parece plenamente conforme con el principio de que no hay ámbitos exentos del control judicial.

B) La atribución de jurisdicción se hace, sin embargo, según un juicio de exclusividad, «*ante los órganos del orden jurisdiccional civil*», lo que representa una simplicidad temeraria toda vez que, como es obvio y resulta no sólo de todo el ordenamiento jurídico sino también del mismo orden registral, la variedad de actos registrales procede de todos los órganos jurisdiccionales, según su respectivo régimen propio, y también de todas las Administraciones Públicas ya sean Territoriales o incluso Institucionales.

C) Identificada la jurisdicción competente, se asigna ya el tipo mismo del proceso, con todas las consecuencias que ello comporta a la hora del régimen de recursos en orden a la fijación de la unidad de doctrina: serán de aplicación, dice, «*las normas del juicio civil*». Ello supone que siendo atribución de la Ley el señalamiento de la competencia judicial, el vacío legal

determinante del órgano debe completarse con la remisión en bloque al régimen de recursos contra sus sentencias a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

D) El Juzgado competente ha de ser al que por turno corresponda «*de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble y, en su caso, los de Ceuta y Melilla*». Esto supone, en gran parte, de las capitales de provincia que sean incluso docenas de Juzgados los eventualmente competentes.

E) La impugnación ha de hacerse mediante la presentación de «*la demanda ...en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o, tratándose de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo*». Resulta sintomática la híbrida nomenclatura utilizada, por una parte administrativa, silencio administrativo negativo y plazos, y de otra, civil, desde el tipo de juicio, inicio por demanda, etc. Ello, a su vez, obliga también a cuestionar si el juez civil deba atenerse al régimen administrativo de impugnación judicial de la resolución expresa posterior.

F) La legitimación para recurrir queda limitada a «*los que lo estuvieren para recurrir ante la Dirección...*», con lo cual pueden hacerlo los interesados, el Notario autorizante o a quien se sustituya, la autoridad judicial, el «*funcionario competente de quien provenga la ejecutoria, mandamiento o el título presentado*» y el Fiscal, todo ello según el artículo 325. Con lo cual queda negada inexplicablemente la legitimación del Registrador que al menos por su situación paritaria con el Notario prácticamente en todos los órdenes, así lo exigiría, por lo que no parece de recibo su exclusión y, como veremos, tampoco parece que tenga asiento constitucional suficiente, encomendándose en cambio la defensa de la Dirección al Abogado del Estado, lo que sería razonable si no fuera porque precisamente con la resolución confirmatoria de la Dirección, lo que se está haciendo es confirmar la calificación del Registrador, existiendo en consecuencia un interés concurrente que debe permitir también una doble representación. Y, a su vez, si la resolución de la Dirección fuera de revocación de la nota, el Abogado del Estado mantendrá como es obligado la posición de la Dirección, pero quedará sin protección la del Registrador que calificó a título personal y como tal debe poder mantenerla.

G) Siendo así que «*el procedimiento judicial en ningún caso paralizará la resolución definitiva del recurso*», ordinariamente ocurrirá que, dada la larga duración del proceso y la eventualidad de que la resolución expresa tenga distinto contenido que la desestimatoria tácita, el proceso seguido no sea válido, a diferencia de lo que ocurre en el proceso contencioso en el que la entrega del expediente por la Administración sólo permite ordinariamente que la expresa se produzca antes de la remisión del mismo, con lo cual basta con ampliar el recurso a la posterior resolución expresa contradictoria, pues la demanda es posterior y hasta entonces sólo ha habido el mero escrito de

interposición. En cambio, en el juicio civil como principia por demanda, ésta ya se habrá producido, con lo cual deberá empezarse un nuevo proceso ante nuevo Juzgado, etc.

Tal es el modelo seguido, como hemos dicho, herido de origen por la peculiar situación de la Administración demandada, lo que hace que unas veces siga las pautas del procedimiento administrativo y otras del civil, sin marcar decididamente un camino coherente.

Al final de la primera instancia judicial cabe la posibilidad de interponer, contra la sentencia que recaiga, que será susceptible de ejecución provisional, recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de cada capital de provincia y contra la sentencia de la Audiencia, según el artículo 466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia o recurso de casación bajo el único motivo de infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, según el artículo 477, cuando la cuantía excediera de veinticinco millones de pesetas, hoy de ciento cincuenta mil euros, conforme al Real Decreto de 7 de diciembre de 2001, de conversión a euros de las cuantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es decir, la vinculación efectiva de la decisión, «*vinculante para todos los Registros*», según se ha dicho, es la resultante para el caso concreto de la sentencia firme recaída y, como término comparativo general, no la sentencia concreta sino las que provengan de la doctrina legal en sentido estricto.

Por eso, llevada la cuestión a los términos del proceso civil, resulta de nuevo incoherente la ejecutividad de la resolución de la Dirección que por no ser firme en vía jurisdiccional se correspondería más bien con el orden contencioso-administrativo y, en todo caso, debe ligarse cautelarmente la impugnación con la inscripción de la misma.

Un último punto, paralelo dentro de este epígrafe, es el que proporciona el nuevo artículo 329 cuando frente a la denegación del Registrador «*a extender asiento de presentación, a calificar, a expedir nota y su motivación, a notificar o a elevar el expediente en los plazos y formas establecidos*», se concede un recurso de queja cuya resolución «*podrá ser objeto de impugnación en vía jurisdiccional de acuerdo con lo dispuesto para la revisión jurisdiccional de la resolución del recurso gubernativo*».

Verdaderamente el deseo de objetividad ha de impulsar a un juicio sereno, y más de un precepto aprobado por las Cortes de España. Sin embargo, se hace muy difícil no expresar una visión crítica, por tan defectuosa «*cosmovisión procesal*», que sin duda estará llena de buena voluntad, pero que no puede pasar un elemental contraste con el ordenamiento total del país.

Si la Ley hubiera dicho que «*la resolución recaída podrá ser objeto de impugnación jurisdiccional*» y nada más, no habría nada que objetar. Sin

embargo, añadir que la revisión se hará de acuerdo con lo dispuesto para la revisión jurisdiccional del recurso gubernativo, cuando lo que establece la Ley es la atribución completa a la Jurisdicción Civil por los trámites del juicio verbal en el que se niega la legitimación al Registrador, la fórmula elegida no es fácil de entender.

Como bien comienza el precepto, en los casos contemplados se está en presencia de un procedimiento sancionador respecto del cual la queja del particular determinará la imposición de una sanción o su desestimación. En todo caso, el Registrador se hallará en tales supuestos en una situación jurídica de subordinación especial ante la Administración, como cualquier otro funcionario público y por tanto sujeto a la jurisdicción contenciosa con su plena participación para que no se incurra en indefensión. Si, a su vez, la Administración no contesta e incurre en una omisión injustificada, no es el Juez civil al que le corresponde el control de aquélla, para lo cual, además, está sujeta a la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Todo ello porque las conductas contempladas, con exclusión quizá de la negativa a extender un asiento de presentación, realmente forman parte de las obligadas actuaciones exigidas por la prestación del servicio público.

No hay necesidad de decir que todo ello es sin perjuicio del ejercicio de la acción de responsabilidad civil del Registrador, ante el Juez civil por las reglas del juicio ordinario, según su cuantía, y como es lógico siendo demandado el Registrador, o la responsabilidad de la Administración del Estado, ante la Jurisdicción contenciosa y siguiendo el modelo de las causas de la Ley de Régimen Jurídico y el procedimiento contencioso ante el Tribunal que sea competente, que puede ser desde el Tribunal Superior de Justicia en este caso de Madrid, la Audiencia Nacional o incluso, en determinados casos, el Tribunal Supremo.

Ya veremos, a continuación, qué puede suceder con las consecuencias de la indebida atribución de jurisdicción.

3. LA ATRIBUCIÓN DE JURISDICCIÓN PARA LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA DE LOS RECURSOS GUBERNATIVOS

Expuesto el esquema legal y aunque ya hemos ido destacando las singulares circunstancias del texto, naturalmente según nuestro parecer, a continuación nos corresponde acometer el comentario de este punto, el que sin duda era un extremo esencial en una reforma de la Ley Hipotecaria en tiempo postconstitucional, dada la manifiesta insuficiencia del texto hasta ahora vigente después, especialmente, de promulgada la primera norma del Estado.

Para afrontar esta cuestión, en cumplimiento de la Constitución y conforme a la configuración del Estado como un Estado de Derecho, la primera

exigencia procede del orden jurisdiccional dispuesto por las leyes, en particular la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo texto inicial es el resultante de la Ley de 2 de julio de 1986.

En su Exposición de Motivos se dice, a este respecto, que *«el Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de poderes del Estado... requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular»*.

En desarrollo de este principio, el artículo 9.º dispone que *«los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley»*, para lo cual se desarrolla el ejercicio de la jurisdicción entre sus diferentes órdenes en función de las materias susceptibles de enjuiciamiento: la civil por las *«que les son propias (y) todas aquéllas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional»*; la penal para el *«conocimiento de las causas y juicios criminales»*; el orden contencioso-administrativo en relación con *«las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones reglamentarias»*; el social y, después, el militar, siendo la *«jurisdicción improrrogable»*, lo que se apreciará incluso de oficio y sin perjuicio de las cuestiones prejudiciales.

Es cierto que una Ley Ordinaria es igualmente una ley, como lo es una Ley Orgánica. Sin embargo, cuando una materia como ésta, definidora del orden jurisdiccional del Estado, procede de una Ley Orgánica y ésta exige un quórum especial para su formulación, sólo es válida su modificación, aunque no sea de aplicación estricta el principio de jerarquía, pero sí el de especialidad, mediante otra Ley Orgánica.

Por eso la preferencia del criterio de especialidad en la competencia de las Leyes Orgánicas para la delimitación de los órdenes jurisdiccionales implica la prohibición de legislar la misma materia en una Ley que no tenga este carácter y, por tanto, la inoperancia de sus previsiones por ser contrarias a aquel principio (5).

(5) Sobre este punto resulta obligado consignar la cita de la literatura sobre la materia, comenzando por un trabajo publicado en esta misma revista, núm. 575, del año 1986, pág. 1021, del que es autor EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, titulado «El sistema de fuentes y la Ley Orgánica». En igual sentido, los de SOSA WAGNER, FRANCISCO, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, de 1979, pág. 199, que lleva por título «Aproximación al tema de las Leyes Orgánicas»; o el de ENRIQUE LINDE PANIAGUA, titulado «Competencia o jerarquía en la posición de la Ley Orgánica en el ordenamiento jurídico», y RAFAEL GÓMEZ FERRER, ambos en la *Revista de la Administración Pública*, núms. 91 y 113, págs. 107 y 7 respectivamente, de los años 1980 y 1987, año 1987, titulado el último «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional».

Por tanto, los distintos órdenes jurisdiccionales son los cauces por donde discurren materialmente los diferentes campos del Derecho que constituyen todos ellos el ordenamiento jurídico, sin espacios exentos, aunque susceptibles de ampliación por la misma u otra ley con rango suficiente, toda vez que cualquier desviación indebida queda sujeta incluso al control de la casación por abuso, exceso o defecto de jurisdicción sin perjuicio de las garantías constitucionales. Por tanto, desviar el orden de las jurisdicciones es equivalente, como se decía del propósito de la antigua Unión Soviética, al intento de desviar el cauce del Danubio.

Lo criticable en este punto de la Ley no es por ello que elija el orden jurisdiccional civil para revisar las resoluciones de la Dirección General, sino que lo haga con carácter de exclusividad. Es por ello que la lectura de la misma, si ha de hacerse conforme a la Constitución, comporta que única y exclusivamente las cuestiones civiles o incluso las prejudiciales de otro orden de aquéllas se encomienden a la jurisdicción civil, de tal modo que aquellas otras que correspondan a otra jurisdicción, en especial la contencioso-administrativa, corresponderá su revisión a la jurisdicción correspondiente. De otro modo, el precepto no tiene posibilidad de sobrevivir.

Si se llevara al tenor literal del precepto la contradicción con la realidad jurídica y social sería manifiesta. En efecto, el propio ordenamiento registral se hace eco explícito de la existencia, además de las escrituras públicas, situadas ordinariamente en el ámbito civil, de los documentos judiciales de cualquier orden o jurisdicción y de los documentos administrativos, también de cualquier Administración Territorial o Institucional, según hemos dicho. Por ello, de igual modo que sería inverosímil que por la mera producción de decisiones por un órgano de la Administración, la Dirección General de los Registros, quedaran sujetas sus resoluciones a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para verificar su adecuación a Derecho, por ejemplo, en una sustitución fideicomisaria o el régimen de los intereses variables de una hipoteca, lo mismo ocurriría si un Juez civil entendiera de la adecuada interpretación del acto de aprobación de un proyecto de compensación o reparcelación, de la inscripción de una expropiación, de la reversión de bienes expropiados, la inscripción de una concesión administrativa o su cancelación por caducidad, etc.

Especialmente en este orden administrativo se entiende la incoherencia que representaría que un acto firme en vía administrativa procedente, por ejemplo, del Consejo de Ministros, y por tanto atribuible a la Audiencia Nacional o al Tribunal Supremo, se revisara su adecuación a Derecho por un Juez de Primera Instancia, aplicando normas estatales de carácter administrativo, aunque sólo fuera a los efectos de una inscripción a veces tan esencial como podría ser la concesión administrativa de una autopista. Y lo mismo ocurriría, como hemos anticipado, respecto de la modificación de un proyecto

de reparcelación, a través de una operación jurídica complementaria, según ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones la Dirección.

Por tanto, sólo una interpretación correctora del tenor literal de la Ley puede salvarla, de tal modo que los documentos judiciales sean susceptibles de revisión judicial en el mismo orden del que procedan en trámite de ejecución de sentencia o arbitrando un proceso especial en cada Jurisdicción y que los documentos administrativos se puedan revisar ante su Jurisdicción utilizando incluso el esquema de plazos de la Ley y el juego de la resolución expresa o tácita, pero acomodándose a las peculiaridades procesales de cada Jurisdicción, sin las limitaciones sobre legitimación no extensibles a otros procesos, con independencia de lo que diremos a continuación.

Naturalmente que estas correcciones por vía interpretativa, además en materias de orden público, son muy discutibles, pero no parece inconveniente que desde la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial y las distintas leyes procesales pueda impedirse su aplicación desde el principio de tutela judicial y el cuadro completo que impide la existencia de espacios exentos del control judicial.

De no ser así nos parecerá un espectáculo sorprendente la espera de las docenas de sentencias de Juzgados de Primera Instancia de Madrid, Barcelona o cualquier otra gran ciudad, frente a las resoluciones expresas o tácitas de la Dirección, interpretando las anotaciones preventivas en materia de disciplina urbanística, las anotaciones del recurso contencioso dispuestas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo con motivo de un Plan de Ordenación, la pretensión de reversión, etc., ... suspendidas o denegadas por un Registrador, frente a las resoluciones expresas o tácitas de la Dirección.

4. EL OBLIGADO RECONOCIMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LOS REGISTRADORES EN LOS PROCESOS DE REVISIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Para terminar estas glosas, parece obligado referirnos a un punto ya enunciado, contenido en el nuevo artículo 328 de la Ley Hipotecaria que, en combinación con el 325, excluye a los Registradores de la posibilidad de acudir a la revisión judicial de las resoluciones de la Dirección, exclusión de legitimación que abarca incluso al Registrador que con su nota de calificación dio lugar al recurso gubernativo.

Desde muy diversas perspectivas es criticable la injusta exclusión del Registrador, tanto en aplicación también del principio de tutela judicial efectiva como desde el propio principio de igualdad, comparado con el reconocimiento al Notario y, en definitiva, desde la acomodación de la norma a la Constitución.

Dice el artículo 24 de ésta que *«todas las personas tienen derecho 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 recepción expresa en el texto constitucional de los sucesivos conceptos de *«derechos e intereses legítimos»*, expresión institucionalmente identificable con los denominados conceptos jurídicos indeterminables, es decir, dotados de un sentido único y además de atribución judicialmente imperativa, y el hecho de que se les confiera rango constitucional significa que tanto por la doctrina del mismo Tribunal Constitucional, como por el mandato expreso del artículo 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual *«la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»*, el reconocimiento de la legitimación dimanante del interés legítimo del Registrador, sea ya de por sí sólo suficiente para la personación en el proceso, debiendo entenderse que las personas a las que se refiere la Ley pueden hacerlo desde ella, pero sin que ello implique en rigor que queden excluidos los demás que ostenten un interés o un derecho legítimo amparado en la Constitución o en otra norma legal.

Remontándonos al texto constitucional y su interpretación, debe decirse que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 24/1987, y en el mismo sentido en la 93/1990, señala que *«al conceder el artículo 24.1 de la Constitución el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares... está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales»*.

Por eso en la sentencia del mismo Tribunal 95/1992, se dice que *«después de la Constitución y a la luz del artículo 24 de la misma, hay que entenderlo sustituido (se refiere al concepto de interés directo) por el criterio más amplio de interés legítimo identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, según sentencias 60/1982, 62/1983, 275/1988 y 97/1991»*.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de junio de 1995, conduciendo a la idea de que la relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión comporta dialécticamente el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo o negativo, actual o futuro, pero cierto.

Aún más, la sentencia del Tribunal Constitucional 195/1992 extiende la legitimación en la defensa de los intereses colectivos a los órganos corporativos, al decir:

«La noción de interés directo como requisito de legitimación del artículo 28 de la Ley Jurisdiccional ha quedado englobado en el concepto más amplio de interés legítimo por obra del artículo 24.1, precepto que precisamente emplea esta expresión en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. Interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración», lo que corrobora el nuevo texto de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 13 de julio de 1998, admitiendo en su artículo 19 la legitimación corporativa, lo que evidencia que en todo caso el propio Colegio de Registradores podría hacerlo con apoyo en el propio texto constitucional.

El hecho de que el Registrador sea un funcionario público y por lo tanto que esté incurso en la prohibición de interponer un recurso, cual si fuera un funcionario común, no excluye la necesidad de su reconocimiento tanto por la propia peculiaridad de su función como, justamente en este caso, por la identidad que en este punto tiene con el Notario, ya que ambos si son tales y no únicamente licenciados en Derecho o abogados, es porque han recibido la investidura del Estado para el ejercicio de una función pública que sin ella no existiría.

La decisión última de un recurso evidentemente que puede entrañar una responsabilidad patrimonial y directa del Registrador con lo cual, aún siendo funcionario, igual que el Notario al que se le reconoce la legitimación, debe admitirse su participación siguiendo la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 261/1996, a propósito de los recursos interpuestos por los titulares de un órgano administrativo afectados como personas físicas en sus derechos e intereses legítimos (6).

(6) Así puede verse en el trabajo de JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO, titulado «Legitimación procesal e interés legítimo», a propósito del caso de profesores universitarios, y en los Comentarios de GONZÁLEZ PÉREZ, el mejor procesalista español en materia contencioso-administrativa y Registrador de la Propiedad ya jubilado, a la Ley de la Jurisdicción. El trabajo del primero puede verse en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, año 1997, págs. 99 y sigs.

Merece citarse una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de octubre de 2000, Aranzadi 152, publicada en la Colección Aranzadi de Jurisprudencia de los Tribunales Superiores, que dice: «La expresada causa de inadmisibilidad debe ser analizada conforme al principio plasmado en el artículo 24.1 CE y, por lo tanto, en el sentido más favorable al pleno y eficaz ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es el de lograr la superación de los obstáculos primordialmente formales y procedimentales y conseguir la obtención, si ello es factible, de una resolución de fondo, pues, de no ser así, la pretendida declaración de inadmisibilidad resultaría irrazonable y, en suma, vulneradora del derecho fundamental que dicho precepto constitucional proclama.

De igual modo, si el reconocimiento de la legitimación del Notario proviene del hecho razonable de que fue quien creó el título, la legitimación del Registrador surge paralelamente de que fue quien hizo la calificación del mismo y dio lugar al recurso. Es decir, si la credibilidad del Notario exige que

Respecto al enlace interpretativo actual, después de la Constitución Española de 1978, del concepto de "interés" como presupuesto de la legitimación, la jurisprudencia y la doctrina del Tribunal Supremo, de la que es exponente la sentencia de 19 de noviembre de 1993, y del Tribunal Constitucional han dejado sentado que:

1.º *Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo personal y directo" o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", y que obviamente es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.*

2.º *Dicha situación que, desde el punto de vista procedimental y procesal, supone una específica relación de la misma con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se ha extendido, después de la Constitución, por el juego conjunto de los artículos 162.1.b) de la misma, 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 23.a) y c) y 2 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), a lo que, con más precisión, se titula "interés legítimo", concepto que es mucho más amplio que el de interés personal y directo que utilizan algunos de dichos preceptos y que consiste en el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio, aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato.*

3.º *Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos), así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionara un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución dictada o que se dicte o llegue a dictarse.*

4.º *Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de «personal y directo», pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (en sentencias 60/1982, de 11 de octubre; 62/1983, de 11 de julio; 160/1985, de 28 de noviembre; 24/1987, 257/1988, 93/1990, 32 y 97/1991 y 195/1992, entre*

se le dé la oportunidad de defender que el documento era legítimo, también la credibilidad del Registrador exige que su honorabilidad profesional le permita mantener la legalidad de la calificación. Aún más, si la honorabilidad y el buen nombre del Notario autorizante justifica su legitimación por los perjuicios profesionales y la responsabilidad patrimonial en que hubiera podido incurrir por autorizar un documento indebido, al menos la misma o incluso mayor responsabilidad es imputable al Registrador por una suspensión o denegación indebida, desde el momento en que su decisión es la última en el procedimiento registral.

Por tanto desde ese estatus del Registrador se deduce la existencia de un interés directo y legítimo congruente con el reconocimiento de que, a diferencia de los demás funcionarios, incluso de los Jueces y Magistrados, tiene una responsabilidad personal y directa ante los particulares y las Administraciones interesadas cuando incluso sin haber incurrido en infracción disciplinaria alguna, su calificación ha determinado la creación de un perjuicio patrimonial que no tienen obligación de soportar.

Junto a esta faceta tampoco puede menospreciarse la singular posición del Registrador como funcionario inamovible frente al principio de legalidad. Como ya tuvimos oportunidad de señalar en una anterior ocasión, los Registradores no son equiparables a Jueces y Magistrados en cuanto, como dispone el artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, «no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa». Pero ello no supone que no deban promover la aplicación de la legalidad cuando, según su responsabilidad, es vulnerada, lo que debe llevar a la posibilidad de utilizar todos los remedios legales en su defensa, entre ellos, en coherencia con su propia calificación, los de la defensa de la misma.

otras, y autos 139/1985, de 27 de febrero; 520/1987 y 356/1989 han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superior y más amplio que aquél, sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa a dictar ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

5.º Es suficiente, por lo tanto, el interés legítimo, que no puede quedar limitado exclusivamente a las fases de amparo constitucional —art. 162.1.b) CE— o del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial —arts. 28.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 6 de la Ley 62/1978—, sino que es aplicable también a la vía administrativa previa, que es presupuesto “sine qua non” de la jurisdiccional y, en su caso, de la constitucional, pues, de no aceptarse dicho criterio amplio y extensivo, la restrictiva interpretación de la legitimación en esa vía administrativa ante la que se recaba la inicial tutela general de las expectativas individuales haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que el artículo 24.1 CE ha configurado la defensa de las mismas, tanto por medio del recurso de amparo constitucional como del recurso contencioso-administrativo en general...»

Por tanto, la exclusión expresa de la legitimación es causa suficiente, si se negara, para promover que se suscite la cuestión de inconstitucionalidad. Pero, en todo caso, también la denegación, con independencia de la defensa corporativa por el menoscabo de los derechos y facultades de sus miembros, es cuanto menos determinante de amparo constitucional por vulneración de los principios de tutela judicial efectiva y de igualdad, dada la discriminación resultante del distinto tratamiento procesal del Notario autorizante del título que dio lugar a la calificación determinante del recurso.

VI. EPILOGO

Se iniciaron estas notas, como de su título de desprende, con una cierta ironía, por otra parte ingenua e inofensiva. Al terminar su redacción y poner el punto final tengo sin embargo una sensación poco agradable, de tal modo que casi desearía que el comentario expuesto no tuviera demasiada justificación y fuese más bien el resultado de un juicio equivocado.

Al hacerse esta reflexión y además estar redactada para su remisión a una Revista, como es la *CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, de tanto prestigio y autoridad, en la que han escrito los más relevantes juristas, especialmente Notarios y Registradores, durante ya más de setenta y cinco años, siento igualmente, a pesar de su carácter puntual, que con la promulgación de la Ley de modo inexplicable se va a provocar la pérdida de una cultura jurídica común, históricamente consolidada, ante el riesgo cierto de que el mantenimiento de una doctrina durante tanto tiempo arraigada con prestigio y honestidad se ponga en trance de desaparecer.

Existen ciertas reformas, precisamente por ser abruptas y poco meditadas, que cuando se producen hacen que el camino emprendido parezca irreversible. Desde este presentimiento hace falta recuperar el sentido común y actualizar su aplicación al tiempo nuevo que representa la realidad social presente, pero hacerlo con altura de miras para que precisamente la credibilidad lograda no se malogre y desaparezca en aras de intenciones y propósitos ocultos y difícilmente confesables.

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Registrador de la Propiedad

Cuestiones sobre la expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles de adquirir su propiedad

SUMARIO: I. LAS EXPECTATIVAS.—II. CLASIFICACION DE LAS EXPECTATIVAS: A) LAS EXPECTATIVAS DE HECHO: 1. *Concepto de expectativa de derecho*. 2. *Clases de expectativas de hecho*. B) LAS EXPECTATIVAS DE DERECHO: 1. *Concepto de expectativa de derecho*. 2. *Supuestos de expectativa de derecho*. C) EL DERECHO EXPECTANTE.—III. LA EXPECTATIVA DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD POR PARTE DEL POSEEDOR *AD USUCAPIONEM* DE COSAS MUEBLES: A) ESTUDIO PARTICULAR DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO DEL ARTÍCULO 1.955 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. *La expectativa de adquirir la propiedad por usucapión ordinaria*. 2. *El ejercicio de la reivindicatoria como causa de extinción de la expectativa*. 3. *Particular estudio del párrafo tercero del artículo 1.955 del Código Civil*: a) Cosa mueble perdida o de la que hubiese sido privado ilegalmente o adquirida en venta pública; b) Las cosas empeñadas en Montes de Piedad o adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido. B) LA EXPECTATIVA DE DERECHO PLANTEADA EN EL ARTÍCULO 1.956 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. *Sujetos que pueden usucapir*: a) Los autores; b) Los cómplices; c) Los encubridores; d) Otros sujetos no mencionados en el artículo 1.956 del Código Civil: d.1) Conspiradores, proponentes y provocadores; d.2) Los receptadores. 2. *Plazos para que proceda la prescripción adquisitiva*: a) La prescripción del delito o falta, o su pena: a.1) Hurto y robo: a.1.a) El hurto: a.1.a.1) Los autores; a.1.a.2) Los cómplices. a.1.b) El robo: a.1.b.1) Los autores; a.1.b.2) Los cómplices. a.1.c) El robo y hurto de uso de vehículo. a.2) La estafa y la apropiación indebida: a.2.a) La estafa: a.2.a.1) Los autores; a.2.a.2) Los cómplices. a.2.b) La apropiación indebida: a.2.b.1) Los autores; a.2.b.2) Los cómplices. a.3) Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas: a.3.a) Los autores; a.3.b) Los cómplices. b) La prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta. 3. *Cómputo del plazo para que proceda la prescripción adquisitiva*: a) Modo de llevar a cabo el cómputo; b) Requisitos para que se inicie el cómputo.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS EXPECTATIVAS

Se podría decir, con carácter general, que la doctrina distingue «del derecho subjetivo unas situaciones de entidad inferior, que suponen sólo la vocación más o menos insegura, verosímil o condicionada a una titularidad futura (...) Constituyen derechos *in fieri*, a falta de algún requisito para su nacimiento, o perspectivas de adquisición de derechos» (1). La máxima diferenciación, por tanto, respecto de los derechos subjetivos se encuentra en el hecho de que son situaciones en curso de formación —«derechos subjetivos en formación» (2), que en algunos casos llegarán a ser derechos subjetivos en sentido propio (3), una vez cubiertas las lagunas o extinguidas las limitaciones que les impedían alcanzar tal categoría. Es decir, frente al derecho subjetivo, aparecen unas figuras —expectativa de hecho, de derecho y derecho expectante— que tendrán como común denominador el hecho de la pendencia (4): circunstancia que, por otro lado, marca esencialmente a una situación con el carácter de expectativa, al tiempo que la diferencia del derecho subjetivo.

Aun cuando la mayoría de la doctrina opta por el término expectativa no falta quien, a esas situaciones de pendencia, les atribuye otra denominación: situaciones jurídicas interinas sin calificación especial, situaciones jurídicas carentes de firmeza, situaciones jurídicas de pendencia y las titularidades temporalmente limitadas (5); o habla de derechos eventuales (6).

(1) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General. Vol. Tercero. Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Ed. Dykinson. Madrid, 1999, pág. 76. Cfr. también MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. Doctrinas Generales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1954, págs. 12 y 13. Aunque son los civilistas los que establecen esta figura, la misma se exportará a otras ramas del ordenamiento, en las que también se la considerará distinta del derecho, Fundamento de Derecho 2.º [RJA. 1997/2746]). Para un estudio más amplio de las expectativas, cfr. MATEO SANZ, *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 249 y sigs.

(2) ALPA, *Istituzioni di Diritto Privato*. 1.ª ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1994, pág. 183.

(3) Cfr. MONATERI, *Voce Diritto soggettivo. Digesto delle Discipline Privatistiche. Vol. VI. Quarta Edizione*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1990, pág. 421. TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*. Quindicesima edizione actualizada por Piero Schlesinger. Giuffrè Editore. Milano, 1997, pág. 64.

(4) Cfr. IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*. Vol. I. Ed. Librería Ojanguren. Oviedo, 1961, pág. 9.

(5) Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General. T. Primero. Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*. Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 679 a 688.

(6) DEMOGUE, «De la nature et des effets du droit éventuel». *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1906, págs. 231 y sigs.

A su vez, esas tres figuras —expectativa de hecho, de derecho y derecho expectante— se distinguirán entre sí atendiendo a su posible tutela por parte del ordenamiento jurídico:

Las primeras —expectativas de hecho— no gozarán de esa condición de interés tutelado: el ordenamiento no las defiende fruto de su escasa virtualidad jurídica (7).

Las otras —expectativas de derecho y derechos expectantes—, porque pretenden algo más, serán las que en propiedad puedan tratarse como interés tutelado y, por ello, el ordenamiento garantizará su protección. Baste como ejemplo de este particular la redacción, suficientemente clara, del párrafo 1.º del artículo 1.121 del Código Civil:

«El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho».

Ya se ve que es en este tema —la protección— donde derecho y expectativa convergen; al mismo tiempo, esa posibilidad de defensa, nos sirve para ver la divergencia entre las expectativas de derecho y las meras expectativas de hecho, por cuanto que estas últimas carecen de amparo por parte del ordenamiento (8).

II. CLASIFICACION DE LAS EXPECTATIVAS

A) LAS EXPECTATIVAS DE HECHO

1. *Concepto de expectativa de derecho*

Las expectativas de hecho son también conocidas como meras expectativas (9) o esperanzas (10). Ya sólo la denominación —expectativa de hecho—

(7) Cfr. JOSSERAND, *Derecho Civil. T. I. Vol. I. Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas*. Revisado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillo y Manterola. EJE, Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, 1950, págs. 118 y 119. IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos...* Vol. I, cit., págs. 8 y 9. ALPA, *Istituzioni...*, cit., pág. 183.

(8) Cfr. JOSSERAND, *Derecho Civil. T. I. Vol. I...*, cit., págs. 118 y 119. IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos...* Vol. I..., cit., págs. 8 y 9. ALPA, *Istituzioni...*, cit., pág. 183.

(9) SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción y concordancias del Derecho Español por Agustín Luna Serrano, 7.ª ed. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pág. 75.

(10) Cfr. FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Dottrine Generali. Parte I. Il Diritto.— Il Soggetti.— Le cose*. Ed. Athenaeum, Roma, 1921, pág. 433. JOSSERAND, *Derecho Civil. T. I. Vol. I...*, cit., págs. 118 y 119. ALPA, *Istituzioni...*, cit., pág. 183.

marca una diferencia con las de derecho, a las que en cierto modo podríamos reconocer un rango superior. Esto nos puede llevar a admitir que entre las esperanzas y las expectativas de derecho existen «pocos caracteres comunes» (11); pues entre el hecho y el derecho, a los efectos de su reconocimiento por el orden jurídico, hay un abismo; el hecho no es nada en el campo jurídico hasta que el ordenamiento lo admite, el derecho ya ha sido admitido: ya es parte del mismo, aunque su existencia sea pendiente.

En conclusión, la principal discrepancia entre las expectativas de hecho y las de derecho radicaría, en que las de derecho —como su propio nombre indica— tienen un marcado carácter jurídico, mientras que las de hecho carecerían de esa impronta jurídica (12) y por lo tanto de valor en el tráfico jurídico (13).

2. *Clases de expectativas de hecho*

Si nos adentramos un poco más en el mundo de la esperanza o mera expectativa, descubriremos que en ella se pueden diferenciar dos situaciones distintas; por un lado, aquellas expectativas de hecho que no son más que pura subjetividad; y por otro las que gozan de un fundamento objetivo (14). Cuando concluyamos con el análisis de ambas, podremos afirmar que si bien es admisible la divergencia entre la esperanza y la expectativa de derecho, ésta no llegará a ser radical, por lo menos en lo que a las esperanzas objetivas se refiere, por cuanto que estas últimas quizá puedan transformarse en expectativas de derecho: transformación más difícil —aunque no imposible— en el caso de las esperanzas subjetivas.

Las esperanzas subjetivas —fundadas en la pura subjetividad interna del sujeto— no serían más que meras creencias o consideraciones de que se goza de la idoneidad para llegar a ser titular de un derecho. Estas situaciones no pasarían de meras esperanzas, es decir nunca podrían alcanzar la condición de expectativas de derecho, por cuanto que esa creencia subjetiva en la posibi-

(11) LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Vol. Tercero...*, cit., 76.

(12) Cfr. DEMOGUE, «De la nature...», cit., pág. 233. FERRARA, *Trattato...*, cit., pág. 433. JOSSEAND, *Derecho Civil. T. I. Vol. I...*, cit., págs. 118 y 119. CLEMENTE DE DIEGO, *Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. T. 1.º Introducción. Parte General*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, pág. 42. IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos... Vol. I...*, cit., pág. 15. ESCRIBANO, *Voz, Expectativa. Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*. Primera edición. Ed. Cívitas, Madrid, 1995, pág. 2997. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*. Undicesima Edizione. Giuffrè editore, Milano, 1996, pág. 62.

(13) Cfr. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Vol. Tercero...*, cit., pág. 76.

(14) Cfr. IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos... Vol. I...*, cit., págs. 14 y 15.

lidad de llegar a ser propietario, donatario, heredero, acreedor, etc., si no tiene más fundamento que el ámbito puramente subjetivo, no gozará de ninguna protección o garantía del ordenamiento jurídico, que reclama siempre la existencia de algo objetivo.

En las segundas, es decir, aquellas que gozan de un fundamento no sólo subjetivo sino también objetivo y externo —por ejemplo, la del que se sabe instituido heredero y confía en llegar a adir la herencia—; en estas segundas —repito—, aun cuando ya la esperanza no es solamente algo subjetivo, tampoco se puede admitir que el ordenamiento le otorgue una pretendida protección jurídica.

Esto último no excluye —y es aquí donde la esperanza objetiva se distingue de la subjetiva—, que la espera con fundamento objetivo puede llegar a ser expectativa de derecho; «puede haber algo que califique esa esperanza jurídicamente para que pase a ser expectativa, y ese algo no puede ser otra cosa que una circunstancia —hecho, acto o conducta— que para el Derecho resulta relevante en el sentido de significar sin más que de ella puede derivar, con el sólo correr del tiempo, un determinado derecho subjetivo» (15).

De algún modo, se podría observar una cierta analogía, bastante esclarecedora, a la hora de distinguir la esperanza subjetiva, la objetiva y la expectativa de derecho, si recurrimos a las distintas «graduaciones que se pueden establecer entre lo posible y lo imposible pasando por lo probable hasta llegar a lo fundado: así por ejemplo, sería infundada la esperanza de ser titular de la patria potestad en un impúber; sin embargo tal esperanza la puede tener como probable un casado, y es fundada en caso de gestación de la esposa» (16).

Ya se ve que en los distintos grados que aquí se establecen, la situación de esperanza es más insegura o más cierta en unos supuestos que en otros, en este sentido la patria potestad de un impúber sería una mera esperanza subjetiva; mientras que la misma situación en un casado gozaría del carácter de esperanza objetiva; y por último, esa patria potestad, en el supuesto de que su esposa se encuentre en estado de buena esperanza, se identifica totalmente con la expectativa; por eso, en este último caso, se establece un amparo jurídico desde el momento en que se considera la vida del *nasciturus* como un interés jurídico que merece protección.

(15) *Ibidem*, pág. 15.

(16) *Ibidem*.

B) LAS EXPECTATIVAS DE DERECHO

1. *Concepto de expectativa de derecho*

Al margen de que en los epígrafes anteriores se ha hecho mención a esta figura, y lo referido nos habrá dado ya una idea de lo que es la expectativa de derecho, creo que la importancia que la misma tiene reclama un análisis independiente.

Si partimos del lugar que ésta ocupa dentro de las distintas figuras jurídicas, podríamos establecer que «la expectativa de derecho no es ni la mera esperanza de un derecho subjetivo futuro ni, de otra parte, el derecho subjetivo mismo (...) es aquella posición de espera del sujeto a la que el ordenamiento jurídico, favoreciendo su conservación y su aptitud para transformarse en derecho subjetivo, atribuye relevancia jurídica» (17). Ocuparían, dentro de este marco, el papel de una «figura intermedia entre el derecho nacido y perfecto y el no derecho o no existencia de derecho» (18). Sería «una posibilidad, más o menos segura jurídicamente, de adjudicación de un derecho subjetivo, especialmente un crédito o un derecho real» (19); una vocación o llamamiento al disfrute de un derecho (20): «un derecho subjetivo en formación» (21).

Esta figura ocupa un lugar intermedio entre la esperanza y el derecho expectante, tan próximo este último al derecho subjetivo que casi se confunde con él: «... los derechos subjetivos, nacidos o expectantes...» (22).

2. *Supuestos de expectativa de derecho*

Vaya por delante, que la relación que a continuación hago de ejemplos que podrían ser considerados como expectativas de derecho, aun siendo amplia, no pretende agotar los casos que cabría incluir dentro de dichas expectativas. Bastaría, a los efectos que aquí interesan, mencionar la expectativa

(17) SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas...*, cit., pág. 75. Cfr. también TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., pág. 62.

(18) CLEMENTE DE DIEGO, *Curso... T. 1.º...*, cit., pág. 41.

(19) LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*. 3.ª Edición. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, págs. 286 y 287. Aunque este autor hable en general de expectativa, entiendo que se refiere a la de derecho.

(20) Cfr. LACAL, «Las expectativas de derecho y los derechos expectantes», en *RCDI*, 1931, pág. 827.

(21) ALPA, *Istituzioni...*, cit., pág. 183.

(22) STS de 21 de enero de 1997, Fundamento de Derecho 3.º (RJA 1997/1865).

del poseedor *ad usucapionem*. De todas formas si refiero otros ejemplos no es más que con la intención de hacer más comprensible lo que sea la expectativa de derecho.

Vistas así las cosas podríamos decir que entre las distintas situaciones que se pueden incluir dentro de esta figura cabe mencionar las siguientes (23):

- Las prestaciones periódicas no vencidas de una renta vitalicia o de una locación.
- La situación jurídica del heredero fideicomisario.
- Los derechos del sustituto.
- El coheredero llamado con vocación solidaria.
- El heredero en grado ulterior cuyo llamamiento esté condicionado a la repudiación del llamado en primer lugar.
- Los derechos de los presuntos herederos legítimos o testamentarios de aquél que es declarado ausente.
- El derecho de usufructo concedido a varios usufructuarios.
- La expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles y de cosas inmuebles.
- La expectativa del descubridor de cosa extraviada.
- El tratamiento como expectativa de la subrogación legal del deudor en los derechos del acreedor en las obligaciones solidarias.
- Las adquisiciones llevadas a cabo por acto no válido pero susceptible de validarse por acontecimientos futuros.
- El derecho que nace a favor de los miembros de una asociación sobre el patrimonio, por efecto de la disolución.
- Los derechos que le pueden llegar a corresponder al *nasciturus*.
- Las expectativas de las personas jurídicas en proceso de formación.
- Los derechos condicionales; etc.

(23) Para los supuestos referidos cfr. VON THUR, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán; Vol. I-I; Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*. Traducción de Tito Ravà. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946, págs. 230 a 237. FERRARA, *Trattato...*, cit., págs. 436 a 439. CLEMENTE DE DIEGO, *Curso... T. I.º...*, cit., pág. 42. BELTRÁN DE HEREDIA, «En torno a la condición potestativa», en *RDP*, 1963, págs. 215 y sigs. SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas...*, cit., pág. 75. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General...*, cit., págs. 260 y 261. ALBALADEJO, *La institución de heredero bajo condición*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983. SCALFI, *Manuale di diritto privato. T. I. Parte generale*. 2.ª ed. Ed. Utet. Torino, 1991, pág. 71. ZINCANI, *Schemi di Diritto privato*. 1.ª ed. Ed. Clueb, Bologna, 1992, págs. 60 a 63. ARROYO I AMAYUELAS, *La protección al concebido en el Código Civil*. 1.ª ed. Ed. Cívitas, Madrid, 1992. PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil. Artículos 615 y 616. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1569 y 1570.

C) EL DERECHO EXPECTANTE

La expresión derecho expectante puede aparecer como una tercera categoría dentro de las expectativas, más próxima, todavía, a los derechos subjetivos.

Se distingue de las expectativas por cuanto que «la posibilidad se ha consolidado de tal forma que ya es considerada en el tráfico como una situación patrimonial actual, y por ello aparece la necesidad de transferirla, pignorarla o entregarla como un derecho subjetivo» (24).

Así, lo que distingue a los derechos expectantes de las expectativas de hecho y de derecho, será la seguridad en el cumplimiento. Los derechos expectantes gozan, respecto al cumplimiento, de un grado de certeza absoluto; mientras que las expectativas «no son más que posibilidades de adquisición que las relaciones jurídicas existentes ya preparan, pero que siguen siendo inseguras y por ello no permiten fundar en ellas un valor actual» (25).

Lo que mantiene al derecho expectante en tal situación, impidiéndole por tanto llegar a derecho subjetivo pleno, no es propiamente una condición sino un acontecimiento de naturaleza distinta.

Si no pende de una condición, la pregunta que se nos plantea es: ¿de qué hecho podrá depender? En este sentido, si recurrimos a la seguridad en el cumplimiento cabría decir que las expectativas dependen de un *dies incertus an, incertus quando*; mientras que en los derechos expectantes nos encontramos ante un *dies certus an, incertus quando* (26); es decir, las expectativas dependen de una condición y los derechos expectantes de un término: de ahí que haya quien les denomine derechos a término (27). Incluso hay quien, a la hora de tratar los derechos expectantes, los incluye dentro de una figura más amplia: los derechos adquiridos (28). En estos últimos aparecen dos elementos: uno de derecho, de carácter legal, contractual o testamentario, que lo hace posible; y otro de hecho —existente y nacido— que realiza la adquisición del derecho.

Por eso, los derechos expectantes son más ciertos, casi de cumplimiento seguro —y así se deduce de los posibles ejemplos de este tipo de dere-

(24) LARENZ, *Derecho Civil. Parte General...*, cit., págs. 286 y 287. Cfr. también: DE CASTRO, *Derecho Civil...*, cit., págs. 679 a 688.

(25) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil, T. Preliminar. Introducción al Derecho*. 2.^a ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 386. VON THUR (cfr. *Derecho Civil... Vol. I-I...*, cit., págs. 226 a 228) habla de derechos de espera o expectativas seguras, contrastándolas con la expectativa de hecho o insegura.

(26) Cfr. MORO LEDESMA, «El precontrato», en *RCDI*, 1934, págs. 13 y 257. LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Vol. Tercero...*, cit., págs. 211 y 212.

(27) Cfr. FERRARA, *Trattato...*, cit., págs. 433 y 434. CLEMENTE DE DIEGO, *Curso... T. I...*, cit., pág. 42.

(28) Cfr. LACAL, «Las expectativas...», cit., págs. 827 a 829. LARENZ (*Derecho Civil. Parte General...*, cit., pág. 286) los enmarca dentro de los derechos de adjudicación.

chos (29)—, que las expectativas de derecho; motivo por el cual se les puede equiparar a los derechos subjetivos.

En nuestro ordenamiento, una situación en la que se podría ver esta diferencia sería la nacida de contrastar los artículos 759 y 799 del Código Civil. En el primero nos encontraríamos ante una expectativa de derecho, en el segundo ante un derecho expectante.

El artículo 759 del Código Civil establece que:

«El heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos».

En este artículo se observa que la situación en la que se encuentra el heredero no goza de tanta entidad como para poder disponer de ella en favor de terceros.

A su vez, el artículo 799 del Código Civil regula que:

«La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento».

Para adecuar este artículo al contraste que aquí se pretende realizar hay que partir de que la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina entiende que en el mismo no se hace referencia a la condición sino al término (30).

En el artículo 799 del Código Civil quizá se pueda hablar de término recurriendo al mayor grado de disposición que de su redacción se deduce, es indudable que esa disponibilidad del heredero o legatario —igual casi al derecho— no puede derivar de una expectativa de derecho, pues entonces habría que recurrir a la regla del artículo 759 del Código Civil, que limita más

(29) Cfr. LACAL, «Las expectativas...», cit., pág. 829. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General...*, cit., págs. 260, 261, 287 y 288.

(30) Véanse por todos: ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. Vol. 1.º Artículo 759*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García. EDERSA, Madrid, 1987, págs. 259 a 263. IDEM, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. Vol. 2.º Artículo 799*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García. EDERSA, Madrid, 1984, págs. 510 y 511. CRESPO ALLUÉ, «La situación de pendencia en las obligaciones condicionales»; *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 552. DÍAZ ALABART, *Comentario al Código Civil. Artículo 759. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1877. TORRALBA SORIANO, *Comentario al Código Civil. Artículo 799. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1959 a 1961. Cfr. también: SSTS de 4 de marzo de 1952, Considerando 6.º (RJA 1952/491); de 20 de noviembre de 1954, Considerando 4.º (RJA 1954/2636); de 6 de diciembre de 1957, Considerando 3.º (RJA 1957/3574); de 26 de enero de 1959, Considerando 2.º (RJA 1959/443); de 3 de noviembre de 1989, Fundamento de Derecho 4.º (RJA 1989/7847); y de 17 de febrero de 1994, Fundamento de Derecho 6.º (RJA 1994/1623).

la disponibilidad; lo que el artículo 799 del Código Civil establece tendrá su fundamento en un derecho expectante o derecho sometido a término, en cuya virtud el grado de disponibilidad es cuasi subjetivo, por no decir el propio de un derecho subjetivo.

III. LA EXPECTATIVA DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD POR PARTE DEL POSEEDOR *AD USUCAPIONEM* DE COSAS MUEBLES

Con este somero análisis, que a modo de introducción he hecho sobre la expectativa y sus clases, procede entrar ahora al estudio que ha dado origen a este trabajo: la expectativa que nace a favor del poseedor de un bien mueble de llegar a adquirir su propiedad por usucapión. A estos efectos son de interés, principalmente, dos artículos de nuestro Código Civil: el 1.955 y el 1.956.

A) ESTUDIO PARTICULAR DE LA EXPECTATIVA DE DERECHO DEL ARTÍCULO 1.955 DEL CÓDIGO CIVIL

En el artículo 1.955 del Código Civil se establece:

«El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.

También prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición.

En cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente, así como respecto a las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el artículo 464 de este Código» (31).

Podríamos decir, en sentido propio, que la expectativa aquí tratada —expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosas muebles de adquirir su propiedad— se refleja con bastante claridad en los dos primeros párrafos de este artículo, mientras que lo dispuesto en el tercero, vendría a ser la causa —ejercicio de la reivindicatoria— por la que esa expectativa de derecho no alcanza cumplimiento, es decir no llega a convertirse en derecho subjetivo.

(31) Aunque el artículo hace mención expresa al dominio, LUNA entiende que (cfr. *Comentario al Código Civil, artículo 1.957. Tomo II*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 2140) la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria que en el mismo se regula, ha de extenderse a los derechos reales limitados poseíbles sobre los bienes muebles.

De todas formas —como veremos más adelante— en ese párrafo tercero también se vislumbra una situación de expectativa.

A los efectos de una mejor comprensión de la figura de la expectativa de derecho en los supuestos que en dicho artículo se presentan, parece oportuno entrar a un análisis más pormenorizado de cada una de las situaciones que en el mismo se regulan.

1. *La expectativa de adquirir la propiedad por usucapación ordinaria*

El encabezamiento de este epígrafe viene a dar razón de lo regulado en el párrafo primero del artículo 1.955 del Código Civil —«el dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe»—.

Podemos concluir, por evidente, que el plazo exigido para que la expectativa —adquirir la propiedad *ad usucapionem*— se convierta en derecho es inferior al establecido en el párrafo segundo del mismo artículo: seis años.

Ese párrafo segundo del artículo 1.955 del Código Civil regula lo que se conoce como usucapación extraordinaria de bienes muebles. En ella, para que la expectativa del poseedor a adquirir la propiedad se consume, sólo será necesario haber poseído durante seis años «sin necesidad de ninguna otra condición»: esta forma de usucapir protege la mala fe que se deriva de la mera usurpación. La ausencia de cualquier otra condición que establece el artículo 1.955, párrafo 2.º del Código Civil no ha de entenderse de modo literal, sino más bien contrastada con el párrafo 1.º del mismo artículo (32): es decir, no será necesaria la buena fe —y por tanto justo título (33)—, pero si se reclamarán los requisitos de posesión en concepto de dueño (cfr. arts. 447 y 1.941 del Código Civil), pública, pacífica y no interrumpida (cfr. art. 1.941 del Código Civil) que se traslucen en el párrafo 1.º del artículo 1.955 del Código Civil (34) y que se exigen para toda usucapación (35).

(32) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., pág. 2137 y 2138.

(33) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil. T. 9. Artículos 1.903 al 1.976*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 489.

(34) Cfr. SAP de Pontevedra, de 1 de junio de 2000, Fundamento de Derecho 2.º (AC 2000/2466). SAP de Sevilla, de 7 de diciembre de 2000, FD. 8.º (AC 2001/91). CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución de cosas sustraídas y pignoras en las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad», en *La Ley*, 1986-1, pág. 981. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 493. Por contraste, cfr. SAP de Zamora, de 4 de marzo de 1999, Fundamento de Derecho 7.º (AC 1999/904).

(35) Cfr. ESPÍN, «El justo título y la buena fe en la usucapación», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. Vol. I*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 157 y sigs. MORALES, *Posesión y usucapación*. CSIC, Madrid, 1972, págs. 73 y sigs.

Como puede observarse, el motivo de esta diferencia de plazo, que se deriva del contraste entre lo dispuesto en el párrafo primero y el segundo del artículo 1.955 del Código Civil, aparece enunciado en dicho párrafo primero: la posesión de buena fe (36). Parte el legislador de que el poseedor de un bien mueble —al serlo de buena fe— goza de justo título (*ex.* 464, pfo. 1.º del Código Civil) (37); de manera que, si esa posesión de buena fe se mantiene durante el plazo de tres años, pasará el poseedor a consolidar su dominio sin que el verdadero propietario —por haber transcurrido ese tiempo— pueda ejercitar con éxito la reivindicatoria.

Para alcanzar esa usucapión ordinaria de bienes muebles, los requisitos reclamados en el artículo 1.940 del Código Civil —«para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley»— se reducen, aparentemente, sólo a dos: buena fe y plazo. Ya que, atendiendo a la proposición primera del párrafo primero del artículo 464 del mismo texto legal —«la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título»—, se entiende que —en la usucapión de buena fe de bienes muebles— el título está subsumido en la buena fe: hay una equivalencia (38). Es este el motivo por el que el párrafo primero del artículo 1.955 del Código Civil sólo hace mención a la buena fe, sin recurrir para nada al título (39).

A estos efectos, ya de tiempo atrás, el Tribunal Supremo entiende que la prescripción mobiliaria ordinaria «requiere, además de la buena fe y el transcurso del tiempo que la ley señala, el justo título que como necesario exige el artículo 1.940, sin que a ello obste la aparente exclusión que de este requisito hace el artículo 1.955, puesto que su silencio acerca de él se halla suplido al disponer el artículo 464 que la posesión de los bienes muebles, cuando se adquiere de buena fe —ha de entenderse que a título de dueño—, equivale a título» (40).

(36) Cfr. SSTS de 13 de diciembre de 1982, Considerando 4.º (RJA 1988/9033); y de 6 de octubre de 1993, Fundamentos de Derecho 2.º y 3.º (RJA 1993/7307).

(37) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.957..., cit., págs. 2140 y 2141. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, págs. 487 a 489.

(38) Cfr. ALCÁNTARA SAMPELAYO, «La adquisición derivativa de bienes muebles y el artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1956, págs. 785 y 787. BADOSA COLL, *Voz, Justo título. Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. XIV. Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1971, págs. 693 y 694.

(39) Cfr. MIQUEL, *Comentario al Código Civil, artículo 464. Tomo I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 1241 y 1242. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., págs. 2135 y 2136. SAP de Málaga, de 18 de noviembre de 1998, Fundamento de Derecho 3.º (AC 1998/2281). Sobre el particular de la buena fe y el justo título, cfr. BADOSA COLL, *Voz, Justo título. Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. XIV. Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1971, págs. 702 y sigs.

(40) STS de 3 de marzo de 1951, Considerando 3.º (RJA 1951/1873).

Por contraste con lo que venimos diciendo, se puede mencionar lo regulado en el artículo 1.957 del Código Civil, en el cual —y para el supuesto de usucapión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles— se exige, además de la buena fe y el plazo, justo título (41). Esto deriva —entre otras cosas— de que en los bienes muebles «es más evidente que en los inmuebles la apariencia de titularidad y por ello son más cortos los plazos para usucapir y para generar la irreivindicabilidad» (42).

En este punto, y a la hora de valorar el contraste entre los artículos 464 y 1.955 del Código Civil, hay que tener en cuenta el complejo tema de las teorías romanista y germanista. Resumiendo ambas posturas (43), podríamos concluir lo siguiente:

a) La posición romanista considera que la buena fe viene a suplir el eventual defecto del título; que el título lo es de posesión —no de propiedad— y que por ello para adquirir la propiedad de la cosa poseída de buena fe se reclamar cumplir con los plazos para la usucapión. Al ser título de posesión no se excluye en ningún momento la reivindicación. Desde el punto de vista de la interpretación romanista del párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil se podría decir que:

«... el adquirente posesorio de buena fe goza de “justo título” para adquirir el dominio mediante su posesión ininterrumpida de tres años. Pero durante esos tres años el dueño de la cosa tiene a su disposición la acción reivindicatoria

(41) Cfr. STS de 5 de diciembre de 1991, Fundamentos de Derecho 3.º, 4.º y 5.º (RJA 1991/8922).

(42) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 492.

(43) Cfr. STS de 19 de junio de 1945, Considerandos 3.º, 4.º, 5.º y 7.º (RJA 1945/709). SAP de Madrid, de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 5.º, I (AC 1998/5144). HERNÁNDEZ GIL, «De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1945, págs. 413 y sigs. IDEM, «Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945», en *RGLJ*, Vol. II, 1947, págs. 384 a 402. VALLET DE GOYTISOLO, «El § 1.º del artículo 464 del Código Civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945», en *ADC*, 1952, págs. 1477 a 1487. ALCÁNTARA SAMPELAYO, «La adquisición...», cit., pág. 787. MELÓN INFANTE, *La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título*. Ed. Bosch, Barcelona, 1957. MARTÍN PÉREZ, *Derechos reales. I. Doctrinas generales. La posesión*. Ed. Noticiero, Zaragoza, 1958, págs. 164 a 174. AMORÓS GUARDIOLA, «La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe», en *ADC*, 1972, págs. 197 y sigs. MARTÍNEZ CALCERRADA, «Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1977, págs. 695 y 700. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*. Ed. Cívitas, Madrid, 1980, págs. 588 y sigs. DE LA CÁMARA, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*. Edersa, Madrid, 1982, págs. 101 y sigs., y 297 y sigs. CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., pág. 982. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., págs. 2136 y 2137. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VI. Artículo 464*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, 2.ª ed. EDERSA, Madrid, 1993, págs. 485 a 511.

(...) Interpretándose la (...) “pérdida” como extravío y (...) la “privación ilegal” como todo acto de disposición llevado a cabo por el poseedor de un bien sin el consentimiento del dueño, incluyendo el caso de sustracción delictiva (así robo, hurto, apropiación indebida, estafa) y el de desposesión voluntaria del dueño a favor de otro (arrendatario, depositario, datario) que luego transmite su posesión» (44).

b) La posición germanista distinguiría los efectos de la buena fe según cuales fueran los bienes muebles sobre los que recae: en los bienes no perdidos ni sustraídos, la posesión de buena fe sería título de adquisición inmediata *a non domino*; en los bienes perdidos o sustraídos, la posesión de buena fe de los mismos sería título para usucapirlos o adquirirlos diferidamente —*a non domino*— en un plazo más breve. De acuerdo con esta interpretación, y contrastándola con la anterior, cabe afirmar que:

«... el adquirente posesorio de buena fe goza de un título que hace irreivindicable la cosa poseída (...) una excepción a esa regla: el verdadero dueño puede reivindicarla frente al adquirente posesorio de buena fe si la hubiese perdido o hubiese sido privado de ella ilegalmente. Aludiendo la «pérdida» a extravío de la cosa y en la expresión «privación ilegal» sólo tendrá cabida la sustracción delictiva (así robo, hurto, apropiación indebida, estafa), quedando fuera aquellos supuestos en los que el dueño se hubiera desposeído voluntariamente de la cosa en favor de otro (arrendatario, depositario, datario) que luego transmite la cosa a un tercero de buena fe» (45).

Es cierto que el legislador no fue claro a la hora de redactar el artículo 464 del Código Civil (46). Si recurrimos al tenor literal del artículo 464, pfo. 1.º, proposición primera del Código Civil —«La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título»— podría parecer que prima la tesis germanista; pero la interpretación de la proposición segunda de ese párrafo —«... sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea»— puede terminar por aproximarnos a la tesis romanista; o generar una postura, al margen de ambas teorías, centrada en la reivindicabilidad (47); o que en la proposición primera del párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil «se reglamenta un auténtico «negocio adquisitivo de la posesión de bienes muebles», esto es, aquél de contenido patrimonial y por tanto de la especie contractual, en general, en el

(44) SAP de Madrid de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 5.º, I (AC 1998/5144).

(45) *Ibidem*.

(46) Cfr. MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., págs. 164 y 165.

(47) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956, págs. 397 y sigs.

que el objeto transferido o intercambiado es el «ius posesionis» o sea, cuando el «tradens» desplaza a favor del «accipiens», el derecho real de posesión, exclusivamente, o con independencia del derecho dominical sobre la cosa u objeto transferido o adquirido» (48).

Acudiendo a la proposición primera del párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil se concluye que, si la buena fe en la posesión de bienes muebles equivale a título, el poseedor habrá de ser tenido por titular desde el mismo instante en que posee de buena fe: «no hay lugar a la reivindicación, porque, según nuestro punto de vista, el poseedor ha adquirido la propiedad» (49).

Si otro pretendiera mejor derecho de propiedad deberá desmontar el título que avala el dominio del que actualmente lo detenta (50). Tendrá que probar la ausencia de buena fe —la ausencia de título—, o lo que es lo mismo que se ha entrado en la posesión —en mayor o menor grado— de mala fe: ya sea porque el poseedor-propietario la había sustraído ilegalmente (cfr. arts. 464, pfo. 1.º; 1.955, pfo. 3.º; 1.956 y 1.962 del Código Civil) o la encontró (cfr. art. 615 del Código Civil), o porque el sustractor o hallador se la hubiese transmitido a un tercero que la está poseyendo de buena fe: en ambos casos, entrará en juego la proposición segunda del párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil., ya que lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil «se aplica tanto a las relaciones *inter partes* como *erga omnes*» (51), es decir, el precepto rige no sólo para el tercero que adquiere de buena fe, sino para todo poseedor.

Da la impresión de que lo que el legislador buscó con la proposición segunda del párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil fue quitarle fuerza a la buena fe referida en la proposición primera al establecer en qué supuestos disminuía su valor: pérdida o privación ilegal (52).

Para la determinación de la pérdida o privación ilegal habrá que estar tanto a los planteamientos doctrinales (53), como al caso concreto, de ahí que —en esta materia— tenga tanta importancia el casuismo de la jurisprudencia, hasta tal punto que sus sentencias no hayan seguido una línea pacífica y

(48) MARTINEZ CALCERRADA, «Adquisición...», cit., pág. 702.

(49) HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de «privación ilegal»». *RDP*. 1944, pág. 495. En sentido contrario, TRAVIESAS, «Extinción y reivindicación del derecho de propiedad». *RDP*. 1920, págs. 206 y sigs.

(50) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación...», cit., pág. 402.

(51) *Ibidem*, pág. 398.

(52) SÁNCHEZ VELASCO, «Los artículos 464 y 1.955 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título» *RCDI*. 1942, págs. 318 a 320.

(53) Cfr. MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (Estudio del artículo 464,1 del Código Civil)*. Ed Montecorvo. Madrid. 1979, págs. 363 a 398.

uniforme (54), aproximándose en unos casos a la teoría germanista (55), y en otros a la romanista (56).

Si en algunas sentencias se admite la reivindicación será por considerar que en los supuestos enjuiciados nos encontramos ante la pérdida o privación ilegal. Cosa distinta será que la interpretación de una y otra pueda alcanzar tal amplitud que parezca no excluirse en ningún caso la reivindicación (57), pero con eso ya contaba el legislador cuando elaboró el precepto y quizá por ello incluyó esta segunda proposición: resulta intrascendente la interpretación germanista o romanista del precepto cuando, por ejemplo, se trata de cosa robada (58):

«... tanto la tesis conservadora como la de ascendencia germánica aceptan la reivindicabilidad de las cosas que un propietario aparente transmite a un tercero de buena fe cuando la posesión de aquél derive de un acto ilícito a incluir en el concepto de privación ilegal; sólo discrepan en la procedencia o no de la irreivindicabilidad de las cosas transmitidas a un tercero cuando la conducta del enajenante no se inserta en los actos que constituyen la privación ilegal, pues mientras una —la romanista— parte de la reivindicación por el propietario a no ser que mediante la usucapión se haya adquirido la propiedad, la otra —dirección progresiva— admite la irreivindicabilidad porque al equiparar título a título de propiedad, con la entrega a un tercero adquirente de buena fe se produjo la transmisión instantánea de la propiedad» (59).

De lo dicho se deduce que, destruida la titularidad nacida de la buena fe, el poseedor pierde la condición de propietario. Fruto de esto, quien consideraba tener mejor derecho podrá alegar el título que le habilita para ejercitar la reivindicatoria.

Si no consigue dismantelar la buena fe del poseedor-propietario no podrá reivindicar la cosa por carecer de título que le legitime para el ejercicio de esa acción: carece de acción por ausencia de título.

(54) Cfr. STS de 25 de febrero de 1992, Fundamento de Derecho 7.º (RJA 1992/1549).

(55) SSTS de 18 de junio de 1930 (RJA 1931/1025); de 3 de marzo de 1951 (RJA 1951/1873); 18 de diciembre de 1958 (RJA 1958/4201); 19 de diciembre de 1966 (RJA 1966/5828); 3 de mayo de 1980, Considerando 5.º (RJA 1980/841); y 15 de febrero de 1990 (RJA 1990/687).

(56) Cfr. SSTS de 31 de diciembre de 1910 (CJC. T. 119, n. 142); de 13 de enero de 1926 (CJC. T. 169, n. 36); de 19 de junio de 1945, Considerando 7.º (RJA 1945/709); de 14 de noviembre de 1950 (RJA 1950/1767). Cfr. también: MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., págs. 170 a 173. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, cit., págs. 631 a 645.

(57) Cfr. MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., pág. 168.

(58) SAP de Madrid, de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 6.º (AC 1998/5144).

(59) CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., pág. 982.

Si subsiste la buena fe o título del poseedor-propietario, nadie podrá reivindicar la cosa y será indiferente el transcurso del tiempo para que el poseedor-propietario adquiera: «por ello, el poseedor cuya buena fe se presume, no necesita apoyarse en la prescripción ordinaria ni en la extraordinaria para rechazar la vindicación de la cosa poseída...» (60). Desde este punto de vista —y de acuerdo con la postura germanista— no hará falta la usucapión.

Pero, como el transcurso del tiempo sí influye en el posible ejercicio de la reivindicación (cfr. art. 1.962 del Código Civil); se entiende que ese devenir debe favorecer al poseedor, que fruto de la buena fe no ha dejado de ser dueño desde que se inició su posesión (art. 464, pfo. 1.º proposición 1.ª), con un periodo más breve de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria: desde este punto de vista sí será necesaria la usucapión, que —de acuerdo con el artículo 1.962 del Código Civil— implicará la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria del bien mueble en un periodo inferior a los seis años, porque —*ex* artículo 1962 del Código Civil.— el poseedor ha «ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955» del Código Civil: «puede, por tanto, afirmarse que *toda usucapión del dominio coincide con una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria*» (61).

Esa confusión entre usucapión y prescripción extintiva supone, de algún modo, que, aun cuando la postura germanista no reclame usucapir para adquirir la propiedad, a los tres años, por usucapión, se consolide dicha propiedad: si la posesión se ha llevado a cabo en los términos dispuestos por el párrafo 1.º del artículo 1.955 del Código Civil se podrá excepcionar, a los efectos del ejercicio de la reivindicatoria pasados tres años, que ésta ha prescrito (cfr. art. 1.962 del Código Civil): «si durante el transcurso del plazo la reivindicación está condicionada, llegado el *dies ad quem* estaremos ante un supuesto típico de absoluta irreivindicabilidad» (62).

Irreivindicabilidad que, de acuerdo con el Considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1973, se puede plantear en «las ventas a que alude el Código Civil en el artículo 464, párrafos 2.º y 3.º,

(60) VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación...», cit., pág. 403.

(61) Díez-PICAZO, «En torno al concepto de prescripción», en *ADC*, 1963, pág. 995. Sobre las consecuencias de la prescripción de la acción reivindicatoria, cfr., DE LA CUESTA SÁENZ, «Aspectos jurídico-civiles del tratamiento de los bienes muebles de la Iglesia en la Ley de Patrimonio Histórico Español», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1987, págs. 157 y 158. Ídem: «Notas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. VI*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 75 y sigs.

(62) CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., pág. 983. Cfr. también, BURGOS BOSCH, «Reducido alcance de la prescripción ordinaria de bienes muebles», en *RGLJ*, 1930, pág. 246. FUENTES PÉREZ, «Coordinación del artículo 464 con los 1.955 y 1.962, todos del Código Civil», en *RCDI*, 1960, pág. 539.

venta pública, y objetos empeñados en los Montes de Piedad, las adquiridas por prescripción, mediante posesión ininterrumpida, a que aluden los artículos 1.940, 1.955 y 1.957 del Código Civil (...); y las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, de comerciante legalmente establecido, en la forma determinada por el artículo 85 del Código de Comercio, al que se remiten los artículos 464 y 1.955 del Código Civil...» (63).

2. *El ejercicio de la reivindicatoria como causa de extinción de la expectativa*

Evidentemente, esa expectativa del poseedor *ad usucapionem* —adquirir la propiedad— puede verse frustrada en virtud del derecho que tiene el dueño de la cosa a reivindicarla, siempre y cuando lo haga dentro de los plazos establecidos en el artículo 1.955 del Código Civil: tres o seis años (64). En este punto se plantean dos problemas:

1.º Por un lado, ¿qué sucede cuando se ha superado el plazo de tres años pero todavía no se han alcanzado los seis?

2.º Por otro, ¿cómo se resuelve —en la usucapión extraordinaria— el hecho de que el poseedor haya poseído durante un tiempo de buena fe, y el resto con mala fe?

Respondiendo a la primera cuestión —¿qué sucede cuando se ha superado el plazo de tres años pero todavía no se han alcanzado los seis?—, será distinta la postura que adopten poseedor y dueño.

Así el poseedor, con el afán de que su expectativa se convierta cuanto antes en derecho, alegará que su posesión del bien mueble ha de encuadrarse dentro del caso que se regula en el párrafo 1.º del artículo 1.955 del Código Civil: buena fe y tres años. Si prospera esta alegación, y se ha alcanzado ese plazo, se entenderá que el dueño carece de la posibilidad de reivindicar la cosa (65).

Por su parte, el dueño, si considera que el plazo al que debe someterse esa situación posesoria es el de seis años, deberá probar la mala fe del poseedor,

(63) STS de 4 de julio de 1973, Considerando 2.º (RJA 1973/3014). Cfr. también: STS de 19 de junio de 1945, Considerando 7.º (RJA 1945/709); y de 2 de diciembre de 1981, Considerando 2.º (RJA 1981/4964). MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., pág. 174.

(64) Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, *La tensión entre usucapión y prescripción extintiva*. Ed. Dykinson, Madrid, 1998, págs. 39 y 40. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 488 a 493.

(65) Cfr. SAP de Córdoba, de 3 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1998/8700).

por cuanto que la presunción posesoria de buena fe juega a favor de este último (cfr. art. 434 del Código Civil).

Dependiendo de quien vea cumplidas sus pretensiones en la vía judicial, se concluirá si la expectativa ha llegado a derecho o si por el contrario puede verse frustrada esa posibilidad.

En relación con la segunda pregunta —¿cómo se resuelve, en la usucapión extraordinaria, el hecho de que el poseedor haya poseído durante un tiempo de buena fe, y el resto con mala fe? (cfr. art. 435 del Código Civil)—, y recurriendo análogamente a la usucapión inmobiliaria, «habría que tener en cuenta el tiempo de buena fe en la proporción de dos a uno, al objeto de computar el lapso temporal necesario para conseguir el dominio o los derechos reales limitados sobre bienes muebles mediante la prescripción adquisitiva» (66).

3. *Particular estudio del párrafo tercero del artículo 1.955 del Código Civil*

Al iniciar el desarrollo de este supuesto —expectativa del poseedor *ad usucapionem* de cosa mueble de adquirir su propiedad—, hemos hecho mención a la regulación legal del mismo en nuestro Código Civil. En el análisis del artículo 1.955 de dicho texto legal, hemos ido distinguiendo cada uno de los párrafos del mismo, refiriendo que la expectativa aquí tratada se refleja principalmente en los párrafos primero y segundo, y quedando el tercero como un supuesto particular de reivindicación para determinados tipos de bienes muebles: «... cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente,... las adquiridas en venta pública, en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos» (67); en ellos se estará a lo dispuesto en el artículo 464 del Código Civil. Son esas situaciones particulares, las que ahora reclaman nuestra atención.

a) Cosa mueble perdida o de la que hubiese sido privado ilegalmente o adquirida en venta pública

Por lo que a este tipo de bienes muebles se refiere, el párrafo 3.º del artículo 1.955 del Código Civil somete la posible reivindicación del dueño a

(66) LUNA; *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., pág. 2138.

(67) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 488 a 493.

lo que se regula en el artículo 464 del mismo texto legal. Además, lo regulado en el referido párrafo tercero del artículo 1.955 del Código Civil parece —a primera vista— no dar razón de expectativa de derecho, ni de derecho expectante, en favor del poseedor, sino —en determinados casos y recurriendo al artículo 464 del Código Civil— de derecho subjetivo puro: derecho que, por haber nacido de la aparente irreivindicabilidad —«una posesión irreivindicable es, en realidad, un derecho de dominio» (68)— será más firme a favor del poseedor de buena fe en el caso de que éste haya adquirido de manera onerosa en venta pública; y cuya existencia nos puede llevar a pensar que no tiene mucho sentido incluir el párrafo 3.º en el artículo 1.955 del Código Civil si se contrasta con los párrafos 1.º y 2.º de dicho artículo (69).

Esa pretendida existencia de un derecho subjetivo puro se ve con claridad si nos remitimos al párrafo 2.º del artículo 464 del Código Civil; trayendo la literalidad del mismo a esta sede, podemos concluir que «si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella». Lo dispuesto en este párrafo 2.º del artículo 464 del Código Civil se entiende mejor a la luz de lo que se establece en el párrafo primero del mismo artículo: «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea».

Del contraste de ambos párrafos se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.^a Que el dueño de un bien mueble, si se le sustrajere o perdiere, podrá reivindicarlo de quien lo posea.

2.^a Que si el poseedor del bien sustraído o perdido lo hubiese adquirido de buena fe, se entenderá que lo posee con justo título.

3.^a Que si esa adquisición, además de ser de buena fe y —por lo tanto— con justo título, se hubiese realizado en venta pública —con el consiguiente pago de un precio por el poseedor— no se le podrá reivindicar la cosa sino a cambio del precio que él pago por la misma. Y, por contraste, «si el poseedor hubiese adquirido la cosa en venta privada (*a sensu contrario* del párrafo 2 del art. 464) ya no existe el derecho al reembolso del precio, porque las ventas sin publicidad de los objetos perdidos o sustraídos tienen ribetes de clandestinidad y no merecen beneficiarse de las normas protectoras del tráfico jurídico» (70). Esos «ribetes de clandestinidad» hacen que la posesión no pueda entenderse adquirida de buena fe, por lo tanto no hay título, y sin título,

(68) DÍEZ-PICAZO, «En torno al...» cit., pág. 996.

(69) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., págs. 2138 y 2139.

(70) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 490.

sí podrá el propietario —*a sensu contrario* de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 464 del Código Civil— «obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella».

El contraste entre venta pública y venta privada nos lleva a concluir que por venta pública hay que entender subasta pública en cualquiera de sus formas: judicial y notarial —ya se trate de subasta voluntaria o necesaria—, y administrativa (71). Acudiendo a la nueva LEC, también habría que incluir en este concepto de venta pública —de acuerdo con los artículos 636, 640 y 641 de dicha Ley adjetiva— el convenio de realización y la enajenación de los bienes embargados por persona o entidad especializada, pues, tanto una como otra, tratan de subsanar los inconvenientes que en la práctica se derivaban de la subasta (72).

En estos casos —adquisición de buena fe de bien perdido o sustraído y adquisición de buena fe, del mismo bien, en venta pública—, no parece que puede hablarse, en sentido propio, de una expectativa de derecho en favor del poseedor a adquirir la propiedad de la cosa por usucapión. Podría dar la impresión de que nos encontramos, más bien, ante un derecho de propiedad sobre la cosa adquirida. Cabría amparar esta última afirmación en el hecho de que el poseedor no considera que su derecho de propiedad sobre la cosa esté pendiente, sino que se tiene a sí mismo como verdadero dueño del bien. Es éste el motivo por el que si el propietario pretende recuperar la cosa habrá de ejercitar la reivindicatoria y entregar al poseedor —si la hubiese adquirido en venta pública— el precio que ha pagado.

Cuando la adquisición onerosa lo fuere, en venta pública, de cosa perdida o sustraída, el poseedor, al considerarse verdadero dueño —por disfrutar de doble título: el derivado de la buena fe y el nacido del contrato de compraventa (73)— y no mero titular de una expectativa, tendrá derecho —si el que alega ser verdadero titular pretende reivindicarla— a oponerse a la reivindicación: «no se trata de purgar mediante usucapión la situación de no ser propietarios quienes transmitieron como vendedores, sino de ampararse en la misma para desvirtuar la eficacia de una acción reivindicatoria de la propiedad de las cosas que ejercitan quienes siempre tuvieron en su poder a título de dueños» (74).

(71) Cfr. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios... Artículo 464...*, cit., págs. 516 y sigs. MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., pág. 1247. SAP de Madrid, de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 5.º, II (AC 1998/5144).

(72) Cfr. FRANCO ARIAS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 1.ª ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3272 a 3283. CASERO LINARES, *Los procesos civiles*. T. 5. *Artículos 634 a 827*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 15 y 16, y 27 y sigs.

(73) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 490 y 491.

(74) STS de 8 de mayo de 1993, Fundamento de Derecho 4.º (RJA 1993/3467).

Si la adquisición onerosa y de buena fe se hubiese realizado en venta pública, en virtud del párrafo 2.º del artículo 464 del Código Civil se le pueden otorgar al poseedor de buena fe o comprador —amparado en esa presunta propiedad de la que cree disfrutar— dos derechos:

- Por un lado, y frente al propietario reivindicante, podrá ejercitar un derecho de retención condicionado a la restitución o reembolso (75).
- Por otro, frente al vendedor, no podrá negársele la reclamación por evicción: «el remedio del artículo 464, pfo. 2.º no elimina la pretensión por el saneamiento por evicción, porque el comprador es realmente privado de la cosa, y cumple los demás requisitos, pero le atribuye la posibilidad de reclamar hasta el precio de la venta al reivindicante, con lo que se garantiza en esa medida frente a la insolvencia del vendedor o evita las dificultades del cobro...» (76). Ese carácter de propietario del que parece gozar el poseedor-comprador —y que le hace tenerse por tal— implica que si perdiere la cosa por evicción podrá repetir sobre el vendedor (cfr. arts. 1.475, 1.480, 1.481 y 1.482 del Código Civil). Ante la pérdida por evicción, el posible derecho de propiedad, que el poseedor de buena fe creía tener sobre el bien mueble, será sustituido por la recepción de lo dispuesto en el artículo 1.478 del Código Civil (77).

De lo dicho hasta el momento cabría preguntarse lo siguiente: ¿hasta que punto podemos decir que al poseedor se le pueda atribuir un derecho de propiedad sobre la cosa perdida o sustraída, adquirida de buena fe y onerosamente? (78).

Quizá, y por una parte, más que derecho de propiedad, quepa reconocerle, con carácter general, un derecho de retención pendiente del reembolso como el que se le ha atribuido a la adquisición en venta pública. Por otra, lo que para el poseedor es verdadero derecho de propiedad, para el dueño no será más que una expectativa de derecho a que aquél llegue a adquirir la propiedad. Esta postura me parece más correcta y se justificaría en el hecho de que el dueño recupera la propiedad de la cosa, perdida o sustraída, previo ejercicio de la reivindicatoria, como lo haría cualquier propietario; sin perjuicio de que —por tratarse de posesión de cosa perdida o sustraída ilegalmente, adquirida

(75) Cfr. MARTÍN PÉREZ, *Comentarios... Artículo 464...*, cit., págs. 519 y 520. MIQUEL; *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1247.

(76) MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., pág. 1247.

(77) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 490 y 491.

(78) Cfr. STS de 13 de enero de 1926 (CJC. T. 169, n. 36).

de buena fe y en forma onerosa— deba restituir al poseedor el precio que éste hubiese pagado (79).

Estas últimas afirmaciones se consolidan más si recurrimos a los siguientes argumentos:

1.º Si el verdadero dueño y el legislador consideraran que este poseedor de buena fe es propietario, ya no tendría ningún sentido que quien se tiene por verdadero dueño ejercitara la reivindicatoria, por cuanto habría perdido todo derecho a la propiedad de la cosa, y por tanto —como parte de los derechos que la propiedad otorga (cfr. art. 348, pfo. 2.º del Código Civil)— carecería de acción reivindicatoria.

2.º Si admitimos que el poseedor es verdadero propietario y que no procede contra él acción reivindicatoria, menos sentido tendría que —quien se tiene por verdadero dueño— pretendiera recuperar la cosa «obligando» a quien estamos considerando como verdadero propietario —el poseedor—, a recibir el precio que pagó por la misma. Si admitiéramos al poseedor como único dueño, en el caso de que otro pretendiese adquirir la propiedad de la cosa sólo podría hacerlo por la vía del mutuo acuerdo, es decir, siempre y cuando ese poseedor —al que reconocemos propietario— tuviese intención de transmitírsela.

Es, del contraste de estas afirmaciones y del tenor literal de los párrafos primero y segundo del artículo 464 del Código Civil, de donde creo poder concluir que el legislador ha reflejado en el texto legal la idea que bulle en la mente del *verus dominus*: el poseedor que ha adquirido —en venta pública y de buena fe— el bien perdido o sustraído al propietario, no se tendrá por dueño del mismo mientras el verdadero propietario pueda ejercitar la acción reivindicatoria. Dicho poseedor disfrutará solamente de una expectativa de derecho a adquirir la condición de propietario, siempre y cuando el *verus dominus* no ejercite la reivindicatoria. El propietario podrá frustrar esa expectativa si ejercita contra el poseedor la reivindicatoria y le obliga a aceptar el precio que pagó a cambio del bien que adquirió: «en estos casos no se adquiere por la mera posesión de buena fe el dominio de la cosa, sino sólo el derecho a su valor, y, por tanto, para adquirir aquél sin que procede utilizar, mediante la posesión por tres años, la prescripción adquisitiva» (80).

Para entender con más claridad esta posible expectativa del poseedor de buena fe, hay que adentrarse en el polémico tema del valor que ha de darse al título, al que dicha posesión se equipara, y, en mi opinión, concluir que —en las situaciones planteadas en el párrafo 3.º del artículo 1.955 del Código

(79) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 488 y 489.

(80) BURGOS BOSCH; «Reducido...», cit., pág. 248.

Civil y, por conexión, en el artículo 464 del mismo texto legal— la posesión —de buena fe y con título— no se puede asimilar a la propiedad. En las situaciones que estos textos legales plantean, «la posesión de buena fe no equivale a la propiedad, ni a la prueba completa del dominio. No equivale a propiedad, porque equivale a título, y título y propiedad son conceptos distintos... el que posee con título verdadero o válido que legalmente baste para transmitir el dominio, no es propietario en todo caso, porque si ha recibido la cosa de un no propietario necesita usucapirla» (81). Quiere esto decir que «el artículo 464 establece una prescripción instantánea, *pero con las excepciones aludidas*; el 1955 es *sólo aplicable a esas excepciones aludidas*, o sea a casos en que según el 464 sí que cabe la reivindicación, los cuales casos son los de adquirentes de buena fe de cosas perdidas o que fueron hurtadas o robadas. En estos casos, según el 464, es posible la reivindicación; pero según el 1955, ello no será posible una vez que hayan transcurrido tres años. No hay antinomia» (82).

El caso que se plantea en el artículo 464, pfo. 2.º del Código Civil da razón de un tercero que adquiere de buena fe de un no propietario —cosa que también puede suceder en la situación planteada en el párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil (83)—: es decir, de un vendedor que solo es dueño aparente, y «cuya apariencia la robustece el hecho de que la venta no sea clandestina sino pública» (84). Es decir, «en todos estos casos hay que partir de que se trata de cosas perdidas o de las que el dueño ha sido privado ilegalmente que se hallan en poder de un tercero de buena fe» (85). Por ese motivo, «la falta de propiedad del transmitente impide adquirir por tradición, pero no impide al adquirente (poseedor de buena fe) tener un título justo, verdadero y válido para adquirir por usucapición» (86).

Ese poseedor de buena fe cree que aquél de quien recibió la cosa era su dueño y podía transmitirla (cfr. art. 1.950 del Código Civil): la buena fe en su posesión mobiliaria le otorga —provisionalmente— el título de «dueño», pero esa titularidad dominical, como subsiste todavía en la persona del pro-

(81) MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1245.

(82) SOLS GARCÍA, «Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles», en *RDP*, 1950, pág. 126. Cfr. también SÁNCHEZ VELASCO, «Los artículos 464...», cit., págs. 320 y 321. En este punto, cfr. la singular postura de TRAVIESAS, «Extinción...», cit., págs. 206 y sigs.

(83) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación...», cit., pág. 398. En sentido contrario, cfr. CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., pág. 985.

(84) Cfr. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 490.

(85) CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., pág. 985.

(86) MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1242.

pietario, le permite a éste último reivindicar la cosa mueble transmitida. Posibilidad admitida por el natural del bien: perdido o sustraído ilegalmente, es decir encontrado o detraído ilegalmente por un no dueño, que actuando como dueño se lo transmite a un tercero, que será el poseedor de buena fe al que el artículo 464 del Código Civil se refiere.

Es así, que la expectativa se convertirá en derecho en dos supuestos:

- Por un lado, si, atendiendo a la naturaleza del bien vendido, llegan a cumplirse los plazos de prescripción: es decir, si el verdadero propietario de la cosa no ejercita la reivindicatoria en los plazos de prescripción que se recogen en el artículo 1.955 del Código Civil (87).
- Por otro, si, habiendo pretendido el ejercicio de la acción reivindicatoria, la situación del adquirente de buena fe goza —por la naturaleza del bien— de una presunción de propiedad —cfr. art. 464, pfo. 1.º, proposición 1.ª del Código Civil— que la hace irreivindicable (88).

En resumen, y del contraste entre el párrafo 3.º del artículo 1.955 del Código Civil y los párrafos 1.º y 2.º del artículo 464 del mismo texto legal, será posible hablar de una expectativa de derecho a alcanzar la titularidad dominical del bien mueble adquirido en venta pública. Esta nace desde el momento en que el poseedor adquiere la cosa poseída de buena fe y previo pago del precio. Si el *verus dominus* no hace uso de la acción reivindicatoria en el plazo que la ley le concede, se entenderá que dicha acción se pierde, al tiempo que el poseedor, fruto de la usucapión, adquiere el dominio de ese bien mueble: esto constata que «en materia de dominio y derechos reales, usucapión y prescripción son siempre dos vertientes o dos perspectivas del mismo fenómeno jurídico, tan indisolublemente unidas que no pueden, en rigor, separarse nunca» (89).

Al ser una posesión de buena fe —al margen de que la cosa poseída, adquirida por el poseedor, se le hubiere sustraído al propietario ilegalmente por persona distinta del poseedor y desconociéndolo éste—, entiendo que el plazo para la prescripción adquisitiva será el mismo que se concede para la usucapión ordinaria de bienes muebles —cfr. art. 1.955, pfo. 1.º—: tres años.

(87) Cfr. CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. Cuarto. Derecho de obligaciones*. 15.ª ed. Revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 87. Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. Reimpresión de la 8.ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 260 y 261.

(88) Cfr. STS de 4 de julio de 1973, Considerando 2.º (RJA 1973/3014). Díez-PICAZO, «En torno al...» cit., pág. 996. Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema.... Vol. II...*, cit., pág. 261.

(89) Díez-PICAZO, «En torno al...» cit., pág. 996.

Con un sentido más amplio —pues no se limita a las cosas perdidas o sustraídas ilegalmente, y adquiridas de buena fe en venta pública— hay quien entiende que las cosas muebles mencionadas en el artículo 1.955, párrafo 3.º del Código Civil, no están «sometidas indefinidamente a la reivindicación..., por lo que habrá que concluir que tal reivindicabilidad cesa cuando dichas cosas se usucapen —ordinaria o extraordinariamente— con arreglo a las previsiones previamente establecidas en el precepto —art. 1.955 del Código Civil—, y... que —en cuanto todavía no usucapidas— siguen siendo susceptibles de reivindicación por parte del *verus dominus*» (90).

- b) Las cosas empeñadas en Montes de Piedad o adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido

Por último, nos quedarían por analizar —en clave de expectativa— las situaciones particulares que se mencionan en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 464 del Código Civil, y que se corresponde con algunas de las que aparecen en el párrafo 3.º del artículo 1.955 de dicho texto legal: cosas muebles empeñadas en el Monte de Piedad, o adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos.

En relación a las cosas empeñadas en Montes de Piedad a la que hace mención el párrafo 3.º del artículo 464 del Código Civil, la expectativa de usucapión obraría en manos del pignorante, siendo marginal el modo en que la cosa haya llegado a su poder; ya que «cualquiera puede ser el que empeñe las cosas, bien el mismo ladrón, bien un tercero de buena fe, bien un estafador, o bien quien se apropia indebidamente de la cosa, que tiene en su poder por comodato, arrendamiento, etc.» (91). De todas formas será difícil que quien pretenda pignorar la cosa lo haga de mala fe:

«aunque el privilegio existe —«cualquiera que sea la persona que hubiese empeñado la cosa»—, para su real efectividad por los órganos y empleados del Monte de Piedad, deberán observarse rigurosamente los deberes de diligencia para asegurarse que el constituyente de la prenda es el titular de la cosa dada en garantía o bien un tercero que actúa en su nombre, y si existen dudas sobre la licitud de su origen no deberá llevarse a cabo, pues en otro caso eventualmente podría excluirse la buena fe, que deberá existir tanto en el momento de la formación del consentimiento como en el de la entrega si ésta se produjere después. Un comportamiento irregular o del todo inadecuado en los actos constitutivos del negocio prendario por quienes materialmente lo concluyen,

(90) LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., págs. 2138 y 2139.

(91) MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1249.

que dé lugar a la constitución de prendas por quien no es el dueño de lo pignorado lo puede hacer ineficaz e incluso, en casos extremos, ser generadores de responsabilidad delictual, lo que, evidentemente, conllevaría la inaplicación del privilegio contenido en el artículo 464, párrafo 3.º del Código Civil» (92).

Como ya he dicho, en este supuesto la expectativa le correspondería al pignorante y no al Monte de Piedad: aquél posee «en concepto de dueño por medio del Monte de Piedad» (93), mientras que el Monte Pío «adquiere a *non domino* instantáneamente el derecho de prenda, y no puede adquirir la propiedad por usucapión porque no posee en concepto de dueño» (94).

Esta potencial expectativa del pignorante, a adquirir el derecho de propiedad por usucapión, puede verse frustrada, si el *verus dominus* pretende la recuperación de la cosa dirigiéndose al Monte de Piedad en el que está pignorada. Ahora bien esa restitución que el propietario reclama no se llevará a efecto «sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos» (*ex* art. 464, pfo. 3.º del Código Civil).

Por último, siguiendo el tenor literal del párrafo 4.º del artículo 464 del Código Civil y del párrafo 3.º del artículo 1.955 de dicho texto legal, para «las cosas adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio»: la remisión al Código de Comercio hay que entenderla realizada a sus artículos 85, 86, 324 y 545 (95).

De acuerdo con el tenor de estos últimos artículos —y principalmente del art. 85— se puede concluir que el derecho mercantil admite una prescripción instantánea o de derecho, lo que implica que el comprador adquiere la propiedad en el momento de la compra de forma definitiva e irrevindicable (96): similar a la que para bienes inmuebles se establece en el artículo 34 de la LH (97).

(92) CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución...», cit., págs. 985 y 986.

(93) MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1249.

(94) *Ibidem*.

(95) Cfr. GÓMEZ CALERO, *Derecho mercantil. Vol. 2.º Parte V. 6.ª ed.* Ed. Ariel, Madrid, 2000, pág. 253.

(96) BURGOS BOSCH, «Reducido...», cit., pág. 247.

(97) Cfr. SSTs de 20 de noviembre de 1972, Considerando 5.º (RJA 1972/5026); de 13 de junio de 1980, Considerando 1.º (RJA 1980/2619); y SAP de Madrid, de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 5.º, IV (AC 1998/5144). MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., pág. 174. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 490 a 492.

B) LA EXPECTATIVA DE DERECHO PLANTEADA EN EL ARTÍCULO 1.956
DEL CÓDIGO CIVIL

En el artículo 1.956 del Código Civil se regula lo siguiente:

«Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta».

El que en el Código Civil se recoja el contenido del artículo 1.956 deriva del hecho de que «la posesión del usucapiente se puede haber comenzado eventualmente con violencia o clandestinidad, en cuanto que iniciada mediante hurto o robo, tal situación puede haberse consolidado ulteriormente mediante el aquietamiento de hecho del anterior poseedor al que la cosa se sustrae, supuesto del que sin duda parte la norma para consentir, aunque limitadamente, el efecto legal de la usucapición» (98).

Ya hemos tratado la remisión que el párrafo 3.º del artículo 1.955 del Código Civil hace al artículo 464 del mismo texto legal. Al estudiar este último artículo partíamos de que la cosa mueble perdida o sustraída ilegalmente, era adquirida de buena fe —con todo lo que ello implica— por el poseedor (99). No entrábamos a analizar el supuesto de que la cosa sustraída ilegalmente se hallase en poder del sustractor: hacíamos un análisis de la sustracción respecto a terceros (propietario, sustractor y poseedor), pero no entre las partes (propietario y sustractor) que sería el supuesto del artículo 1.956 del Código Civil (100). Situación en la que, podríamos decir, la cosa llega a poder del poseedor de mala fe, al ser conocedor —por ejecutor: ya sea autor, cómplice o encubridor— de la sustracción ilegal. Será esa adquisición ilícita y la pasividad para recuperar la cosa por parte de quien tiene derecho a reclamarla, las que hagan que el usurpador adquiera por usucapición la propiedad del bien mueble (101):

«Efectivamente, el artículo 1955 del Código Civil tras regular en su párrafo primero la prescripción adquisitiva mobiliaria ordinaria, se refiere a la extraordinaria en el segundo, señalando que «también se prescribe el dominio de las

(98) LUNA; *Comentario...*, artículo 1.956..., pág. 2139.

(99) Cfr. MARTÍN PÉREZ, *Derecho reales. I...*, cit., págs. 168 y 169.

(100) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación...», cit., pág. 403.

(101) Cfr. a los efectos de la pasividad del titular: MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos Europeos y Americanos. Tomo XXXII, artículos 1.930 a 1.976, Disposiciones Transitorias y adicionales. Volumen primero*. Revisado por José María Reyes Monterreal. Ed. Reus, Madrid, 1965, págs. 651 y 652.

cosas muebles por la posesión interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición», precisando, por último, que se estará a lo dispuesto en el artículo 464 del Código en cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de la que hubiese estado privado ilegalmente; a la luz de tales previsiones y admitiendo con la doctrina más autorizada que en la lógica interna del precepto no cabe sostener que las cosas muebles caracterizadas por las aludidas circunstancias de pérdida o privación ilícita estén indefinidamente sometidas a la reivindicación, tal y como resulta del artículo 1.956 del propio texto legal..., de modo que, ciertamente, la reivindicabilidad cesa cuando dichas cosas se usucapen ordinaria o extraordinariamente, sucede que dadas las connotaciones del acto por el que el demandado entra en posesión de los bienes discutidos, sería necesario... que hubieran transcurrido seis años...» (102).

En este punto, cabría tener en cuenta, a los efectos de entender mejor la prescripción, lo dispuesto en el artículo 1.962 del Código Civil:

«Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto y robo, en que se estará a lo dispuesto en el párrafo 3.º del mismo artículo».

El caso concreto que aquí estamos viendo —cosa sustraída ilegalmente que se halle en poder del sustractor, cómplice o encubridor— se encontraría reflejado en este artículo dentro de las expresiones «hurto y robo» (103). La remisión, que en el artículo 1.962 del Código Civil se hace al párrafo 3.º del artículo 1.955 del mismo texto legal y por tanto al artículo 464 de dicho conjunto normativo, hay que entenderla —en mi opinión— como una manifestación más de la aseveración recogida en el párrafo 1.º del artículo 464 del Código Civil: el que se ha visto privado de la cosa mueble «ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea» (104).

En el caso del artículo 1.956 del Código Civil, la privación ilegal se puede deber a hurto, robo, estafa, apropiación indebida (105)... «toda clase de des-

(102) SAP de Cádiz, de 9 de marzo de 1996, Fundamento de Derecho 4.º (AC 1996/518).

(103) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española...», cit., pág. 512.

(104) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión...*, cit., págs. 609 y sigs. DE LA CÁMARA, *La adquisición...*, cit., págs. 116 a 123, y 232 y sigs. MIQUEL, *La posesión...*, cit., págs. 363 a 398.

(105) Cfr. SSTS de 19 de junio de 1945, Considerandos 6.º y 8.º (RJA 1945/709); y de 4 de julio de 1973, Considerando 2.º (RJA 1973/3014). SAP de Madrid, de 24 de marzo de 1998, Fundamento de Derecho 5.º, I (AC 1998/5144). MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado...*, cit., pág. 653. DÍAZ PALOS, «Posesión de muebles y apropiación indebida», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. Vol. I.*

pojos punibles» (106): a esto efectos, también cabrá admitir, en el seno del artículo 1.956 del Código Civil, las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos reguladas en la Sección 3.^a, Capítulo VI, Título XIII, del Libro II (arts. 255 y 256) del CP.

En este punto, y por lo que a la privación ilegal se refiere, se plantean dos situaciones: una de buena fe y otra de mala fe (107).

La primera —o de buena fe— se daría cuando el mencionado sustractor se la hubiese transmitido a un tercero que la adquiere de buena fe, o cuando este último la haya adquirido en venta pública. Aquí, aunque también procede el ejercicio de la acción reivindicatoria (*ex* art. 348, pfo. 2.^o), ésta quedará sometida a las limitaciones reflejadas en el artículo 464 del Código Civil, y la susceptible usucapión del poseedor de buena fe —que adquirió del sustractor— no se tratará por tanto en el seno del artículo 1.956 del Código Civil (108); y no se hará, por cuanto que no pretende la usucapión ninguno de los sujetos mencionados en el artículo 1.956 del Código Civil (109), sino un tercero que adquiere la cosa sustraída de buena fe.

La segunda —o de mala fe— sería una situación distinta que sí se recoge en el artículo 1.956 del Código Civil. Será la de aquellos que materialmente han hurtado, robado, apropiado indebidamente o estafado —esto es: los autores estrictos del ilícito (cfr. art. 28 del CP)— o la de los que han colaborado de algún modo en la conducta ilícita del autor: los cómplices y encubridores. Frente a éstos y a los efectos de romper la posible expectativa de adquisición por usucapión, entiendo que no se puede poner en duda, por ejemplo, que si la cosa mueble se encontrase en poder del cómplice o el encubridor, el perjudicado podría ejercitar contra ellos la acción reivindicatoria: en el artículo 1.956 del Código Civil se «engloba el caso de que la posesión de la cosa, se haya conseguido mediante el acto delictivo; así, el que tiene en posesión la cosa de la que, robándola, se apoderó. Pero no sólo es ése el caso, sino que también debe de comprenderse el de quienes habiendo cometido el delito o fueron cómplices o lo encubrieron, vengán después a tener la posesión de la cosa, aparte del delito (como si el ladrón que se hizo con ella la vendió después al encubridor)» (110).

Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 167. ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXV. Vol. 1.º Artículo 1.956*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart artículo EDERSA, Madrid, 1993, págs. 372 y 373. MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1243.

(106) STS de 26 de enero de 1955, Considerando 5.º (RJA 1955/212).

(107) MIQUEL, *La posesión...*, cit., págs. 371 a 377.

(108) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., pág. 364.

(109) MIQUEL, *La posesión...*, cit., pág. 376.

(110) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., pág. 364.

El tratamiento de la situación del artículo 1.956 del Código Civil como posesión de mala fe (111), hace que no sea desacertado encuadrar la usucapión de dicho artículo como un supuesto de usucapión extraordinaria —cfr. art. 1.955, pfo. 2.º del Código Civil (112)—. Esa ausencia de buena fe, implica también la de justo título. Ya veíamos al tratar la expectativa de la usucapión extraordinaria de bien mueble —cfr. art. 1.955, pfo. 2.º del Código Civil—, que no era necesaria la buena fe y por tanto el justo título, sin que ello excluyera que la posesión fuese en concepto de dueño (cfr. arts. 447 y 1.942 del Código Civil), pública, pacífica y no interrumpida (cfr. art. 1.941 del Código Civil) (113).

Lo que habrá que plantearse —en el caso de que se admita la situación del art. 1.956 del Código Civil como usucapión extraordinaria de bienes muebles—, es si, para que se inicie el cómputo de la misma, habrá de ser pacífica, en concepto de dueño, pública y no interrumpida (114). La respuesta a esta cuestión la daré cuando más adelante —al final de este supuesto de expectativa del artículo 1.956 del Código Civil— establezca el momento a partir del cual se inicia el cómputo de la usucapión.

1. *Sujetos que pueden usucapir*

El artículo 1.956 del Código Civil establece, de forma expresa, que pueden usucapir los que hurtaron o robaron, los cómplices y los encubridores.

Para determinar quién sea autor, cómplice o encubridor se reclamará siempre sentencia judicial en la que se condene el delito o la falta y se establezca el grado de intervención de cada uno de los condenados.

Con estos antecedentes, podría parecer que el tenor del artículo 1.956 del Código Civil lo que está poniendo de manifiesto es que, para que los sujetos en él enunciados puedan llegar a usucapir la cosa mueble sustraída ilegalmente, será necesaria sentencia judicial en la que se disponga si son autores, cómplices o encubridores: es decir, sólo pueden usucapir estos sujetos en la medida en que han sido condenados por serlo.

Esta interpretación, excesivamente rigorista, da al traste con el sentido más amplio que se deduce del artículo 1.956 del Código Civil, ya que sólo podría

(111) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., págs. 364 y 365. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 494.

(112) Cfr. BURGOS BOSCH, «Reducido...», cit., pág. 246. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., págs. 494 y 495.

(113) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.955..., cit., pág. 2138.

(114) Cfr. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 2183.

hablarse de prescripción de la pena; es decir, sobraría la prescripción del delito o falta y la de la acción para reclamar la responsabilidad civil nacida de uno y otra que en dicho artículo se refiere: carecería de sentido que, habiendo sentencia condenatoria contra el autor, cómplice o encubridor, se pudiera alegar la prescripción del delito o falta, pues si esto segundo fuese posible sería por ausencia de lo primero (sentencia condenatoria: cfr. art. 666.4 de la LECrim).

Por ello, la mención al autor, cómplice o encubridor que se hace en el artículo 1.956 del Código Civil reclama otra interpretación: a los efectos de alegar la usucapión del bien mueble se puede ser autor, cómplice o encubridor sin necesidad de sentencia condenatoria. Quiere esto decir que, antes o durante la tramitación del pleito penal, cualquiera de los sujetos demandados podrá plantear o reconvenir la prescripción del delito o la falta, e incluso que se han cumplido los plazos para usucapir el bien mueble. A estos efectos —como los plazo de prescripción del delito o falta serán distintos dependiendo de que nos encontremos ante un autor, cómplice o encubridor— no hay que descartar, por ejemplo, que el que sea demandado como autor alegue que es cómplice para poder recurrir a un plazo más breve de prescripción del delito o falta, lo que incluso puede permitirle haber ganado la usucapión del bien mueble sustraído.

a) Los autores

El artículo 27 del CP hace responsables criminales, entre otros, a los autores de los delitos y faltas. El artículo 28 del mismo cuerpo legal determina quiénes sean los autores. Analizando el tenor literal de este último artículo la doctrina entiende que se tendrían por tales recurriendo al artículo 28, párrafo 1.º del CP: el autor, los coautores y el autor mediato (115). Por lo que respecta a los inductores y cooperadores necesarios de las letras *a)* y *b)* del párrafo 2.º de este artículo 28, hay quien considera que desde el momento en que en ese artículo se menciona que «serán considerados autores», no puede tenérseles por tales, aunque a efectos de punición sean equiparados a los autores (116).

(115) Cfr. CONDE-PUMPUDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. T. I. Derechos fundamentales. Artículos 1-137*. 1.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 1997, págs. 933 a 943. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*. 1.ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 168 a 170. SERRANO BUTRAGUENO, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 427.

(116) Cfr. CONDE-PUMPUDO FERREIRO, *Código Penal... T. I...*, cit., págs. 943 a 949. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., págs. 170 a 172. SERRANO BUTRAGUENO, *Código Penal...*, cit., pág. 427.

b) Los cómplices

A los cómplices el Código Penal en su artículo 29 los conceptúa como cooperadores «a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos», y junto con los autores les hace no sólo responsables criminales de los delitos y faltas —*ex art. 27 del CP*—, sino también civiles —*ex art. 116 del CP*—.

De la lectura del artículo 27 del CP —y contrastándolo con los cómplices mencionados en el art. 1.956 del Código Civil— «se desprende que los responsables criminales bajo la categoría de autor los son tanto los autores en sentido estricto (inmediatos, mediatos o conjuntos) como también los «considerados autores» (los inductores y los cómplices necesarios), pues si no se entendiera así, se llegaría a la absurda conclusión de que éstos no son responsables criminales. A ellos se suman los cómplices no necesarios» (117). Estos últimos son los cómplices a los que hace mención el artículo 29 del CP. Los cómplices necesarios se asimilan con los cooperadores necesarios del artículo 28, pfo. 2.º apartado b) del CP. Los cómplices del artículo 29 del CP —los no necesarios— no son «autores directos o mediatos ni autores conjuntos (coautores), ni asimilados a ellos: inductores o cooperadores necesarios. En definitiva *es cómplice quien sin ser autor o partícipe principal asimilado a los autores favorece la ejecución del hecho con una aportación no necesaria*» (118): realizan una «*cooperación eficaz, pero no necesaria*» (119).

En relación con los cómplices se nos plantea un problema a la hora de determinar cuales son los plazos de prescripción a los que quedan sometidos para poder llegar a usucapir la cosa mueble robada, hurtada, estafada, indebidamente apropiada o defraudada (120). Dos podrían ser las soluciones que en este punto cabrían:

1.ª Por un lado, recurrir al artículo 63 del CP para saber cuál es la pena que les corresponde por su conducta:

«A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito».

(117) QUINTERO, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 27*. Realizados por Quintero y otros. 1.ª ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 299.

(118) CONDE-PUMPUDO FERREIRO, *Código Penal... T. I...*, cit., pág. 966. El Código Penal en algún supuesto —art. 30.1— excluye de la responsabilidad penal tanto a los cómplices como a quienes les hubieren favorecido personal o realmente. Esta exclusión lo es para «los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos».

(119) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., pág. 172.

(120) El momento en el que se inicia la prescripción para estos sujetos es el que se considera relevante para el hecho principal; esto es, para todos los intervinientes en el delito el momento de prescripción es único: el de la conducta principal (cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 164).

Se rebajará la pena en un grado en los supuestos en los que el delito se haya consumado, si no se hubiese consumado podría rebajarse dos o tres grados (121): en el caso del artículo 1.956 del Código Civil que aquí estamos tratando ha de tratarse de delito consumado para que pueda llegarse a la usucapión de la cosa mueble, de ahí que a los efectos de la prescripción en los supuestos de complicidad la reducción —como ya se verá— se limite a un grado.

Para determinar que ha de entenderse por pena inferior en grado, habrá que acudir al artículo 70.1.2.º del CP:

«La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo».

A modo de ejemplo, si la pena mínima dispuesta para el delito es de diez años se resolvería a los efectos de la complicidad de la siguiente manera: la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la ley para el delito de que se trate, cifra que a su vez servirá como límite máximo de la pena inferior en grado: en el ejemplo diez años. Se deducirá de ésta la mitad de su cuantía: cinco años; y esos cinco años serán el límite mínimo. Por lo tanto la pena oscilaría —en el ejemplo propuesto— entre cinco y diez años.

2.^a Frente a esa primera postura cabría otra en virtud de la cual en los plazos de prescripción de delitos o faltas y penas a los que hace mención el artículo 1.956 del Código Civil, no se entraría a distinguir entre autor y cómplice, por más que el Código Penal tenga un tratamiento sancionador particular para estos últimos. Es decir, para la usucapión del autor y el cómplice se tomarían como únicos plazos de prescripción del delito o la falta, o su pena, aquellos que fuesen aplicables al autor, obviando el tratamiento específico de los artículos 63 y 70.1.2.º del CP.

Esta segunda fundamentación podría ampararse en una interpretación excesivamente amplia del artículo 27 del CP, el cual, al hacer responsables criminales a los autores y cómplices, podría dar a entender que en cierto modo los equipara (si bien en los arts. 28 y 29 del CP distingue que es uno y otro). Esta solución —a los efectos del art. 1.956 del Código Civil— sería más sencilla y simplificaría bastante las cosas, pues no habría que aplicar, a cada caso concreto, los artículos 63 y 70.1.2.º del CP.

Ahora bien, no creo que sea éste el tratamiento correcto por la propia configuración del artículo 1.956 del Código Civil y las remisiones que del

(121) Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*. 1.^a ed. Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 251.

mismo se deben hacer al Código Penal. Como ahora veremos, si para concretar el plazo de prescripción del delito o falta, o su pena, hay que partir de esta última, no es indiferente que la pena que pueda establecerse para el autor sea más grave que la que quepa atribuirle al cómplice; al no ser penas iguales, para el primero tardará más en prescribir que para el segundo. De todo esto se concluye que el cómplice también podrá usucapir lo hurtado, robado, estafado, indebidamente apropiado o defraudado una vez prescrito el delito o falta, o su pena; prescripción que por virtud de los artículos 63 y 70.1.2.º del CP podrá ser inferior a la que corre para el autor. En este sentido la solución es más trabajosa pues habrá que ir ilícito por ilícito para determinar la pena aplicable al cómplice, y una vez establecida concluir cual es el plazo de prescripción del delito o la falta, o su pena.

c) Los encubridores

Hemos hablado sólo del supuesto particular del cómplice excluyendo al encubridor, esta preterición tiene su fundamento en el hecho de que al haber pasado el encubrimiento a tipificarse como delito, no cabe una regla especial en la aplicación de la pena como la que se dispone para la complicidad en el artículo 63 del CP.

La figura de los encubridores quedaba regulada —en el Texto Refundido del Código Penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre de 1973, en los arts. 12 y 17, Capítulo Primero, Título II— junto a los autores y cómplices al tratar de las personas responsables criminalmente de los delitos y las faltas:

Artículo 12. «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores».

Artículo 17. «Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta para impedir su descubrimiento.

3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor.

Segunda. La de ser el delincuente reo de traición, homicidio del jefe del Estado, o su sucesor, parricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de fun-

ciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos y estragos».

Los encubridores «en el anterior código tenían también su responsabilidad criminal vinculada al delito cometido por los autores y cómplices como si fueran una especie de partícipes (partícipes post-delictuales o durante el tiempo de aprovechamiento personal o real)» (122).

Actualmente, y con buen criterio (123), el encubrimiento se recoge en los artículos 451 a 454 del CP, y ha pasado a tipificarse como delito dentro del Capítulo III, del Título XX: *Delitos contra la Administración de Justicia*. Esa nueva tipificación hace que el artículo 451 del CP —al especificar cuando procede el encubrimiento y su pena— lo trate sólo como delito —«...el que, con conocimiento de la comisión de un delito...»—, sin hacer mención a las faltas; referencia que, en el artículo 17 del Texto Refundido del Código Penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, sí se podía entender hecha: «...los que, con conocimiento de la perpetración de un hecho punible...».

Esta exclusión de la falta en el encubrimiento nos permite establecer una diferencia entre éste y la complicidad; ya que en la situación legal vigente —ex art. 27 del CP— sí se puede ser cómplice en una falta, aun cuando esta posibilidad tenga un carácter excepcional (124), mientras que no cabe dicho ilícito en el encubrimiento, es decir, no existe la falta en el encubrimiento. La figura del encubridor —conceptualmente— seguirá siendo prácticamente idéntica —por lo que se observa del contraste entre el art. 17 del Texto Refundido del Código Penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, y el art. 451 del actual Código Penal—, pero su conducta será siempre delito: a esta conclusión se llega interpretando y contrastando lo dispuesto en los artículos 13.2, 33.3 y 451, párrafo 1.º de nuestro Código Penal.

La pena establecida para el encubrimiento será de prisión menor de seis meses a tres años (451, pfo. 1.º), y en algunas ocasiones además de la mencionada pena privativa de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis meses a doce años si aquél fuera grave (art. 451.3.º, b). Bien se ve, de la correlación de los distintos artículos del Código Penal (13, 33 y 451), que las penas del artícu-

(122) QUINTERO, *Comentarios...*, artículo 27..., cit., pág. 300.

(123) Cfr. QUINTERO, *Comentarios... artículos 27 y 451...*, cit., págs. 299 y 300 y 1942, respectivamente. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 64*. Realizados por Quintero y otros. 1.ª ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 390. CANCIO MELIÁ, *Comentarios al Código Penal*. 1.ª ed. Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 1187. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal...*, cit., pág. 425.

(124) Cfr. QUINTERO, *Comentarios...*, artículo 27..., cit., pág. 300.

lo 451 de dicho texto legal son en algún caso graves y en su mayoría menos graves; en consecuencia el encubrimiento en unos supuestos será un delito grave y en otros menos grave, pero en ambos delito (125).

Este apoyo legal nos servirá para determinar qué plazo de prescripción debe correr para que el autor del delito de encubrimiento pueda prescribir adquisitivamente o usucapir la cosa hurtada, robada, estafada, indebidamente apropiada o defraudada.

Por lo que se refiere a la prescripción en esta situación delictiva la doctrina entiende que en el caso de «encubrimiento en su modalidad de favorecimiento personal habrá que concluir que la prescripción del delito encubierto convierte en atípica la conducta encubridora» (126).

Por eso, si no ha prescrito el hecho previo integrante del tipo, determinar la prescripción será bastante más sencillo que en el caso del cómplice, por cuanto que la pena para el encubridor será siempre prisión de seis meses a tres años (cfr. art. 451 del CP), con la limitación de que en ningún caso cabrá una pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto (cfr. art. 452 del CP).

Será así —remitiéndonos a la pena señalada en el artículo 451 del CP— que —en virtud de los ars. 13.3; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º, y 133.1, ap. 5.º del CP— el delito de encubrimiento prescribirá a los tres años y su pena a los cinco.

CUADRO 1

DELITO DE ENCUBRIMIENTO		Duración de la pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	Pena privativa de libertad	Prisión menor de 6 meses a 3 años	3 años	5 años

A la pena de prisión mencionada, en alguna ocasión, se le agregará «la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave» (cfr. art. 451,3.º,b). Esta acumulación de pena se producirá si el encubridor a la hora de ayudar «a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o sus agentes, o a sustraerse a su busca y captura..., hubiese obrado con abuso de funciones públicas».

(125) Cfr. *Ibidem*, págs. 1942 y 1943.

(126) GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., pág. 105.

Por lo tanto, en determinadas ocasiones, la pena —siendo única (127)— estará compuesta por la privación de libertad y la inhabilitación especial o absoluta.

Respecto a la inhabilitación se plantean dos situaciones:

1.^a Para el caso de inhabilitación especial de dos a cuatro años, se abren dos campos de prescripción:

- Inhabilitación de dos a tres años: en este, en virtud de los artículos 13.2; 33.3.b; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, la prescripción del delito se producirá a los tres años y la de su pena a los cinco.
- Inhabilitación de tres a cuatro años. En este, en virtud de los artículos 13.1; 33.2.b; 131.1, ap. 4.º del CP, prescribirá el delito a los cinco años y su pena a los diez.

CUADRO 2

DELITO DE ENCUBRIMIENTO	Pena de inhabilitación especial	Duración de la pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
		2 a 3 años	3 años	5 años
		3 a 4 años	5 años	10 años

2.^a Para el caso de inhabilitación absoluta de seis a doce años, también caben varios períodos a los efectos de la prescripción:

- Inhabilitación absoluta de seis años: atendiendo a lo dispuesto en los artículos 13.1; 33.2.b; 131.1, ap. 4.º y 133.1, ap. 4.º del CP, prescribirá el delito a los cinco años y su pena a los diez.
- Inhabilitación absoluta por más de seis años y menos de diez: recurriendo a la regulación de los artículos 13.1; 33.2.b; 131.1, ap. 3.º y 133.1, ap. 3.º del CP, la prescripción del delito se producirá a los diez años y la de su pena a los quince.
- Inhabilitación absoluta por más de diez años: de acuerdo con los artículos 13.1; 33.2.b; 131.1, ap. 2.º y 133.1, ap. 2.º del CP, el delito prescribirá a los quince años y su pena a los veinte.

(127) *Ibidem*, pág. 103.

CUADRO 3

DELITO DE ENCUBRIMIENTO	Pena de inhabilitación absoluta	Duración de la pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
		6 años	5 años	10 años
		De 6 a 10 años	10 años	15 años
		Más de 10 años	15 años	20 años

Como acabamos de ver, en el delito de encubrimiento la pena puede ser compuesta. En tal caso, acudiendo al tenor literal del artículo 131.3 del CP se tendrá en cuenta, a los efectos de la prescripción, la pena que exija mayor tiempo para prescribir.

Por último, la regla general del artículo 451 del CP —prisión de seis meses a tres años— cambiará si a alguna de las actuaciones delictivas que aquí estamos tratando —robo, hurto, etc.— se les pudiese aplicar una pena superior a la del mencionado artículo, y ésta llegase a aplicarse, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto por el artículo 452 del CP.

Resumiendo hay que decir, pues la propia ley lo dispone, que con respecto a los cómplices y encubridores sí se aplican los plazos de prescripción del artículo 1.956 del Código Civil; ya que, aun cuando no son los autores en sentido estricto del delito o falta, han favorecido con su conducta a que el acto se cometiera, y en consecuencia no puede entenderse que subyazca en su comportamiento la buena fe; de ahí que reciban el mismo tratamiento, a los efectos de una posible usucapación de esos bienes, que el autor en sentido estricto, si bien —como ya hemos visto para el encubrimiento y veremos para la complicidad— los plazos para la prescripción del delito o falta, o —después de haber sido condenado— su pena, tienen distinta entidad.

La continua referencia que venimos haciendo, y haremos, a la prescripción del delito o falta, o su pena, es claro que da razón de alternatividad (o prescripción del delito o falta, o prescripción de la pena): esto quiere decir que valdrá con que prescriba la de cualquiera de ellos; y en unos casos se extinguirá la responsabilidad penal por prescripción del delito o falta, y en otros por prescripción de la pena: «o sea, que podría decirse explicativamente que el artículo 1.956: 1.º Dispone para el caso del autor, cómplice o encubridor del delito que tenga por objeto el bien mueble de cuya usucapación se trata, que se vea impedido de usucapirlo hasta que no pasa el plazo de prescripción del delito, si es que no fue perseguido por éste, así que entonces no juega la prescripción de la pena que no se impuso. 2.º Si fue perseguido antes de la prescripción del delito y se le condenó, entonces no hay prescripción del delito, más dispone el artículo 1.956 que, de cualquier modo, el que cometió

el delito se vea impedido de usucapir el bien hasta que se extinga su responsabilidad por prescripción de la pena» (128).

d) Otros sujetos no mencionados en el artículo 1.956 del Código Civil

Los sujetos mencionados directamente en el artículo 1.956 del Código Civil —y que hasta el momento hemos analizado— son el/los autor/es, el/los cómplice/s y el/los encubridor/es. Al margen de los mismos, entiendo que cabría plantearse si las conductas ilícitas de otros individuos —cfr. arts. 269, 298 y sigs. del CP—, pueden ser incluidas —por analogía— en el mencionado artículo; atribuyéndoseles, por tanto, una pseudo-condición de autores, cómplices o encubridores.

d.1) Conspiradores, proponentes y provocadores

Por lo que respecta al artículo 269 del CP, en el mismo se establece que:

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente».

A primera vista los sujetos del referido artículo 269 del CP podrían verse atados a las mismas limitaciones que se establecen en el artículo 1.956 del Código Civil para los autores, cómplices o encubridores, a los efectos de pretender la usucapión de lo robado, estafado o apropiado indebidamente.

Ahora bien, esa apariencia se disipa desde el momento en que su conducta no puede ser tenida como delito consumado como se deduce de lo dispuesto en los siguientes artículos del Código Penal:

Artículo 17. 1. «La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo».

2. «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo».

Artículo 18. 1. «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito» (129).

(128) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, págs. 368 y 369.

(129) Por lo que se refiere a la apología, regulada en el artículo 18.1, párrafo 2.º del CP, la doctrina entiende que «no es sino una forma de provocación» (BACIGALUPO ZAPATER, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. T. I. Derechos fundamentales. Artículos 1-137*. 1.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 1997, pág. 559).

En ninguna de las tres figuras se puede hablar de prescripción de delitos o penas por cuanto estos todavía no han sido cometidos, de ahí que tampoco se pueda hablar de una expectativa a usucapir lo que todavía no se ha sustraído ilegalmente; es este el motivo por el que creo que estos sujetos no pueden ser equiparados al autor, cómplice o encubridor, aunque pueda entenderse que lo son potencialmente.

Una vez ejecutado el delito por quienes conspiraron o se lo propusieron, o por aquellos a los que se provocó, sí podremos tratarles como autores del delito. Autoría que vendrá derivada de contrastar lo que regulan los artículos 17.1 y 2, y 18.2, párrafo 2.º con lo dispuesto en el artículo 28 del mismo cuerpo legal. En el caso concreto de la provocación serán autores —en virtud del art. 18.2, pfo. 2.º del CP— no sólo los ejecutores materiales del delito sino también los que provocaron su perpetración, ya que a éstos últimos —fruto de la consumación del delito— se les tiene por inductores, y la inducción de conformidad con el artículo 28 del CP es una forma de autoría (130).

Admitida su autoría, y dependiendo de qué carácter tuviese lo cometido —delito o falta—, se recurrirá a las reglas generales de prescripción de los delitos o faltas, o sus penas. Hasta entonces no, pues lo único que han hecho —de acuerdo con el art. 269 del CP— es provocar, conspirar o proponerse la comisión de un delito: en este caso, robo, estafa o apropiación indebida; y como todavía no obra la cosa mueble en su poder no procede hablar de usucapión.

En conclusión las conductas reflejadas en el artículo 269 del CP, creo que pueden encuadrarse en la autoría, complicidad o encubrimiento del artículo 1.956 del Código Civil con los matices expuestos.

d.2) Los receptadores

Situación bastante distinta es la que se plantea en el artículo 298 del CP —delito de receptación en el caso de la comisión de un delito— y en el artículo 299 de dicho texto legal —delito de receptación en el caso de comisión de una falta—.

Del contenido que en los mismos se recoge, creo que los receptadores podrían ser tratados como posibles encubridores (131). A esta equiparación se llega recurriendo a los siguientes argumentos:

1.º De la propia regulación legal parece extraerse que cabe la posibilidad de que el receptor —*ex art. 298 del CP*— pueda recibir y adquirir el efecto

(130) CONDE-PUMPUDO FERREIRO, *Código Penal... T. I...*, cit., págs. 943 a 947.

(131) Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal...*, cit., pág. 425.

que los autores o cómplices han obtenido de la comisión del delito contra el patrimonio: omito la expresión ocultar, a la que hace mención el propio artículo 298.1 del CP —«reciba, adquiera u oculte»—, por las connotaciones que la misma tiene —como más adelante se verá— a los efectos de la usucapación —aunque sea la del art. 1.956 del Código Civil—.

2.º La propia redacción del artículo 298.3 del CP cuando habla de «delito encubierto».

3.º La igualdad literal que se da entre los artículos 298.3 y el 452 del CP.

4.º Por último, la traducción más habitual de la palabra latina *receptor* es encubridor.

Por contra, cabrá establecer una diferencia entre ambas figuras recurriendo al hecho de la prescripción: en el encubrimiento la prescripción del hecho previo que integra el tipo da lugar a que se convierta en atípica la conducta encubridora, cosa que no sucede en el delito de receptación (132).

De dichas premisas —afinidades y diferencia— creo poder concluir que los receptadores —a los efectos del art. 1.956 del Código Civil— pueden ser tratados como encubridores y por lo tanto su actuación debería impedirles también la posible usucapación de las cosas muebles hasta que transcurrieran para ellos los correspondientes plazos de prescripción del delito —receptación—, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito. Se excluye la falta, porque en el Código Penal no se refleja que la receptación pueda tener tal condición, si bien en el artículo 299 de dicho texto legal se trata el supuesto de que lo receptado tenga su origen en un hecho constitutivo de falta, pero la pena que en el mismo se dispone se incluye dentro de las aplicables a los delitos menos graves.

Lógicamente será condición esencial para la usucapación que la cosa obre en poder del receptor. Normalmente, y de la lectura de los artículos del Código Penal sobre la receptación así parece deducirse, el receptor será un mero intermediario o transmisor de lo recibido. Ahora bien, puede suceder que la haya adquirido sin interés de traficar con ella. Esta última posibilidad se extrae del contraste entre los artículos 298.1 y 298.2 *in principio* del CP. En el primero no se menciona el hecho de recibir para traficar, en el segundo sí: incluso, por ese motivo, es más grave la pena pues se impone en su mitad superior a la establecida en el artículo 298.1 del CP.

En ambos casos —ya trafique o no— si el receptor-encubridor pretende usucapir el efecto ilícito —la cosa mueble— que ha recibido, deberá, en primer lugar, no ocultarla, pues entonces la posesión ya no sería pública:

(132) Cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., págs. 104 y 105.

requisito que, junto con otros que más adelante veremos —y aunque parezca chocante—, puede entenderse necesario para que se inicien el cómputo de prescripción señalado por el artículo 1.956 del Código Civil. Ese ocultamiento no puede confundirse con el hecho de que aquél a quien se le sustrajo no sepa dónde se encuentra, sino que ha de identificarse con la conducta positiva del receptor para que nadie sepa dónde está.

Vistos los parámetros para que la prescripción adquisitiva por parte del receptor sea posible, se hace necesario entrar al análisis de los plazos de prescripción del delito o la pena. En este punto habrá que distinguir entre las dos situaciones anteriormente expuestas:

1.^a Adquisición sin interés de traficar.

Por lo que se refiere a esta situación, habrá que distinguir si dicho delito de receptación tiene su origen en un delito o en una falta:

- Si deriva de un delito nos remitiremos al artículo 298.1 del CP. Atendiendo a la pena que en el mismo se dispone —«prisión de seis meses a dos años»— y contrastándola con los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º; 133.1, ap. 5.º del CP, concluiremos que el delito prescribe a los tres años y su pena a los cinco.
- Si la receptación tuviese su fundamento en una falta, la remisión habría que hacerla al artículo 299.1 del CP en el cual la pena que se dispone es la de multa de seis a doce meses; en este caso y del contraste de la misma con los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el delito de receptación prescribirá a los tres años y la pena a los cinco.

Solución idéntica, a los efectos de la prescripción, habría de darse si —aun cuando se adquirió para traficar, fruto de delito o falta— el receptor no traficó.

CUADRO 4

RECEPTACION SIN INTERES DE TRAFICAR O SIN LLEGAR A TRAFICAR		Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	Fundada en delito	Prisión de 6 meses a 2 años	3 años	5 años
	Fundada en falta	Multa de 6 a 12 meses	3 años	5 años

2.^a Adquisición con interés de traficar pero sólo consumado una vez prescrito el delito o falta, o su pena, o la acción para reclamar la responsabilidad civil nacida del delito.

Trataremos aquí principalmente la prescripción del delito o de la pena, omitiendo —de intento— la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida de este delito: el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta —de acuerdo con lo que establece el Código Civil— será igual para todas las actuaciones ilícitas que del artículo 1.956 de dicho cuerpo legal se derivan, por ese motivo lo trataremos de forma unitaria con posterioridad.

En cuanto a esta segunda situación —adquisición con interés de traficar— si el receptor recibió para traficar y traficó la punición será distinta según tenga su origen en un delito —art. 298.2 del CP— o en una falta —art. 299 del CP—.

Ahora bien —y a los efectos de tenerlo en cuenta para el caso de un posible plazo de usucapión— habrá que considerar que, sólo si llevase a cabo el tráfico una vez prescrito el delito o —después de haber sido condenado— su pena, ha conservado la cosa en su poder durante un cierto periodo de tiempo, y de dicha conducta se podría concluir que corren a su favor estos plazos de prescripción a los efectos de la usucapión del artículo 1.956 del Código Civil. En esta última situación —al haber tráfico aunque tardío— la prescripción del delito o la pena vendría determinada por el contraste de las sanciones reflejadas en los artículos 298.2 y 299.2 del CP con las normas de determinación de gravedad del delito y prescripción del mismo y sus penas referidas en los artículos 13, 33, 131 y 133 del CP.

Por último, a la hora de establecer la pena en el supuesto tipificado en el artículo 298 del CP, situación que también afectará a la prescripción de la pena y el delito —*ex* arts. 13, 33, 131 y 133 del CP— deberá tenerse en cuenta el límite del artículo 298.3 del CP:

«3. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso se impondrá al culpable la pena del delito en su mitad inferior».

2. *Plazos para que proceda la prescripción adquisitiva*

En los supuestos de privación ilegal de los que se habla en el artículo 1.956 del Código Civil, al margen de conceder la reivindicación a quien la padece —con la intención de recuperar la cosa y evitar la adquisición por usucapión a

favor de quien la sustrajo—, aparece, para el o los que lo han realizado, una expectativa de derecho —aunque pueda parecer injusto— a adquirir el dominio por usucapión: «el instituto de la prescripción es paradójico ya que premia la mala fe con el regalo del dominio, siempre que dicha mala fe se continúe durante muchos años (...). Este resultado es paradójico ya que el Código Civil en su artículo 7.º fustiga al que no obra con buena fe» (133).

Se atenúa esa paradójica injusticia al acudir a los plazos que se deben cumplir para llegar a usucapir. Ya García Goyena en el proyecto de Código Civil de 1851 dejaba constancia de esta realidad en el artículo 1.962:

«La propiedad de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años, con justo título y buena fé».

«El tiempo de la posesión para prescribir las cosas hurtadas o perdidas, deberá ser doble...» (134).

En opinión de este autor «se duplica el tiempo por consideración a la calidad *viciosa* de la cosa; pero se supone siempre posesión de buena fe por parte de quien la adquirió; ya así, el que *comprára á* sabiendas cosa hurtada *estaria* comprendido en el número 1, artículo 14 del Código Penal, según el artículo siguiente» (135).

El artículo siguiente será el 1.963 del Proyecto, y en él se regulaba lo que sigue:

«El poseedor de un bien mueble, por diez años no interrumpidos, residiendo su dueño en la provincia, o por veinte años fuera de ella prescribe la propiedad, sin necesidad de presentar título, y sin que pueda oponérsele su mala fe».

«Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto del que hurtó la cosa, ni de sus cómplices o encubridores, para los cuales se estará a lo dispuesto en el Código Penal» (136).

Esta realidad de los plazos también se ha trasladado a la expectativa que nace del artículo 1.956 de nuestro Código Civil, y ello hará que esté limitada al cumplimiento —entre otros— de los plazos de prescripción que en él se refieren:

(133) MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 494.

(134) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo IV*. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pág. 321.

(135) *Ibidem*, pág. 322. En el artículo 14.1 del CP de 1848 (Colección Legislativa de España. T. XLIII. Imprenta Nacional, Madrid, 1849, págs. 206 y sigs.) se establecía: «Son encubridores los que con conocimiento de la *perpetuacion* del delito, sin haber tenido *participacion* en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad á su *ejecucion* de alguno de los modos siguientes: 1.º Aprovechándose por sí mismos, ó auxiliando á los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito».

(136) GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., págs. 322 y 323.

«Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas..., a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta».

Se plantea en este artículo una pluralidad de plazos —según las distintas situaciones— para que proceda la prescripción adquisitiva por parte de los sujetos anteriormente referidos.

De la literalidad del artículo se extrae que será necesario —con carácter complementario y para que dicha expectativa llegue a derecho— remitirse a lo regulado en el Código Penal respecto a la prescripción del delito o falta, o su pena; así como a lo que se establece en el artículo 1.964 del Código Civil en lo referente a la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta. En el caso del Código Penal habrán de aplicarse las normas generales de prescripción a las situaciones ilícitas que cabe incluir dentro de la sustracción ilegal referida en el artículo 464 del Código Civil: robo, hurto, estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido eléctrico (137).

A la hora de hacer un análisis de los mismos, y, por tanto, de como han de computarse a los efectos de la prescripción adquisitiva, seguiré el orden que en el propio artículo se establece, orden que como veremos es bastante lógico. En este sentido empezaré por analizar la prescripción «del delito o falta, o su pena», punto que —a mi entender— es bastante complejo; una vez desmenuzada dicha prescripción pasará al estudio de la relativa a «la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta».

a) La prescripción del delito o falta, o su pena

En este epígrafe procede entrar al análisis de la regulación penal de los tipos ilícitos que de los artículos 464 y 1.956 del Código Civil se derivan.

En el ámbito penal, y con carácter general la remisión se hará:

1.º Para la prescripción del delito o falta a los artículos 13, 33, 131 y 132 del CP.

2.º Para la prescripción de la pena habrá que recurrir a los artículos 13, 33, 133 y 134 del CP (138).

(137) Cfr. SSTs de 19 de junio de 1945, Considerandos 6.º y 8.º (RJA 1945/709); de 26 de enero de 1955, Considerando 5.º (RJA 1955/212); y de 4 de julio de 1973, Considerando 2.º (RJA 1973/3014). MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado...*, cit., pág. 653. ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., pág. 372 y 373. MIQUEL, *Comentario...*, artículo 464..., cit., pág. 1243.

(138) Las medidas de seguridad referidas en el artículo 135 del CP no procede estudiarlas, ya que a ninguna de las situaciones ilícitas que cabe incluir en el 1.956 del Código Civil se les aplican como pena.

Lógicamente estas reglas generales habremos de aplicarlas a cada uno de los supuestos delictivos que anteriormente hemos mencionado: hurto, robo, estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido eléctrico o análogas. También hay que tener en cuenta si se trata de autores o cómplices. Todos estos matices parecen aproximarnos a un cálculo atendiendo más a la pena en concreto que en abstracto (139), si bien para la prescripción se considerará la pena máxima o abstracta de cada tipo en concreto: es decir, se atiende al tipo en concreto, se tiene en cuenta su pena y se calcula la prescripción atendiendo a su pena máxima o en abstracto (140).

a.1) Hurto y robo

En los casos concretos de hurto y robo —referidos expresamente en los artículos 1.956 y 1.962 del Código Civil—, habrá que contrastar los mencionados artículos del Código Penal, con aquellos otros en los que dicho cuerpo legal da razón de las penas aplicables a los delitos de hurto y robo.

a.1.a) El hurto

a.1.a.1) Los autores

El delito de hurto, se regula en los artículos 234 a 236 del CP. A los efectos de la cuestión que aquí se está tratando —usucapión de cosa mueble— hay que excluir la situación planteada en el artículo 236 del CP:

«Será castigado con multa de tres a doce meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de cincuenta mil pesetas».

Del tenor literal de este artículo se deduce que el hurto lo es de cosa mueble propia de la que es poseedor legítimo otro sujeto. Es decir, el propietario u otro con su consentimiento hurtan al poseedor legítimo. Ni el propietario, ni el que actúa con su consentimiento pueden usucapir la propiedad de la cosa: el primero, por motivos que no es necesario comentar y que nos

(139) Cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., págs. 112 a 125.

(140) Cfr. SSTs de 12 de abril de 1997, Fundamento de Derecho 4.º, 4 (RJA 1997/3609) y de 10 de julio de 1997, Fundamento de Derecho único, párrafo 7.º (RJA 1997/5493). GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia. T. 5. Artículos 649 a 749*. 1.ª ed. Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 183 y 184.

pueden llevar a concluir que la situación regulada en este artículo «tampoco es hurto, ya que no ataca la propiedad, puesto que el sujeto activo es el propietario» (141). El segundo, porque si hurta con consentimiento del dueño puede que lo haga para entregarle lo hurtado, y en el caso de que no tuviera esa intención, si se le permitiera usucapir se llegaría al absurdo de que lo hiciera contra el dueño que le consintió hurtar lo que era suyo y otro poseía: en esta situación si llega a poseer —por la vía del hurto consentido— cabría entender que lo hace por la mera tolerancia del dueño y esos actos de mera tolerancia no le aprovechan para la usucapición (cfr. art. 1.942 del Código Civil): supuesto distinto sería que actuase sin consentimiento del propietario, ya que en este caso sería un simple hurto (142).

Excluido el artículo 236 del CP de este estudio, y centrándonos en los artículos 234 y 235 de dicho texto legal, las penas que en los mismos se establecen son «prisión de seis a dieciocho meses» (*ex art.* 234); «prisión de uno a tres años» (*ex art.* 235). Del contraste de las mismas con los artículos 13.2; 33.3.a y g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, la prescripción del delito se producirá a los tres años y la de la pena a los cinco años.

CUADRO 5

		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
HURTO	Delito	234	Prisión de 6 a 18 meses	3 años	5 años
		235	Prisión de 1 a 3 años		

Dentro del mismo tipo y para el supuesto de falta la remisión habrá que hacerla al artículo 623.1 y 2 del CP. La pena dispuesta será «arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses». Al tratarse de una pena alternativa para la prescripción se recurrirá a la pena mayor (143); si bien en este caso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.3; 33.4, c y d; 131.2 y 133.1, ap. 6.º del CP, ambas tienen la misma pena, y por ello prescribirá la falta a los seis meses y la pena al año.

(141) MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coordinado por Ignacio Serrano Butragueño. Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 1185.

(142) *Ibidem*.

(143) Cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., págs. 124 y 125.

CUADRO 6

		Art.	Pena	Prescripción de la falta	Prescripción de la pena
HURTO	Falta	623,1 y 2	Arresto de 2 a 6 fines de semana o multa de 1 a 2 meses	6 meses	1 año

a.1.a.2) Los cómplices

En materia de complicidad y por lo que se refiere a este tipo penal, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 63 y 70.1. 2.º del CP, la pena aplicable a los cómplices será la siguiente:

- Para la situación tipificada en el artículo 234 del CP: prisión de tres a seis meses.
- Para la pena regulada en el artículo 235 del CP: prisión de seis meses a un año.

Como bien se puede ver, algunas de las penas que han de aplicarse no tienen su reflejo en el Código Penal: por ejemplo, la pena de prisión comienza a los seis meses (cfr. art. 36, pfo. 1.º del CP), por lo tanto no tendría mucho sentido la prisión de tres meses que surge de aplicar los criterios de los artículos 63 y 70.1.2.º del CP.

Por lo que se refiere al artículo 234 del CP —y para el supuesto del cómplice—, como la pena de prisión sólo empieza a los seis meses (cfr. art. 36, pfo. 1.º del CP), habrá que acudir, por imperativo legal, a la regla de los artículos 71.2 y 88 del CP (144); de manera que la pena de prisión de tres a seis meses a la que aquí se ha hecho mención se podrá sustituir de la siguiente manera: cada semana de prisión podrá sustituirse por dos arrestos de fin de semana, y cada día de prisión por dos cuotas de multa. De acuerdo con esta sustitución, nos encontraríamos —por ejemplo— con penas de arresto de 24 fines de semana (3 meses de prisión), 32 fines de semana (4 meses de prisión), 40 fines de semana (5 meses de prisión) y 48 fines de semana (6 meses de prisión).

La pena de arresto de fin de semana se limita a 24 (cfr. art. 33.3.i del CP) «salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de

(144) Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal...*, cit., págs. 743 y 744.

las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código» (*ex. art. 37.1 del CP*).

Nada se dice en el Código Penal de qué tipo de pena es la de arresto de 32, 40 ó 48 fines de semana, lo que si parece es que no podrá ser pena mayor que aquella a la que sustituye de manera que en ningún caso podrá superar el natural de la prisión de seis meses, ni ser inferior al arresto de 24 fines de semana, es decir, se enmarcará —de acuerdo con el art. 33 del CP— dentro de las penas menos graves, y el delito prescribirá —atendiendo al art. 131.1, pfo. 5.º del mencionado texto legal— a los tres años y su pena —atendiendo al art. 133.1, pfo. 6.º de dicho Código— a los cinco.

La pena que nace para el cómplice en el supuesto del artículo 235 del CP —prisión de seis meses a un año— hará —en virtud de los arts. 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP— que el delito prescriba a los tres años y su pena a los cinco.

CUADRO 7

	Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
DELITO DE HURTO	234	Arresto de 24, 32, 40 ó 48 fines de semana	3 años	5 años
	235	Prisión de 6 meses a 1 año		

Respecto a la complicidad en las faltas, da la impresión de «que la participación en faltas en modo de complicidad es prácticamente impune. A esta conclusión se llega partiendo del principio de legalidad en su aplicación a la determinación en la pena: el artículo 63 del CP que es el que decide cuál ha de ser la pena a imponer a los cómplices (la inferior en un grado a la fijada en la ley para los autores) se refiere exclusivamente a los cómplices *de un delito consumado o intentado*. Suponer que esa regla puede aplicarse por extensión o analogía a los cómplices de faltas no parece obligado. Claro está que el artículo 638 del CP exime a los Tribunales de someterse a las reglas de medición de los artículos 61 a 72 del CP, y en su virtud cabría suponer que los Tribunales son libres para decidir a su arbitrio el castigo a imponer al cómplice de una falta. Más si la ley no castiga las faltas intentadas —con las excepciones conocidas (art. 15.2 CP)— por los autores, puede deducirse que en el campo de las faltas la *regla* es la limitación de la punición a la falta consumada por autores (en sentido estricto o por extensión), y que cualquier otra sanción hay que considerarla excepcional, lo cual, por otra parte, es

perfectamente coherente con el principio de intervención o, si se quiere emplear otro lenguaje, con la idea de excluir las bagatelas, lo que ya de antiguo se encerraba en la máxima *minima non curat praetor*» (145).

Apoyado en esta postura, me parece lógico excluir el tratamiento del plazo de prescripción de la faltas en la complicidad. Esta supresión, entiendo que habrá de hacerse no sólo para el ilícito aquí tratado —hurto— sino también para los que veremos con posterioridad.

a.1.b) El robo

En el supuesto del delito de robo y acudiendo a la tipificación del mismo habrá que recurrir a los artículos 240 a 242 del CP.

a.1.b.1) Los autores

Conforme al artículo 240 del CP, la pena a aplicar será prisión de uno a tres años. Atendiendo a los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, prescribirá el delito a los tres años y la pena a los cinco años.

Por lo que se refiere a las situaciones tipificadas en los artículos 241 y 242 del CP requerirán —para una mejor comprensión— un tratamiento conjunto. En estos dos últimos artículos, al establecerse la pena de prisión entre dos y cinco años habrá que acudir para la prescripción del delito a las siguientes pautas:

1.ª Artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, cuando la pena fuere de prisión de dos a tres años, la prescripción del delito se producirá a los tres años y la de la pena a los cinco años.

2.ª Artículos 13.1; 33.2.a; 131.1, ap. 4.º y 133.1, ap. 4.º del CP: cuando la pena fuere de prisión de tres a cinco años, el delito prescribirá a los cinco años y la pena a los diez.

CUADRO 8

	Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
DELITO DE ROBO	240	Prisión de 1 a 3 años	3 años	5 años
	241 y 242	Prisión de 2 a 3 años		
		Prisión de 3 a 5 años	5 años	10 años

(145) QUINTERO, *Comentarios...*, artículo 27..., cit., pág. 300.

a.1.b.2) Los cómplices

En este delito, el tratamiento de la complicidad —atendiendo a los arts. 63 y 70.1.2.º del CP— y de la posible prescripción del delito —sólo hacemos mención al delito, porque el robo no goza nunca de la condición de falta— y su pena, se resolverá de la siguiente manera:

- En el artículo 240 del CP la pena aplicable al cómplice será la de prisión y oscilará entre seis meses y un año. Del cotejo de la misma con lo dispuesto en los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el delito prescriba a los tres años y su pena a los cinco.
- Por lo que respecta a los artículos 241 y 242 del CP, la pena aplicable al cómplice se moverá entre uno y dos años de prisión. Recurriendo a los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP el delito prescriba a los tres años y su pena a los cinco.

CUADRO 9

DELITO DE ROBO	Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	240	Prisión de 6 meses a 1 año	3 años	5 años
	241 y 242	Prisión de 1 a 2 años		

a.1.c) El robo y hurto de uso de vehículo

Por último, y en el seno de ambos delitos —hurto y robo—, traemos a colación una situación particular que afecta tanto a uno como a otro. Se encuentra tipificada en el mismo Libro y Título del Código Penal que el hurto y el robo, si bien en un capítulo diferente: el Capítulo IV: *del robo y hurto de uso de vehículo*.

Se regula concretamente en el artículo 244 del CP. Atendiendo al mismo, y desde el momento en que no existe «ánimo de apropiarse» el vehículo, podríamos decir que queda excluido de la situación que aquí se trata (adquisición o no por usucapión). Es más, la ausencia de ese ánimo hace que la punición «no pueda ser igual ni superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente el vehículo» (*ex art. 244.1, in fine* del CP).

Ahora bien, si la restitución —directa o indirecta— a la que el artículo 244 del CP obliga, no se llevase a efecto en el plazo no superior a cuarenta y ocho horas, entiende el legislador que ese presunto ánimo de no apropiárselo desaparecería; y por ese motivo ya no cabría tratarlo como robo y hurto de uso, sino como hurto o robo (cfr. art. 244.3 del CP). En este supuesto

—no restitución— sería admisible que pudiese alcanzarse una futura adquisición por usucapión, adquisición que se vería limitada —al tratarse ya como hurto o robo— a los plazos que con anterioridad hemos referido para esas situaciones ilícitas.

a.2) La estafa y la apropiación indebida

En los supuestos de estafa y apropiación indebida —que pueden entenderse incluidos en la sustracción ilegal del artículo 464 del Código Civil—, y siguiendo con el mismo sistema expositivo, la situación se resolverá en los siguientes términos:

a.2.a) La estafa

En lo relativo a la estafa recurriremos —por lo que al delito respecta— a los artículos 248 a 251 del CP, y al artículo 623.4 del mismo texto legal para la falta.

a.2.a.1) Los autores

De un análisis más detallado de las situaciones tipificadas en los artículos mencionados en materia de estafa podemos concluir, por lo que se refiere a los artículos 248 y 249 del CP, que la pena será de prisión y fluctuará entre los seis meses y los cuatro años; en consecuencia y acudiendo a los artículos 13.1 y 2; 33.2.a y 3.a; 131.1, ap. 4.º y 5.º; y 133.1, ap. 4.º y 5.º del CP se podrían distinguir las siguientes situaciones:

- Si la pena de prisión se encuadra entre los seis meses y los tres años, el delito prescribirá a los tres años y la pena a los cinco.
- Si la pena de prisión es superior a tres años hasta cuatro, el delito prescribirá a los cinco años y su pena a los diez.

CUADRO 10

		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	248 y 249	Prisión de 6 meses a 3 años	3 años	5 años
			Prisión de 3 a 4 años	5 años	10 años

En lo referente al artículo 250 del CP, si contrastamos el contenido punitivo de su número 1 —pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses— con los artículos 13.1 y 2; 33.2.a y 3.a y g; 131.1, ap. 3.º, 4.º y 5.º, 133.1, ap. 3.º, 4.º y 5.º del CP; el tema de la prescripción se resolverá de la siguiente manera:

- Si la pena de prisión es de uno a tres años, el delito prescribirá a los tres años, y la pena a los cinco años.
- Si la pena de prisión es superior a tres años hasta cinco, prescribirá el delito a los cinco años, y la pena a los diez.
- En el caso de una pena de prisión superior a cinco años hasta seis, el delito prescribirá a los diez años, y la pena a los quince.
- En la situación que estamos analizando, también cabe imponer multa de seis a doce meses. En este caso la prescripción del delito se producirá a los tres años y su pena a los cinco.

Nos encontramos aquí con una pena compuesta; por ello y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 131.3 del CP se tendrá en cuenta la pena que exija mayor tiempo para la prescripción. La misma solución cabría aplicar por analogía cuando se trate de prescripción de la pena ya impuesta (146).

CUADRO 11

		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	250,1	Prisión de 1 a 3 años	3 años	5 años
			Prisión de 3 a 5 años	5 años	10 años
			Prisión de 5 a 6 años	10 años	15 años
			Multa de 6 a 12 meses	3 años	5 años

Respecto al contenido sancionador del número 2 del mencionado artículo 250 del CP —pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses—, recurriendo a los artículos 13.1; 33.2.a y 3.g; 131.1, ap. 3.º y 4.º; 133.1, ap. 3.º y 4.º del CP, la prescripción del delito y la pena operará del siguiente modo:

- En el supuesto de pena de prisión de cuatro hasta cinco años, el delito prescribirá a los cinco años y la pena a los diez.

(146) Cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., pág. 131.

— En el caso de pena de prisión por más de cinco años hasta ocho, el delito prescribirá a los diez años y la pena a los quince.

— Ante la multa de doce a veinticuatro, la prescripción del delito será a los tres años y su pena a los cinco.

Como acabamos de ver un poco más arriba, nos encontramos ante una pena compuesta, ya que a la pena privativa de libertad se le puede agregar la multa de doce a veinticuatro meses. Por eso, y a los efectos de la prescripción del delito, habrá que atender a lo dispuesto en el artículo 131.3 del CP: se tendrá en cuenta la pena que exija mayor tiempo para la prescripción. La misma solución cabría aplicar por analogía cuando se trate de prescripción de la pena ya impuesta (147).

CUADRO 12

		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	250.2	Prisión de 4 a 5 años	5 años	10 años
			Prisión de 5 a 8 años	10 años	15 años
			Multa de 12 a 24 meses	3 años	5 años

Siguiendo con el delito de estafa, en este caso la situación regulada en el artículo 251 del CP —prisión de uno a cuatro años—, y remitiéndonos a los artículos 13.1 y 2; 33.2.a y 3.a; 131.1, ap. 4.º y 5.º; y 133.1, ap. 4.º y 5.º del CP lo relativo a la prescripción del delito o falta y su pena, que aquí estamos viendo, se abordará del siguiente modo:

— Si la pena de prisión es superior a un año hasta tres, el delito prescribirá a los tres años y la pena a los cinco.

— Si la pena de prisión es superior a tres años hasta cuatro, el delito prescribirá a los cinco años y su pena a los diez.

CUADRO 13

		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	251	Prisión de 1 a 3 años	3 años	5 años
			Prisión de 3 a 4 años	5 años	10 años

(147) Cfr. *Ibidem*.

Para el supuesto de falta en la estafa la remisión legal ha de hacerse al artículo 623.4 del CP:

«Serán castigados con arresto de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses: 4. Los que cometan estafa... de electricidad, gas..., energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a cincuenta mil pesetas».

Este artículo regula una situación de falta contra el patrimonio dentro del Título II, del Libro III del CP. Lo traemos a colación porque los bienes sobre los que la estafa recae tienen la naturaleza de muebles (148), y al haber sido adquiridos de forma ilícita —hasta el punto de estar tipificado como falta—, la usucapión sobre los mismos —en los términos del art. 1.956 del Código Civil— también será factible. Por tanto, y atendiendo a la pena que en el artículo 623.4 del CP se establece (149), la falta prescribirá a los seis meses y la pena por la misma al año: solución a la que se llega remitiéndonos a los artículos 13.3; 33.4.c y d; 131.2 y 133.1, ap. 6.º del CP.

CUADRO 14

		Art.	Pena	Prescripción de la falta	Prescripción de la pena
ESTAFA	Falta	623,4	Arresto de 2 a 6 fines de semana o multa de 1 a 2 meses	6 meses	1 año

a.2.a.2) Los cómplices

En cuanto al tratamiento que ha de dársele a la complicidad a los efectos de la prescripción del delito o falta o su pena, habrá que remitirse, como ya vengo haciéndolo, a los artículos 63 y 70.1.2.º del CP (150). De acuerdo con estos, y contrastándolos con los artículos 248 a 251 del mismo texto legal, se pueden extraer las siguientes conclusiones a los efectos de la prescripción:

(148) Cfr. CLAVERÍA, *Comentario al Código Civil, artículo 335. Tomo I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 931.

(149) Al tratarse de una pena alternativa, para la prescripción se recurrirá a la pena mayor (GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., págs. 124 y 125), si bien, en este caso, no hay una pena mayor que otra.

(150) Aunque hacemos mención a la falta, renunciamos a su tratamiento por lo que ya se dijo en el hurto.

1.^a La pena que resultará para el cómplice atendiendo a los artículos 248 y 249 del CP será de prisión de tres a seis meses. Esta situación es idéntica a la que se planteó al tratar la complicidad en el artículo 234 del CP (hurto). Como ya se dijo la pena de prisión sólo empieza a los seis meses (cfr. art. 36, pfo. 1.º del CP), y por tanto en este caso para la pena de prisión de tres a seis meses habrá que acudir por, imperativo legal, a la regla de los artículos 71.2 y 88 del CP (151); de manera que la pena de prisión de tres a seis meses a la que aquí se ha hecho mención se podrá sustituir de la siguiente manera: cada semana de prisión podrá sustituirse por dos arrestos de fin de semana, y cada día de prisión por dos cuotas de multa. De acuerdo con esta sustitución, nos encontraríamos —por ejemplo— con penas de arresto de 24 fines de semana (3 meses de prisión), 32 fines de semana (4 meses de prisión), 40 fines de semana (5 meses de prisión) y 48 fines de semana (6 meses de prisión).

La pena de arresto de fin de semana se limita a 24 (cfr. art. 33.3.i del CP) «salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código» (*ex. art. 37.1 del CP*).

Nada se dice en el Código Penal de qué tipo de pena es la de arresto de 32, 40 ó 48 fines de semana, lo que si parece es que no podrá ser pena mayor que aquella a la que sustituye de manera que en ningún caso podrá superar el natural de la prisión de 6 meses, ni ser inferior al arresto de 24 fines de semana: es decir, se enmarcará —de acuerdo con el art. 33 del CP— dentro de las penas menos graves, y el delito prescribirá —atendiendo al art. 131.1, pfo. 5.º del mencionado texto legal— a los tres años y su pena —atendiendo al art. 133.1, pfo. 6.º de dicho Código— a los cinco.

CUADRO 15

		Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	248 y 249	Arresto de 24, 32, 40 ó 48 fines de semana	3 años	5 años

2.^a Para el mismo sujeto —el cómplice— y en lo referente al artículo 250 del CP, tendremos que hacer idéntico tratamiento que en la autoría, es decir distinguir entre los números uno y dos del mencionado artículo:

(151) Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal...*, cit., págs. 743 y 744.

a) Atendiendo al número uno del artículo 250 del CP la pena del cómplice será la de prisión entre seis meses y un año, y la de multa de tres a seis meses.

- Para la primera —prisión— del contraste de la misma con lo dispuesto en los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP el delito prescriba a los tres años y su pena a los cinco.
- Para la segunda —multa— recurriendo a los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el plazo de prescripción del delito será tres años y su pena cinco.

En este supuesto —art. 250.1 del CP—, como sucedía en la autoría, nos encontramos ante una pena compuesta; aplicando el artículo 131.3 del CP, para la prescripción del delito se estará a la que exija mayor tiempo para la prescripción: solución que, por analogía, procede aplicar también a la prescripción de la pena ya impuesta (152).

CUADRO 16

		Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	250.1	Prisión de 6 m. a 1 año	3 años	5 años
			Multa de 3 a 6 meses	3 años	5 años

b) Recurriendo al número dos del artículo 250 del CP, serán también dos los tipos de pena aplicable: prisión y multa. La pena de prisión para el cómplice en este caso será de dos a cuatro años y la de multa abarcará de seis a doce meses.

- En la de prisión —y a los efectos prescriptivos— deberemos distinguir dos situaciones: por un lado la prisión de dos a tres años, y por otro la prisión de tres a cuatro años:

En cuanto a la primera —prisión de dos a tres años— y recurriendo a los artículos 13.2; 33.3; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el delito prescribirá a los tres años y su pena a los cinco.

Respecto a la segunda —prisión de tres a cuatro años— si aplicamos los artículos 13.1; 33.2; 131.1, ap. 4.º y 133.1, ap. 4.º del CP, el delito prescribirá a los cinco años y su pena a los diez.

(152) Cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., pág. 131.

— Por lo que respecta a la pena de multa —seis a doce meses— recurriendo a los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el plazo de prescripción del delito serán tres años y su pena cinco.

También aquí —art. 250.2 del CP— habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 130.3 del CP: tanto para la prescripción del delito como para la de la pena (153).

CUADRO 17

		Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	250,2	Prisión de 2 a 3 años	3 años	5 años
			Prisión de 3 a 4 años	5 años	10 años
			Multa de 6 a 12 meses	3 años	5 años

3.ª Por último, y para el caso de la complicidad en el supuesto del artículo 251 del CP, la pena que será la de prisión de seis meses a un año, lo que supone, en consonancia con los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, que el delito prescribirá a los tres años y su pena a los cinco.

CUADRO 18

		Art.	Pena para el cómplice	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
ESTAFA	Delito	251	Prisión de 6 meses a un año	3 años	5 años

a.2.b) La apropiación indebida

Por último, y para la apropiación indebida, los artículos del Código Penal aplicables serán los siguientes: para lo relativo al delito se recurrirá a los artículos 252 a 254 del CP; y en materia de faltas al artículo 623.4 del mismo texto legal.

(153) Cfr. *Ibidem*.

a.2.b.1) Los autores

Por lo que respecta al artículo 252 del CP, habremos de remitirnos para la aplicación de la pena —de acuerdo con su tenor literal— a los artículos 249 y 250 del mismo Texto legal.

En el artículo 249 del CP la pena dispuesta es la de «prisión de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediese de cincuenta mil pesetas...». Del contraste de esta pena con lo regulado en los artículos 13.1 y 2; 33.2.a y 3.a; 131.1, ap. 4.º y 5.º; y 133.1, ap. 4.º y 5.º del CP, habría que concluir lo que sigue:

- Si la pena de prisión es superior a seis meses hasta tres años, el delito prescribirá a los tres años y la pena a los cinco.
- Si la pena de prisión es superior a tres años hasta cuatro, el delito prescribirá a los cinco años y su pena a los diez.

CUADRO 19

APROPIACION INDEBIDA	Delito	Art.	Penas	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
		252	Pris. de 6 m. a 3 años	3 años	5 años
			Prisión de 3 a 4 años	5 años	10 años

Por lo que se refiere al artículo 250 del CP, al que también hace mención el artículo 252 del mismo texto legal, se estará a lo que en aquél se establece tanto en su número primero como en el segundo.

El número 1.º del artículo 250 del CP dispone que, «el delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multas de seis a doce meses...». Del contraste de los artículos 13.1 y 2; 33.2.a y 3.a y g; 131.1, ap. 3.º, 4.º y 5.º; 133.1, ap. 3.º, 4.º y 5.º del CP, con el número 1 del artículo 250 del CP, el tema de la prescripción se resolverá de la siguiente manera:

- Si la pena de prisión es de uno a tres años, el delito prescribirá a los tres años, y la pena a los cinco años.
- En el supuesto de pena de prisión superior a tres años hasta cinco, prescribirá el delito a los cinco años, y la pena a los diez.
- Ante una pena de prisión superior a cinco años hasta seis, el delito prescribirá a los diez años, y la pena a los quince.
- En el caso de multa de seis a doce meses, agregable a cualquiera de los supuestos mencionados, se acumulará a los plazos expuestos el

plazo de prescripción de esta multa, y así habrá que sumar a la prescripción del delito tres años y a la de la pena cinco.

Respecto al número 2 del artículo 250 del CP —«si concurrieran las circunstancias 6.^a ó 7.^a con la primera del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses» y recurriendo a los arts. 13.1; 33.2.a y 3.g; 131.1, ap. 3.º y 4.º; 133.1, ap. 3.º y 4.º del CP— la prescripción del delito y la pena operará del siguiente modo:

- Si la pena de prisión es de cuatro a cinco años, el delito prescribirá a los cinco años y la pena a los diez.
- Si la pena es de prisión por más de cinco años hasta ocho años, el delito prescribirá a los diez años y la pena a los quince.
- Además, ante la multa de doce a veinticuatro meses, habrá que agregar a la prescripción referida la de dicha multa, por tanto a la prescripción del delito habría que sumarle tres años, y a la de la pena cinco.

CUADRO 20

APROPIACION INDEBIDA		Art.	Pena	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	Delito	250, 1 y 2	Ver cuadro 12		

Otra situación que ha de ser analizada dentro del delito de apropiación indebida será la que se tipifica en el artículo 253 del CP. Dentro de éste y a los efectos de la prescripción del delito o la pena, habremos de distinguir entre su proposición primera y segunda.

De acuerdo con la proposición primera —«serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas»—, y contrastando la pena que en el mismo se dispone con lo regulado por los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º; y 133.1, ap. 5.º del CP, podremos concluir que el delito prescribe a los tres años, y la pena a los cinco.

Por lo que respecta a la proposición segunda —«si se trata de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años»—, y contrastando la pena que en el mismo se dispone con lo regulado por los artículos 13.2; 33.3.a; 131.1, ap. 5.º; y 133.1, ap. 5.º del CP, llegaremos a la misma conclusión: el delito prescribe a los tres años y la pena a los cinco.

CUADRO 24

APROPIACION INDEBIDA		Art.	Pena para cómplices	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	Delito	253, 1. ^a	Multa de 1½ a 2 meses	6 meses	1 año
			Multa de 2 a 3 meses	3 años	5 años

b) Para la proposición segunda del artículo 253 del CP la pena aplicable al cómplice será la de prisión de tres a seis meses. Esta pena es idéntica a la que nace para el cómplice en los artículos 234 y 249 del CP. Como ya se dijo en ambos casos, la pena de prisión sólo empieza a los seis meses (cfr. art. 36.1 del CP); por tanto, en este caso, habrá que acudir, por imperativo legal, a la regla de los artículos 71.2 y 88 del CP (156); de manera que la pena de prisión de tres a seis meses a la que aquí se ha hecho mención se podrá sustituir de la siguiente manera: cada semana de prisión podrá sustituirse por dos arrestos de fin de semana, y cada día de prisión por dos cuotas de multa. De acuerdo con esta sustitución, nos encontraríamos —por ejemplo— con penas de arresto de 24 fines de semana (3 meses de prisión), 32 fines de semana (4 meses de prisión), 40 fines de semana (5 meses de prisión) y 48 fines de semana (6 meses de prisión).

La pena de arresto de fin de semana se limita a 24 (cfr. art. 33.3.i del CP) «salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 88 de este Código» (ex art. 37.1 del CP).

Nada se dice en el Código Penal de qué tipo de pena es la de arresto de 32, 40 ó 48 fines de semana, lo que si parece es que no podrá ser pena mayor que aquella a la que sustituye de manera que en ningún caso podrá superar el natural de la prisión de 6 meses, ni ser inferior al arresto de 24 fines de semana: es decir, se enmarcará —de acuerdo con el art. 33 del CP— dentro de las penas menos graves, y el delito prescribirá —atendiendo al art. 131.1, pfo. 5.º del mencionado texto legal— a los tres años y su pena —atendiendo al art. 133.1, pfo. 6.º de dicho Código— a los cinco.

CUADRO 25

APROPIACION INDEBIDA		Art.	Pena para cómplices	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
	Falta	253, 2. ^a	Arresto de 24, 32, 40 ó 48 fines de semana	3 años	5 años

(156) Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal...*, cit., págs. 743 y 744.

3.^a Como colofón, en sede de apropiación indebida, habrá que entrar al análisis del artículo 254 del CP. De la aplicación de los artículos 63 y 70.1.2.º de dicho texto legal, se concluye que la pena aplicable al cómplice será la de multa de un mes y medio a tres meses. Nos encontramos aquí ante una situación pareja a la regulada en el artículo 253, pfo. 1.º del CP, de ahí que la solución sea la misma.

Hay que entender por la naturaleza de la pena resultante y a los efectos de la prescripción que existen dos periodos: por un lado la pena de multa de mes y medio a dos meses, y por otro la multa de dos a tres meses.

Para el primer periodo —multa de mes y medio a dos meses— la sanción atendiendo al artículo 33.4.c del CP se incluye dentro de las penas leves, las cuales —conforme al art. 13.3 del CP— gozan de la condición de falta. Es decir que, en este caso, al cómplice, aunque lo sea de un delito (ex art. 253 del CP), se le punirá como falta; motivo por el cual, y amparados en los artículos 131.2 y 133.1, ap. 6.º del CP, la prescripción del «delito-falta» se producirá a los seis meses y la de su pena al año.

Por lo que se refiere al segundo periodo —multa de dos a tres meses—, el cómplice lo es de un delito menos grave y por contraste con los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el plazo de prescripción del delito será tres años y su pena cinco.

CUADRO 26

APROPIACIÓN INDEBIDA	Delito	Art.	Pena para cómplices	Prescripción del delito	Prescripción de la pena
		254	Multa de 1½ a 2 meses	6 meses	1 año
			Multa de 2 a 3 meses	3 años	5 años

4.^a Respecto a la prescripción de la falta en la complicidad, me remito a lo que se dijo sobre su carácter excepcional al tratar el hurto.

a.3) Defraudaciones de fluido eléctrico y análogas

El sentido que tiene la inclusión de las defraudaciones aquí mencionadas a la hora de estudiar el contenido del artículo 1.956 del Código Civil, se ampara en la naturaleza de bienes muebles de la que gozan los objetos referidos en el artículo 255 del CP: «... energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos...» (157).

(157) SAP de Barcelona, de 25 de octubre de 1994 (ARP 1994/308); SAP de Valencia, de 28 de junio de 1999 (ARP 1999/2423); SAP de Baleares, de 11 de noviembre de 1999 (ARP 1999/5338); SAP de Jaén, de 28 de junio de 2000 (ARP 2000/1706).

El Tribunal Supremo en el Considerando primero de la sentencia de 20 de junio de 1981 ya puso de manifiesto «que la aparición de la electricidad en el entorno humano motivó enconadas polémicas respecto a su naturaleza como cosa o bien en sentido jurídico, y, una vez sentada dicha índole, respecto a si se trata de cosa corporal o incorporeal —*quod tangi non possut*— mueble o inmueble; y, finalmente, en el campo penal, también se controvertió sobre si su sustracción o utilización fraudulenta o abusiva constituía delito de hurto, de estafa, de daños, o de hurto de uso, triunfando, en la jurisprudencia de este Tribunal, la primera solución, como puede comprobarse en las sentencias de 27 de mayo de 1908, 30 de octubre y 17 de noviembre de 1909, 9 de noviembre de 1910 y 16 de abril de 1912, entre otras, hasta que la Ley de 10 de marzo de 1941 (...) reguló penalmente la materia, y el Código de 1944 afrontó definitivamente la cuestión reuniendo las conductas dichas en la entonces Sección 4.^a —hoy 6.^a— del Capítulo IV, del Título XIII, del Libro II, considerándolas como una modalidad de las defraudaciones, bajo el epígrafe o intitulación «De las defraudaciones del fluido eléctrico y análogas» (158).

De ahí que —como cosas muebles que son— mientras el delito o falta, o su pena no hayan prescrito no obrará en favor del defraudador la usucapión de lo defraudado.

Es cierto que el artículo 255 del CP no se incluye dentro de los delitos de hurto y de robo, como tampoco lo hacen la estafa ni la apropiación indebida; pero también es verdad que la conducta del defraudador afecta directamente al propietario que se ve perjudicado por la usurpación, pues alguien se está aprovechando de un bien mueble de su propiedad sin su consentimiento: «...como quiera que defraudar consiste, entre otras cosas, en desvanecer la esperanza que se ponía en algo, es precisamente ese efecto el que produjo la actuación de los acusados en cuanto frustraron la expectativa de los usuarios de los teléfonos públicos a recuperar las monedas introducidas en los mismos y no utilizadas. La defraudación afectó a dichas monedas...» (159).

a.3.a) Los autores

Por lo que respecta al delito tipificado en el artículo 255 del CP, y atendiendo a la pena que en el mismo se establece —multa de tres a doce meses— la prescripción del delito y de la pena conforme a los artícu-

(158) STS de 20 de junio de 1981 (RJA 1981/2773).

(159) SAP de Las Palmas, de 22 de abril de 1999, Fundamento de Derecho 2.º (ARP 1999/1468).

los 13.2, 33.3.g, 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP será de tres y cinco años, respectivamente (160).

Dentro de esta misma situación ilícita, pero tipificada como falta en el artículo 623.4 del CP, la pena será de arresto mayor de dos a seis fines de semana o multa de uno a dos meses (161); en atención a las mismas y de acuerdo con lo establecido en los artículos 13.3; 33.4.c y d; 131.2 y 133.1, ap. 6.º del CP, la falta prescribirá a los seis meses y su pena al año.

CUADRO 27

		Art.	Pena	Prescripción del delito o falta	Prescripción de la pena
DEFRAUDACIONES DE FLUIDO ELECTRICO Y ANALOGAS	Delito	255	Multa de 3 a 12 meses	3 años	5 años
	Falta	623, 4	Arresto mayor de 2 a 6 fines de semana o multa de 1 a 2 meses	6 meses	1 año

a.3.b) Los cómplices

Si en la comisión del delito tipificada en el artículo 255 del CP hubiera intervenido un cómplice, de acuerdo con lo regulado en los artículos 63 y 70.1.2.º del CP, la punición de su conducta delictiva (162) se moverá en el arco de una multa de mes y medio a tres meses.

Como ya se dijo con anterioridad, por la naturaleza de la pena resultante y a los efectos de la prescripción habría que distinguir dos periodos:

- Multa de mes y medio a dos meses: la sanción atendiendo al artículo 33.4.c del CP se incluye dentro de las penas leves, las cuales —conforme al art. 13.3 del CP— gozan de la condición de falta. Es decir que, en este caso, al cómplice, aunque lo sea de un delito, se le punirá como falta; motivo por el cual, y amparados en los artícu-

(160) Cfr. SAP de Orense, de 4 de mayo de 2000, Fundamento de Derecho 1.º (ARP 2000/2515).

(161) En este caso se trata de pena alternativa, si las penas fueran de distinto rango —cosa que aquí no sucede— se estará a los efectos de la prescripción a la más grave (cfr. GILI PASCUAL, *La prescripción...*, cit., págs. 124 y 125).

(162) Delictiva entendida como delito. Como ya se ha venido poniendo de manifiesto, en materia de complicidad renuncio al tratamiento de la prescripción de las faltas por lo que ya se dijo al tratar el hurto.

los 131.2 y 133.1, ap. 6.º del CP, la prescripción del «delito-falta» se producirá a los seis meses y la de su pena al año.

- Multa de dos a tres meses: en este caso, el cómplice lo es de un delito menos grave y por contraste con los artículos 13.2; 33.3.g; 131.1, ap. 5.º y 133.1, ap. 5.º del CP, el plazo de prescripción del delito serán tres años y su pena cinco.

b) La prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta

Hasta aquí se ha visto lo relativo a la prescripción del delito, la falta o su pena, atendiendo a los distintos tipos penales que se pueden incluir dentro del artículo 1.956 del Código Civil Ahora, continuando con el tenor literal de ese artículo, procede analizar la prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o la falta.

El reclamo, por parte del artículo 1.956 del Código Civil., de que prescriba esa acción, lo que busca es evitar que llegue a usucapir alguien que tenga pendiente responsabilidad penal o civil; de ahí «que para que el artículo 1.956 dé vía libre a la consumación de la usucapión, es necesario que haya prescrito la responsabilidad civil» (163).

Como ahora veremos, la acción de responsabilidad civil y la acción penal son independientes (164), y por ello se pueden ejercitar de forma conjunta o separada (cfr. art. 109.2 del CP y 111 y sigs. de la LECr). Ahora bien, ya se ejercite conjunta o separadamente, «mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme» (ex. art. 112.1 de la LECr): «el término «sentencia firme» debe entenderse como sinónimo de cualquier resolución definitiva y firme que ponga término al procedimiento penal. Y así, por tales resoluciones cabe entender también incluidos los autos de sobreseimiento firme y provisional, los autos de archivo de las actuaciones, de inadmisión de querrela o de declaración de caducidad» (165).

Ahora bien, si en la sentencia firme se declarase que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer, habrá que entender extinguida la acción penal y la civil (cfr. art. 116.1 de la LECr). Por contraste, «puede suceder que el proceso penal finalice con una resolución absolutoria en la instancia, de

(163) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, págs. 367 y 368.

(164) Cfr. MORALES, *Posesión...*, cit., pág. 185.

(165) GIMENO SENDRA, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. T. 2. Artículos 100 a 258. 1.ª ed. Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 127.

fondo por falta de pruebas o se aprecie alguna causa de exención o de extinción de la responsabilidad penal, o puede suceder también que, declarada incluso la inexistencia de delito —art. 116.1— (por ejemplo, por falta de dolo en el delito intencional), el supuesto de hecho punible haya infringido una norma del ordenamiento de la cual surja una acción civil de condena. En todos estos supuestos, naturalmente el perjudicado podrá acudir al proceso declarativo civil, ya que la sentencia penal no produce efectos de cosa juzgada en el proceso civil, aunque pueda gozar de valor probatorio» (166).

Por eso, y salvo extinción de la acción penal y la civil por declararse en sentencia firme que no existió el hecho del que la civil pudo nacer, habrá que considerar que «lo actuado en el proceso penal no resulta vinculante para el ulterior proceso civil» (167) y que la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil. Acción penal que se entenderá extinguida por «cualesquiera resoluciones de finalización normal (sentencia) o anormal (autos de sobreseimiento libre o de caducidad en los delitos privados) del proceso que gocen de plenos efectos de cosa juzgada, ya que los que no participan de tal naturaleza (autos de inadmisión, de archivo o de sobreseimiento provisional), en realidad, no producen la extinción de la acción penal, sino tan sólo la suspensión del procedimiento» (168).

Llegados a este punto, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Se debe entender como inexistente —ex art. 116.1 de la LECr— el hecho prescrito a los efectos de que no pueda ejercitarse de forma independiente la acción civil?

Contestando a esta cuestión, no parece que a la prescripción del delito o falta quepa atribuirle la fuerza de convertir el hecho en inexistente, incluyéndose, por tanto, en la excepción del artículo 116.1 de la LECr a la regla general que en ese artículo se establece: «dentro de esta excepción a aquella regla general *no cabe entender (...) los supuestos de extinción de la responsabilidad penal*, que incomprensiblemente el artículo 115 reduce a la muerte del acusado, pero que el artículo 116 permite su extensión a todas las causas del artículo 130 del CP (cumplimiento de la condena, indulto, perdón, prescripción)» (169).

La prescripción del delito o falta más bien tiene el carácter —de acuerdo con el art. 666 de la LECr— de artículo de previo pronunciamiento (170), y si se admite la excepción de la prescripción «se sobreseerá libre-

(166) *Ibidem*, pág. 126.

(167) QUINTERO y TAMARIT, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 109*. Rea-
lizados por Quintero y otros. 1.^a ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 555 y 556.

(168) GIMENO SENDRA, *Los procesos penales... T. 2. Artículos 100 a 258*, cit.,
pág. 156.

(169) *Ibidem*, pág. 157.

(170) GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales... T. 5. Artículos 649 a 749*, cit.,
pág. 182.

mente» (ex art. 675 de la LECr). Como ya se ha dicho un poco más arriba, el sobreseimiento da pie a una resolución firme (cfr. art. 111 de la LECr.) y a la extinción de la acción penal (cfr. art. 116 de la LECr). Es decir, la prescripción no sólo no convierte el hecho en inexistente, sino que, por dar lugar al sobreseimiento, genera una resolución firme y extingue la acción penal, sin que esto lleve consigo la de la civil.

Desde este punto de vista, el sobreseimiento no impedirá que las partes recurran al ejercicio de la acción civil, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116.2 de la LECr, si la prescripción no se incluye entre los hechos inexistentes. «la persona a quien corresponde la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien esté obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido».

En el caso de sobreseimiento libre que aquí estamos viendo, «promovido el juicio criminal, la fecha de origen a partir de la cual puede iniciarse la acción civil viene objetivamente determinada (...) desde que éste se produjo con firmeza legal, puesto que, de conformidad con lo prevenido en dicho artículo del Código Civil (1969) y el 111 y siguientes de la LECr, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta no puede ejercitarse la acción civil con separación, mientras ésta estuviera pendiente y no hubiere habido renuncia o reserva expresa de la primera para ejercitarla con independencia (...) y por ende, que dicha acción civil pueda legalmente ejercitarse desde el día que gane fuerza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, al procedimiento criminal» (171).

Vista la posibilidad de incoar la acción civil, habrá que plantearse de qué plazo se disfruta para hacerlo. No hay que olvidar que, una vez dictada la resolución (firme) que pone fin al procedimiento, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se establece «plazo alguno para el ejercicio de la acción civil. Y es natural que así sea, pues han de regir los plazos de prescripción del Código Civil con respecto a los cuales debe entenderse que (...) la prescripción civil queda interrumpida durante todo el período de duración de la tramitación del procedimiento penal (art. 1.973 del Código Civil), dada la imposibilidad legal de ejercitarla con independencia» (172).

Ya en el antiguo artículo 117 del Texto Refundido del CP aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, se recogía lo que sigue:

(171) STS de 28 de enero de 1983, Considerando 3.º (RJA 1983/393).

(172) GIMENO SENDRA, *Los procesos penales...* T. 2. Artículos 100 a 258, cit., pág. 127.

«La responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil» (173).

Aun cuando este contenido ha desaparecido del Código Penal, eso no nos permite deducir que la responsabilidad civil nacida de delito o falta no se extingue por las reglas civiles; más bien habría que entender que el legislador de 1995 ha excluido las afirmaciones del artículo 117 del CP anterior, por el mero hecho de entenderlas superfluas (174). Es decir, en la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de delito o falta, es obvio afirmar que habrá de recurrirse a las pautas civiles de prescripción.

Para la determinación de las mencionadas pautas, y en lo que al Código Civil respecta, habrá que atender —como ya hemos apuntado— al artículo 1.964 de dicho cuerpo legal:

«La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince».

Será en este artículo donde encontraremos el plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida de delito o falta de la que habla el artículo 1.956 del Código Civil. En mi opinión, que reafirma lo anterior, y amparado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Sentencias de distintas Audiencias Provinciales (175), el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil nacida de delito o falta —referido

(173) Cfr. STS de 7 de enero de 1982, Considerando 4.º (RJA 1982/184); y de 13 de julio de 1984, Considerandos 5.º, 6.º y 7.º de la primera sentencia (RJA 1984/3945); SAP de Toledo, de 6 de julio de 1992, Fundamento de Derecho 4.º (AC 1992/1116).

(174) Cfr. QUINTERO, *Comentarios...*, artículo 116..., cit., pág. 575.

(175) Cfr. SSTS de 7 de enero de 1982, Considerando 4.º (RJA 1982/184); de 10 de junio de 1983, Considerando 1.º (RJA 1983/3455); de 21 de marzo de 1984, Considerando 2.º (RJA 1984/1315); de 3 de marzo de 1988, Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º (RJA 1988/1548); de 19 de octubre de 1990, Fundamento de Derecho 2.º (RJA 1990/7984); de 1 de abril de 1990, Fundamentos de Derecho 1.º, 2.º y 3.º (RJA 1990/2684); y de 7 de diciembre de 1989, Fundamento de Derecho 3.º (RJA 1989/8806). SAP de Granada, de 22 de enero de 1992, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1992/107) y de 17 de febrero de 1992, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1992/286); SAP de Málaga, de 30 de junio de 1992, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1992/921); SAP de Toledo, de 6 de julio de 1992, Fundamento de Derecho 4.º (AC 1992/1116); SAP de Sevilla, de 20 de julio de 1992, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1992/1032); SAP de Madrid, de 28 de enero de 1993, Fundamento de Derecho 2.º (AC 1993/54), de 11 de abril de 1994, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1994/1663) y de 24 de abril de 1994, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1994/918); SAP de Valencia, de 16 de diciembre de 1998, Fundamento de Derecho 3.º (AC 1998/8368); SAP de Barcelona, de 1 de julio de 1999, Fundamento de Derecho 2.º (AC 1999/6558); y SAP de Asturias, de 30 de octubre de 1999, Fundamento de Derecho 1.º (AC 1999/7847).

en el art. 1.956 del Código Civil—, habrá que ir a buscarlo al artículo 1.964 del mismo texto legal y será de quince años.

Sobre esto último, y en contra de lo que algún autor opina (176), creo que en la situación que aquí se plantea —art. 1.956 del Código Civil— no procede aplicar el número 2.º del artículo 1.968 del Código Civil, ya que éste se limita a dos situaciones de prescripción de «la acción para exigir la responsabilidad civil»: por un lado, el caso particular de «un delito de injurias o calumnias», y por otro, la nacida de «obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902» (177). El plazo de prescripción para ambos es de un año.

En lo relativo a la acción para exigir la responsabilidad civil en el delito de injurias y calumnias (que es —por su carácter delictivo— el que aquí nos interesa), el plazo de un año que en el artículo 1.968.2.º del Código Civil se establece, coincide con el dispuesto en el artículo 131.1, ap. 6.º del CP para los delitos del mismo tipo: «los delitos de calumnia e injuria prescriben al año».

De lo expuesto se deduce, que tanto el delito de injuria como el de calumnia prescriben en el mismo plazo que la acción para reclamar la responsabilidad civil que pueda emanar de dichos delitos. Diferirán una prescripción de la otra en lo relativo al momento en que procede iniciar el cómputo: en la prescripción del delito se atenderá al «día en que se haya cometido la infracción punible» (ex art. 132.1 del CP); en la de la acción de responsabilidad civil nacida de esos delitos, la prescripción empezará a contar «desde que lo supo el agraviado» (ex art. 1.968.2.º del Código Civil).

En el caso del artículo 1.956 del Código Civil que aquí nos ocupa, el motivo esencial para considerar que ha de aplicarse el artículo 1.964 del Código Civil y no del artículo 1.968.2.º del mismo texto legal radica en que la situación que en el artículo 1.956 del Código Civil se refiere no da razón de lo dispuesto en el número dos del artículo 1.968 del Código Civil.

En el artículo 1.956 del Código Civil se habla de hurto y robo; además si contrastamos su contenido con la sustracción ilegal del artículo 464 del Código Civil, tendremos que incluir también las actuaciones derivadas de estafa, apropiación indebida y defraudación de fluido eléctrico. Frente al contenido de artículo 1.956 del Código Civil, en el artículo 1.968.2.º del mismo texto legal se hace mención de los delitos de injurias o calumnias (178). Las actuaciones ilícitas reguladas en uno y otro artículo son distintas, de ahí que la solución dada a cada una de ellas —en materia de

(176) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.956.... cit., pág. 2140.

(177) Cfr. STS de 13 de julio de 1984, Considerando 7.º de la primera sentencia (RJA 1984/3945).

(178) STS de 21 de marzo de 1984, Considerando 2.º (RJA 1984/1315).

prescripción de la acción de responsabilidad civil— también deba serlo. Es por esta causa, que al no haber plazo de prescripción propio para la situación de responsabilidad civil regulada en el artículo 1.956 del Código Civil —por no poderse incluir en el párrafo 2.º del artículo 1.968 del mismo texto legal—, habrá de aplicarse el plazo general de las acciones personales recogido en el artículo 1.964 de ese cuerpo normativo: quince años (179).

Esta solución de aplicar el plazo de quince años no es admitida de manera unánime por la doctrina. En este sentido, Albaladejo discrepa de la postura mantenida por el Tribunal Supremo, pero entiendo que lo hace no tanto porque considere más propia la aplicación del artículo 1968,2 del Código Civil, sino por la excesiva longevidad del artículo 1.964 de dicho texto legal que en su opinión puede llevar a situaciones un tanto peculiares: «en los casos de robo o hurto, a los autores, cómplices o encubridores, se les ofrece un porvenir sombrío: el de tener que esperar como poco quince años... para usucapir, cuando por menos de la mitad, seis años, usucapirían siendo de simple mala fe, y cuando en la mayor parte de los casos el delito o la pena habrán prescrito antes del antedicho plazo de quince años» (180).

3. *Computo del plazo para que proceda la prescripción adquisitiva*

a) *Modo de llevar a cabo el cómputo*

Hasta aquí hemos visto la prescripción de la responsabilidad penal: «delito o falta, o su pena»; y la prescripción de «la acción para exigir responsabilidad civil nacida del delito o falta». No hemos hecho ninguna referencia al hecho de si, además de estas prescripciones —y para el cómputo de la usucapición—, se deberá aplicar el plazo general para la usucapición extraordinaria de bienes muebles recogido en el artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil.

Sobre este particular cabrían —principalmente— tres enfoques (181): uno, llamémoslo, histórico; y otros dos, actuales, que son las que baraja la doctrina.

El primero, no tiene otra intención que dejar constancia de cuál era la situación cuando se recogió este artículo en nuestro Código Civil.

(179) Cfr. PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*. Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 41 a 46.

(180) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., pág. 368.

(181) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.956..., pág. 2140. ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, pág. 369. YZQUIERDO, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos del Derecho de familia y otros extremos)*. Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 1997, pág. 87. Ídem, *La tensión...*, cit., págs. 46 a 48.

Respecto a los siguientes, denominados actuales, hay que distinguirlos:

- Por un lado aparecerá quien defiende que el plazo del artículo 1.956 del Código Civil hay que cohesionarlo con el de la usucapión extraordinaria del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil, si bien éste último «sólo empieza a contarse a partir de la extinción de la responsabilidad penal y civil del poseedor» (182), esto es, si ha «prescrito previamente el delito o falta, o su pena, y la acción de responsabilidad civil» (183). Es decir, a los plazos anteriormente referidos —responsabilidades penales y civiles— y una vez cumplidos, ha de agregarse el de la usucapión extraordinaria del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil (184): los plazos se tratarían de forma sucesiva.
- Por otro, quien considera que la usucapión del artículo 1.956 del Código Civil hay que ponerla en relación con la del artículo 1.955 del mismo texto legal, pero «como el artículo 1.956 persigue que la usucapión no se *consume* pendiente la responsabilidad penal o civil, su curso no podrá concluir mientras éstas subsistan, pero no será preciso que sólo comience a correr cuando se hayan extinguido» (185). Esto es, que se entienda iniciado el plazo de usucapión extraordinaria al mismo tiempo que los otros plazos, y, por tanto, más que añadirse después, se tendrá en cuenta en el caso de que los otros plazos sean inferiores: los plazos se tratarían de manera simultánea.

Intentaré ahora hacer un análisis más pormenorizado de cada uno de ellos. Tomaré como pauta ejemplificativa —que ayude a entender como ha de llevarse a cabo el computo del plazo según cada postura— el delito de hurto.

Por lo que se refiere al primer enfoque, hay que sentar la base de que para su mejor comprensión será necesario remontarse a la historia. Interesa en este punto traer a colación el tratamiento que GARCÍA GOYENA estableció en el artículo 1.963 de su Proyecto para la prescripción extraordinaria de bienes muebles:

«El poseedor de un bien mueble, por diez años no interrumpidos, residiendo su dueño en la provincia, o por veinte años fuera de ella prescribe la propiedad, sin necesidad de presentar título, y sin que pueda oponérsele su mala fe.

(182) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español. T. XII*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907, pág. 835.

(183) LUNA, *Comentario...*, artículo 1.956..., cit., pág. 2140. Cfr. también MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 494.

(184) Cfr. DÍAZ PALOS, «Posesión...», cit., pág. 167.

(185) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, cit., pág. 369.

Lo dispuesto en este artículo no se entiende respecto del que hurtó la cosa, ni de sus cómplices o encubridores, para los cuales se estará a lo dispuesto en el Código Penal» (186).

La referencia final al Código Penal nos reconduciría al Texto legal de 1848. Remisión a la que no voy a entrar por cuanto que lo dicho por GARCÍA GOYENA no paso de ser Proyecto (187). De todas formas parece atisbarse que el espíritu codificador va dirigido a que en los casos de hurto y robo se recurra a la legislación penal, esto es a la prescripción que el legislador penal establece.

De algún modo, este mismo espíritu se ve en los codificadores de 1889 y así pretenden reflejarlo en el artículo 1.956 de nuestro Código Civil, en virtud del cual también hay que remitirse a la legislación penal en casos de hurto y robo para admitir o excluir la usucapión del sustractor. Si en el año 1889 se hubiese llevado a cabo esa remisión, tendría que haberse hecho al articulado del CP de 1870.

Si acudimos, como ya he anticipado, al ejemplo del delito de hurto, la situación será la que a continuación se expone:

En el Código Penal de 1870 el delito de hurto se tipificaba en los artículos 530 y siguientes (188).

En el artículo 530 del mencionado Código Penal se establecían quiénes debían ser considerados reos de hurto.

En los artículos siguientes —que son los que aquí interesan— se establecían las penas para esa conducta delictiva.

Así en el artículo 531 se disponía:

«Los reos de hurto serán castigados:

- 1.º Con la pena de presidio correccional en sus grados medio y máximo, si el valor de la cosa hurtada excediere de 2.500 pesetas.
- 2.º Con la pena de presidio correccional en sus grados mínimo y medio si no excediere de 2.500 pesetas y pasase de 500.
- 3.º Con arresto mayor en su grado medio a presidio correccional en su grado mínimo, si no excediere de 500 y pasare de 100.

(186) GARCÍA GOYENA, *Concordancias... Tomo IV...*, cit. págs. 322 y 323.

(187) En el artículo 14.1 del CP de 1848 (Colección Legislativa de España. T. XLIII. Imprenta Nacional, Madrid, 1849, págs. 206 y sigs.) se establecía: «son encubridores los que con conocimiento de la *perpetuación* del delito, sin haber tenido *participación* en él como autores ni como cómplices, intervienen con *posterioridad a su ejecución* de alguno de los modos siguientes: 1.º Aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito».

(188) Colección Legislativa de España. T. CIII. Imprenta Nacional, Madrid, 1870, págs. 1011 y sigs.

4.º Con el arresto mayor en toda su extensión si no excediere de 100 y pasare de 10.

5.º Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio si no excediere de 10 pesetas, y el reo hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas».

El artículo 532 regulaba:

«No obstante lo dispuesto en el número 4.º del artículo anterior, no se considerará delito, sino que se castigará como falta, el hurto de semillas alimentarias, frutos y leñas, cuando el valor de la cosa sustraída no excediere de 20 pesetas y el reo no fuere dos ó más veces reincidente».

En el artículo 533 se refería:

«El hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado á las respectivamente señaladas en los dos artículos anteriores:

1.º Si fueren cosas destinadas al culto, ó se cometiere en acto religioso, ó en edificio destinado á celebrarlos.

2.º Si fuere doméstico ó interviniere grave abuso de confianza.

3.º Si fuere dos o más veces reincidente».

Por otro lado, si recurrimos al artículo 6.º, pfo. 2.º del mismo texto legal de 1870, concluiremos que «se reputan delitos *ménos* graves los que la ley reprime con penas que en su grado máximo sean correccionales» (189).

A las penas correccionales se referirá el artículo 26 del mencionado Código, dentro de ellas se incluirán: presidio correccional. Prisión correccional. Destierro. Represión pública. Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión ú oficio. Arresto mayor (190).

Es decir, todas las penas a las que hemos hecho mención dentro del delito de hurto —arts. 531 a 533 del CP de 1870— tendrán el carácter de correccionales.

Establecida esta conclusión, habrá que recurrir al estudio de la prescripción que ha de aplicarse a esta situación delictiva. A estos efectos nos remitiremos al artículo 132 del CP de 1870, en el que se establece la extinción de la responsabilidad penal, y en particular a los números 6.º y 7.º de dicho artículo. En ellos se determina que la responsabilidad penal se extingue —núm. 6— «por la prescripción del delito», y —núm. 7— «por la prescripción de la pena» (191).

(189) *Ibidem*, pág. 907.

(190) *Ibidem*, pág. 915.

(191) *Ibidem*, pág. 939.

El siguiente paso será concretar cuando prescribe el delito de hurto y cuando su pena. Para el delito, y acudiendo al artículo 133, pfo. 3.º del tan traído CP de 1870, los delitos que señalaren penas correccionales prescribirán a los diez años; y en virtud del artículo 134, pfo. 4.º del mismo texto legal las penas correccionales prescribirán a los diez años (192).

En conclusión, cuando se redactó el artículo 1.956 del Código Civil el delito de hurto prescribía a los diez años y su pena en el mismo plazo. A estos plazos habría que añadirles los que se derivasen del ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta: esto prolongaría el plazo hasta los veinticinco. Y una vez vencidas las prohibiciones para iniciar la usucapión —«no podrán ser prescritas..., a no haber prescrito...» (ex art. 1.956 del Código Civil)— se iniciaría el plazo de seis años de la extraordinaria: en total treinta y uno, curiosamente un año más que el plazo de usucapión extraordinaria de bienes inmuebles.

Visto este primer enfoque, procede entrar ahora en el estudio de las otras dos posturas: la sucesiva y la simultánea.

En opinión de Luna —defensor de la sucesividad— si abogásemos por la simultaneidad, se darían situaciones en las que los plazos de prescripción serían muy cortos, y por tanto el carácter sancionatorio que de dicho artículo debería traslucirse, desaparecería (193). Por eso él, en cierto modo, amplía los plazos: reclama que primero prescriban los plazos del artículo 1.956 del Código Civil y sólo a partir de ese momento se inicie la prescripción extraordinaria de bien mueble del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil.

Recurriremos al ejemplo para entender mejor la situación. Imaginemos que nos encontramos ante un hurto —que es el ejemplo con el que estoy trabajando— de los artículos 234 ó 235 del CP. Como ya hemos visto —conforme a las reglas de prescripción de nuestro Código Penal— el delito prescribiría a los tres años; y la acción para exigir la responsabilidad civil a los quince. Apurando los plazos, y teniendo en cuenta que «dicha acción civil puede legalmente ejercitarse desde el día que gane fuerza la resolución que ponga término, definitiva o provisionalmente, al procedimiento criminal» (194), el plazo del artículo 1.956 del Código Civil se prolongará hasta los dieciocho años.

Atendiendo al ejemplo propuesto, podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿damos por válido ese plazo de dieciocho años para usucapir? ¿Simultaneamos con ese plazo el de seis años del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil? ¿Empezamos a computar los seis años después de cumplidos los plazos del artículo 1.956 del Código Civil?

(192) *Ibidem*,

(193) Cfr. LUNA, *Comentario...*, artículo 1.956..., cit., pág. 2140.

(194) STS de 28 de enero de 1983, Considerando 3.º (RJA 1983/393).

Respondiendo a la primera cuestión; entiendo que no cabe dar por válida esta solución, pues, como ahora veremos, de algún modo omite la redacción del propio artículo 1.956 del Código Civil: esos dieciocho años son los previos a que se inicie la usucapión.

La segunda pregunta que nos formulábamos —¿simultaneamos con ese plazo el de seis años del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil?— pretende mitigar un poco los efectos de la prescripción adquisitiva —en el ejemplo propuesto, veinticuatro años (tres de la prescripción del delito, quince de la acción civil y seis de la usucapión extraordinaria)— que aparecería en el caso de que no se simultanearan los plazos.

Esta solución atenuadora presume que el contenido del artículo 1.956 del Código Civil no es una prohibición para alcanzar la usucapión. De algún modo olvida que el tenor literal del artículo establece que no se podrán usucapir esos bienes, sustraídos ilegalmente, por los actores, cómplices o encubridores mientras no haya prescrito el delito o la falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta. Es decir, para que se inicie la prescripción adquisitiva primero se reclama esta otra prescripción, y solo una vez alcanzada comenzará la usucapión del bien mueble (195); prescripción adquisitiva que irá por la vía extraordinaria del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil: no hay que olvidar que los que pueden adquirir el bien por esta vía son los autores, cómplices o encubridores, sujetos a los que difícilmente puede atribuírseles una posesión de buena fe que permitiese recurrir al párrafo primero del artículo 1.955 del Código Civil.

Por ello, y respondiendo a la tercera cuestión que antes nos formulábamos —¿empezamos a computar los seis años después de cumplidos los plazos del artículo 1.956 del Código Civil?—, la solución más correcta será que, una vez cumplidos los plazos del artículo 1.956 del Código Civil, se inicie el cómputo del artículo 1.955, pfo. 2.º del mismo texto legal (196).

b) Requisitos para que se inicie el cómputo

Como ya hemos visto, la usucapión comenzará después de extinguida la prohibición del artículo 1.956 del Código Civil. Esta usucapión será extraordinaria y estará sometida a los requisitos que para la posesión se recogen en

(195) Cfr. SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. T. VI (2). Artículos 1.822 a 1976*. Dirigido por José Luis Albacar López. 4.ª ed. Ed. Trivium. Madrid. 1995, pág. 1933. MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario...*, cit., pág. 495.

(196) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado...*, cit., págs. 654 y 655. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios...*, cit., pág. 2183.

el artículo 1.941 del Código Civil: posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Entre los autores que han estudiado el artículo 1.956 del Código Civil se considera que para iniciar el cómputo de la usucapión de dicho artículo, la posesión ha de ser pacífica (197). Por pacífica habría que entender «que la posesión no sea violenta... Significa que el poder de hecho sobre la cosa no se mantenga por la fuerza. Por tanto, aun obtenida violentamente, pasa a haber posesión pacífica una vez que cesa la violencia que instauró el nuevo estado de cosas» (198). Ahora bien, ¿en qué momento se entiende que ha cesado la violencia que da pie para admitir que la posesión es pacífica?: «en cuanto poseedor, el adquirente que, aun habiendo adquirido con violencia, es ya poseedor pacífico una vez que aquélla cesó, puede usucapir la cosa, si la posee en concepto de dueño» (199).

Ya vemos que ese primer requisito —posesión pacífica— da origen a otro —posesión en concepto de dueño—. Es decir, que el usurpador violento para poder usucapir, además de pacíficamente, habrá de poseer en concepto de dueño (200). Esa posesión como dueño —que en este supuesto del artículo 1.956 del Código Civil ha de entenderse como propietario— permitirá la realización de una serie de actos: «disponer la cosa como suya gastando sus frutos, prestándola, introduciéndole modificaciones, ofreciéndola en venta a terceros, etc.» (201). El ejercicio de esos actos pondrá de manifiesto el carácter público de esa posesión; ya que en el fondo están dando pie a una exteriorización de la misma, exteriorización que excluye la clandestinidad, clandestinidad que no perjudicaría al verdadero poseedor (cfr. art. 444 del Código Civil), ni beneficiaría al usurpador para usucapir: salvo que —en este último caso— habiéndose iniciado la posesión clandestinamente luego dejase de serlo, en cuyo caso «se purga de vicios y debe considerarse legítima a los efectos de la usucapión, a partir del momento de la cesación de la clandestinidad» (202).

Esa ausencia de clandestinidad lleva a que aparezca un tercer requisito de los establecidos en el artículo 1.941 del Código Civil: la condición pública de dicha posesión (203).

Ese carácter público no puede confundirse con el hecho de que el usurpador informe al usurpado. Es decir, por publicidad no ha de entenderse que

(197) Cfr. ALBALADEJO, *Comentarios... Artículo 1.956...*, pág. 365. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios...*, cit., pág. 2183.

(198) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículos 1.940 y 1.941...*, cit., pág. 266.

(198) *Ibidem*, pág. 267.

(199) Cfr. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios...*, cit., pág. 2183.

(201) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículos 1.940 y 1.941...*, cit., págs. 260 y 261.

(202) LUNA, *Comentario..., artículo 1.941...*, cit., pág. 2100.

(203) Cfr. REGLERO CAMPOS, en *Comentarios...*, cit., pág. 2183.

el usurpado sepa quien se encuentra en poder de la cosa sustraída; ya que, en tal caso, sería difícil —por no decir imposible— que se llevase a efecto tanto la usucapión extraordinaria de un bien mueble del artículo 1.955, pfo. 2.º del Código Civil, como la derivada del artículo 1.956 del mismo texto legal.

En este sentido, puede suceder que el/los usurpador/es disfrute/n de la cosa mueble usurpada de forma pública y como verdadero/s dueño/s, sin que el sustraído llegue a saber donde se encuentra (por más que él o las autoridades competentes —órganos policiales— hayan puesto todos los medios para hallar el bien usurpado).

La publicidad que aquí pretendemos tratar, hay que verla en una doble vertiente; por un lado «persigue que no se frustre la posibilidad de que la posesión del usucapiente llegue a ser conocida por quien podría reclamar la cosa» (204); por otro «debe entenderse en el sentido, no de comportar efectivamente que el *verus dominus* de la cosa o el derecho tenga conocimiento de la misma, sino en el de que, usando de la diligencia normal, le sea posible tal conocimiento» (205).

Por lo que respecta al cuarto requisito que se enuncia en el artículo 1.941 del Código Civil —ininterrumpida— también deberá cumplirse. A estos efectos habría que ver en que medida se pueden plantear, en el supuesto del artículo 1.956 del Código Civil, los criterios de interrupción posesoria que el Código establece en sus artículos 1.943 a 1.948 (206).

Por lo que se refiere a la interrupción natural (cfr. art. 1.944 del Código Civil), no parece fácil que quien ha sustraído ilícitamente la cosa mueble cese voluntariamente en la posesión. De todas formas, aunque esta cesación es difícil, entiendo que no será imposible por cuanto que el usurpador puede arrepentirse de su actuación y restituir lo sustraído (esta situación podría entenderse incluida dentro de lo que el artículo 1.948 del Código Civil dis-

(204) ALBALADEJO, *Comentarios... Artículos 1.940 y 1.941...*, pág. 264.

(205) LUNA, *Comentario...*, artículo 1.941..., pág. 2099 y 2100.

(206) Doctrinalmente, y por lo que se refiere a la interrupción de la prescripción adquisitiva, hay quien entiende que el contenido de alguno de los artículos que la regulan es de aplicación a la interrupción de la prescripción extintiva (cfr., ALAS, DE BUEN Y RAMOS, *De la prescripción extintiva*. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918, págs. 227 y sigs. PUIG BRUTAU, *Caducidad...*, cit., págs. 117 y sigs.); por contra, no falta quien considera que, aun cuando entre los preceptos de una y otra interrupción hay cierto paralelismo, cada uno debe limitarse a su campo (LUNA, *Comentario...*, artículo 1.945..., cit., pág. 2108). Por último, no falta quien opina que «los artículos 1.944 a 1.948 del Código Civil ...no son... sólo aplicables a la usucapión del dominio, sino también a la prescripción de la acción reivindicatoria (que es correlativa a la adquisición de la propiedad por usucapión extraordinaria). Para el estudio del artículo 1.973 del Código Civil es de interés: ALBALADEJO, «Comentario al artículo 1.973 del Código Civil», en *RDP*, 1977, págs. 987 y sigs. UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho Civil*. Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 135 y sigs.

pone). Asimismo, como en el propio artículo 1.944 del Código Civil se establece que el cese en la posesión se puede haber producido «por cualquier causa», no se excluiría que viera interrumpida su posesión, no porque voluntariamente cese, sino porque pierda la cosa y no la encuentre en un plazo superior al año (ex art. 1.944 del Código Civil); o porque, a su vez, también alguien se la sustraiga, y no obtenga su restitución en el mismo plazo. En estos dos casos, así como en el del arrepentimiento, si cabría admitir una interrupción en la posesión que afectaría a la posible usucapión del bien usurpado por parte del usurpador.

Ahora bien, en el supuesto de que el sustractor pierda lo sustraído o sufra también él la sustracción, como el plazo del delito o falta, o su pena... siguen corriendo, esa interrupción no beneficiaría a su verdadero dueño a quien le fue usurpada. Excepción a esta situación sería que el usurpador informara —que sería una especie de arrepentimiento— de la pérdida o la nueva sustracción, ya que aquí el plazo de usucapión —fruto de la interrupción— volvería a comenzar, aplicándose el propio de las cosas perdidas o, nuevamente, el de las sustraídas (207).

Respecto a la interrupción civil, como «la citación judicial ha de hacerse al poseedor» (cfr. art. 1.945 del Código Civil), y éste, en principio, no se sabe quien es, no cabrá —por lógica— interrumpir la prescripción. Sí se interrumpiría civilmente la posesión —es de sentido común—, si se supiese quien es el poseedor, y éste fuese uno de los sujetos del artículo 1.956 del Código Civil y todavía no se hubiese producido la prescripción que en el mismo se reclama. En este caso si se actúa contra él se entenderá interrumpida la prescripción adquisitiva (208).

JACOBO B. MATEO SANZ

Doctor en Derecho. Profesor Ayudante
de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

(207) Cfr. ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción...* cit., págs. 202 y sigs.

(208) En este punto de la interrupción adquisitiva es de interés, por contraste: OROZCO PARDO, *La interrupción de la prescripción extintiva en el Derecho civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada. 1986. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, LUIS, «La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación judicial y el desistimiento de la demanda», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. I*. Consejo General del Notariado. Madrid. 1988, págs. 203 y sigs. DE PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria*. Ed. Tecnos. Madrid. 1992, págs. 280 a 283. OROZCO PARDO, *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil*. Ed. Comares. Granada. 1995.

BIBLIOGRAFIA

- ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918.
- ALBALADEJO, «Comentario al artículo 1.973 del Código Civil», en *RDP*, 1977.
- *La institución de heredero bajo condición*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1983.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. Vol. 2.º Artículo 799*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, EDESA, Madrid, 1984.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo X. Vol. 1.º Artículo 759*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García, EDESA, Madrid, 1987.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXV. Vol. 1.º Artículo 1.956*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart, EDESA, Madrid, 1993.
- ALCÁNTARA SAMPELAYO, «La adquisición derivativa de bienes muebles y el artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1956.
- ALPA, *Istituzioni di Diritto Privato*. 1.ª Ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1994.
- AMORÓS GUARDIOLA, «La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe», en *ADC*, 1972.
- ARROYO I AMAYUELAS, *La protección al concebido en el Código Civil*. 1.ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- BACIGALUPO ZAPATER, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. T. I. Derechos fundamentales. Artículos 1-137*. 1.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- BADOSA COLL, *Voz, Justo título. Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. XIV. Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1971.
- BURGOS BOSCH, «Reducido alcance de la prescripción ordinaria de bienes muebles», en *RGLJ*, 1930.
- CANCIO MELIÁ, *Comentarios al Código Penal*. 1.ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- CASERO LINARES, *Los procesos civiles. T. 5. Artículos 634 a 827*. Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. Cuarto. Derecho de obligaciones*. 15.ª ed. revisada y puesta al día por José Ferrandis Vilella. Ed. Reus, Madrid, 1993.
- CLAVERÍA, *Comentario al Código Civil, artículo 335. Tomo I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- CLEMENTE DE DIEGO, *Curso Elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. T. 1.º Introducción. Parte General*. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.
- CONDE-PUMPUDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. T. I. Derechos fundamentales. Artículos 1-137*. 1.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- *Enjuiciamiento Criminal. Ley y legislación complementaria. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Trivium, Madrid, 1998.

- CONSULTA AL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985, «Restitución de cosas sustraídas y pignoradas en las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad», en *La Ley*, 1986-1.
- CRESPO ALLUÉ, «La situación de pendencia en las obligaciones condicionales»; *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. I. Asociación de Profesores de Derecho Civil. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Parte General. T. Primero. Libro preliminar. Introducción al Derecho Civil*. Tercera edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.
- DE LA CÁMARA, *La adquisición «a non domino» de bienes muebles*. Edersa, Madrid, 1982.
- DE LA CUESTA SÁENZ, «Aspectos jurídico-civiles del tratamiento de los bienes muebles de la Iglesia en la Ley de Patrimonio Histórico Español», en *Revista Española de Derecho Canónico*, 1987.
- «Notas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. VI*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
- DEMOGUE, «De la nature et des effets du droit éventuel», en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1906.
- DE PABLO CONTRERAS, *Prescripción de la acción reivindicatoria*. Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍAZ ALABART, *Comentario al Código Civil. Artículo 759. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «En torno al concepto de prescripción», en *ADC*, 1963.
- «La interrupción de la prescripción extintiva por reclamación judicial y el desistimiento de la demanda», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Vol. I*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Vol. II*. Reimpresión de la 8.^a ed. Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- ESCRIBANO, Voz, *Expectativa*. *Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. II*. Primera edición. Ed. Civitas, Madrid, 1995.
- ESPÍN, «El justo título y la buena fe en la usucapión», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Castán Tobeñas. Vol. I*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
- FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Dottrine Generali. Parte I. Il Diritto.- Il Soggetti.- Le cose*. Ed. Athenaeum, Roma, 1921.
- FRANCO ARIAS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. 1.^a ed. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- FUENTES PÉREZ, «Coordinación del artículo 464 con los 1.955 y 1.962, todos del Código Civil», en *RCDI*, 1960.
- GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia. T. 5. Artículos 649 a 749*. 1.^a ed. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo IV*. Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.
- GILI PASCUAL, *La prescripción en Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

- GIMENO SENDRA, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia. T. 2. Artículos 100 a 258*. 1.^a ed. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- GÓMEZ CALERO, *Derecho Mercantil. Vol. 2.º Parte V*. 6.^a ed. Ed. Ariel, Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ GIL, «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código Civil y una posible interpretación de la “privación ilegal”», en *RDP*, 1944.
- «De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1945.
- «Comentario a la sentencia de 19 de junio de 1945», en *RGLJ. Vol. II*. 1947.
- *La posesión*. Ed. Civitas, Madrid, 1980.
- IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*. Vol. I. Ed. Librería Ojanguren, Oviedo, 1961.
- JOSSERAND, *Derecho Civil. T. I. Vol. I. Teorías Generales del Derecho y de los Derechos. Las Personas*. Revisado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillo y Manterola. EJEa, Bosch y Cía.-Editores, Buenos Aires, 1950.
- LACAL, «Las expectativas de derecho y los derechos expectantes», en *RCDI*, 1931.
- LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*. 3.^a Edición. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- LUNA, *Comentario al Código Civil, artículo 1.957. Tomo II*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General. Vol. Tercero. Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Coordinado por Ignacio Serrano Butragueño. Ed. Comares, Granada, 1998.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español. T. XII*. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1907.
- MARTÍN PÉREZ, *Derechos reales. I. Doctrinas generales. La posesión*. Ed. Noticiero, Zaragoza, 1958.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo VI. Artículo 464*. Dirigidos por Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart. 2.^a ed. EDESA, Madrid, 1993.
- MARTINEZ CALCERRADA, «Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 del Código Civil», en *RDP*, 1977.
- MATEO SANZ, *El retracto convencional: relación jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.
- MELÓN INFANTE, *La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título*. Ed. Bosch, Barcelona, 1957.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil. T. 9. Artículos 1.903 al 1.976*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. Doctrinas Generales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. EJEa, Buenos Aires, 1954.
- MIQUEL, *La posesión de bienes muebles (Estudio del art. 464.1 del Código Civil)*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1979.
- *Comentario al Código Civil, artículo 464. Tomo I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.

- MONATERI, *Voce Diritto soggettivo. Digesto delle Discipline Privatistiche. Vol. VI. Quarta Edizione*. Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1990.
- MORALES, *Posesión y usucapión*. CSIC, Madrid, 1972.
- MORO LEDESMA, «El precontrato», en *RCDI*, 1934.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos Europeos y Americanos. Tomo XXXII, artículos 1.930 a 1.976, Disposiciones Transitorias y adicionales. Volumen primero*. Revisado por José María Reyes Monterreal. Ed. Reus, Madrid, 1965.
- NAVARRO PÉREZ, *Ley de Enjuiciamiento Criminal (Comentario y jurisprudencia)*. Comares, Granada, 1990.
- OROZCO PARDO, *La interrupción de la prescripción extintiva en el Derecho Civil*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Granada, 1986.
- *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*. Ed. Comares, Granada, 1995.
- PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil. Artículos 615 y 616. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*. Ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- *Fundamentos de Derecho Civil. T. Preliminar. Introducción al Derecho*. 2.ª Edición. Ed. Bosch, Barcelona, 1989.
- QUINTERO, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 27*. Realizados por Quintero y otros. 1.ª ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- QUINTERO Y TAMARIT, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 109*. Realizados por Quintero y otros. 1.ª ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- REGLERO CAMPOS, en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Berco-vitz Rodríguez-Cano. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- RIVERO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General. Vol. Tercero. Derecho Subjetivo. Negocio Jurídico*. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ DEVEESA y MARTÍNEZ ASNAR, *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su jurisprudencia y doctrinal de la fiscalía*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1990.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*. 1.ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ VELASCO, «Los artículos 464 y 1.955 y el principio de que en los bienes muebles la posesión de buena fe equivale al título», en *RCDI*, 1942.
- SANTORO-PASSARELLI, *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción y concordancias del Derecho Español, por Agustín Luna Serrano. 7.ª edición. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. T. VI (2). Artículos 1.822 a 1.976*. Dirigido por José Luis Albacar López. 4.ª ed. Ed. Trivium, Madrid, 1995.
- SCALFI, *Manuale di diritto privato. T. I. Parte generale*. 2.ª ed. Ed. Utet, Torino, 1991.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Ed. Comares, Granada, 1998.
- SOLS GARCÍA, «Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles», en *RDP*, 1950.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*. 1.^a ed. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- TORRALBA SORIANO, *Comentario al Código Civil. Artículo 799. T. I*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- TORRENTE, *Manuale di Diritto Privato*. Quindicesima edizione actualizada por Piero Schlesinger. Giuffrè Editore, Milano, 1997.
- TRAVIESAS, «Extinción y reivindicación del derecho de propiedad», en *RDP*, 1920.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto Privato*. Undicesima Edizione. Giuffrè editore, Milano, 1996.
- UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho Civil*. Ed. Comares, Granada, 1997.
- VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo Código Penal: artículo 64*. Realizados por Quintero y otros. 1.^a ed. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, «El § 1.º del artículo 464 del Código Civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945», en *ADC*, 1952.
- «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código Civil», en *ADC*, 1956.
- VON THUR, «La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual», en *RDP*, 1925.
- *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán; Vol. I-I. Los Derechos Subjetivos y el Patrimonio*. Traducción de Tito Ravà. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946.
- YZQUIERDO, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos del Derecho de familia y otros extremos)*. Ed. Dykinson, S. L., Madrid, 1997.
- *La tensión entre usucapión y prescripción extintiva*. Ed. Dykinson, Madrid, 1998.
- ZINCANI, *Schemi di Diritto privato*. 1.^a ed. Ed. Clueb, Bologna, 1992.

La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral

SUMARIO: 1. PRELIMINAR: REGIMEN NORMATIVO DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL.—2. RELACION ENTRE EL REGIMEN GENERAL DE CANCELACION Y LA CANCELACION DE LA HIPOTECA UNILATERAL.—3. REQUISITOS PARA LA CANCELACION DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL.—4. LA FALTA DE ACEPTACION DEL ACREEDOR EN CUYO FAVOR SE HA CONSTITUIDO UNILATERALMENTE LA HIPOTECA.—5. EL REQUERIMIENTO DEL DUEÑO DE LA FINCA: 5.1. LEGITIMACIÓN Y TIEMPO DEL REQUERIMIENTO. 5.2. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL REQUERIMIENTO. 5.3. ELEMENTOS DEL REQUERIMIENTO: SU CONTENIDO. 5.4. EFECTOS DEL REQUERIMIENTO.—6. EL TRANSCURSO DEL PLAZO LEGAL DE DOS MESES DESDE EL REQUERIMIENTO: 6.1. MODIFICACIONES CONVENCIONALES DE LOS CRITERIOS LEGALES.—7. EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA CANCELATORIA POR EL DUEÑO DE LA FINCA: 7.1. LEGITIMACIÓN PARA LA CANCELACIÓN. 7.2. PODER PARA CANCELAR. 7.3. CLÁUSULA DE CADUCIDAD DE LA ACEPTACIÓN.—8. EFECTOS DE LA CANCELACION DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL.—9. BIBLIOGRAFIA.

1. PRELIMINAR: REGIMEN NORMATIVO DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL

A pesar de la importancia práctica que en los últimos tiempos está adquiriendo (1), los elementos normativos que tanto la Ley Hipotecaria como su

(1) Como apunta PAU PEDRÓN (1995: 1991), se constata un aumento práctico del número de las hipotecas unilaterales (sobre todo a favor de las entidades de crédito y de la Administración), coincidiendo con una disminución teórica del alcance atribuido a la figura. Una amplia exposición de los supuestos en que se acude a la constitución de una hipoteca unilateral puede verse en PAU PEDRÓN, 1995: 1992-1993; DE ANGEL, 1996: 192-195; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999: 337, nota 6; y BLASCO GASCÓ, 2000: 142-143. La posibilidad de una hipoteca mobiliaria de constitución unilateral ha sido aceptada sin mayores reparos por la RDGRN de 28 de julio de 1998 (RAJ 1998, 5984).

Reglamento nos proporcionan para establecer el régimen de la hipoteca de constitución unilateral no son demasiado abundantes (2).

La primera de las normas que se contiene en la sección relativa a las hipotecas voluntarias, ya alude a las hipotecas de constitución unilateral (3). En efecto, el artículo 138 LH distingue entre, por un lado, las hipotecas voluntarias «convenidas entre partes» y, por otro, las hipotecas voluntarias «impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan». Es, naturalmente, en esta segunda referencia donde encuentra cobijo la hipoteca de constitución unilateral (4).

Ahora bien, la principal base normativa de la hipoteca unilateral se halla en el artículo 141 LH:

«En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

Si se analiza el contenido de dicho precepto se extraerá, sin dificultad, la conclusión de que el legislador hipotecario se preocupa tan sólo de solventar dos cuestiones concretas relativas a las hipotecas de constitución unilateral. A cada una de ellas se destina uno de los párrafos del precepto.

En primer lugar, se plantea la plasmación formal de la aceptación de la persona en cuyo favor se constituyó la hipoteca y, sobre todo, la retroacción de los efectos de la aceptación a la fecha de constitución de la hipoteca.

(2) Ello no impide a ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998: 546) afirmar que la regulación de la figura, «en general, ha de estimarse correcta».

(3) En nuestra opinión, es acertado el enfoque de PAU PEDRÓN (1995: 2005), al destacar que «[l]a cuestión de la hipoteca unilateral no debe encuadrarse, en rigor, en el marco de las modalidades de hipoteca, sino en el de las modalidades de constitución de esa garantía. La hipoteca unilateral es una hipoteca ordinaria. Lo que sucede es que las hipotecas pueden constituirse bilateral o unilateralmente».

(4) El artículo 141.I LH habla de «hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral» y la rúbrica que precede al artículo 237 RH alude a «hipoteca constituida unilateralmente». Somos conscientes de que la literalidad de los términos empleados en este punto por los textos normativos tiene un alcance discutible, pues se mezclan despreocupadamente y sin rigor alguno referencias a «constituir», «establecer», «convenir», «imponer» y «adquirir» hipotecas: vid., en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, 1950: 74, y PAU PEDRÓN, 1995: 1994. El propio artículo 141.I LH, que habla a la vez de «se establecieron o inscribieron», es prueba palpable de esa indefinición.

En segundo lugar, se aborda una especial forma de cancelación de estas hipotecas, cuestión esta que es, a su vez, desarrollada por el artículo 237 RH (5):

«En el requerimiento prescrito por el párrafo segundo del artículo 141 LH se determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.

Para practicar la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura cancelatoria».

La comparación entre el artículo 141.II LH y el artículo 237 RH permite afirmar que la finalidad fundamental de este último precepto estriba en precisar que el requerimiento al que aluden esas normas debe contener expresamente la advertencia de la posible cancelación si no consta registralmente la aceptación de la hipoteca y concretar que formalmente la cancelación exige otorgamiento de escritura cancelatoria por el dueño de la finca hipotecada.

Ese limitado alcance del artículo 237 RH supone, pues, que no se aborden los problemas que el artículo 141 LH deja irresueltos, lo cual, desde la perspectiva de las relaciones entre la Ley y el Reglamento Hipotecario, resulta probablemente la solución más razonable.

Naturalmente, si bien el régimen de la hipoteca unilateral se asienta sobre estos preceptos, existen otras normas que pueden ser tomadas en consideración, como, entre otras, los artículos 150 y 154 a 156 LH, relativos a las hipotecas en garantía de títulos valores, o el artículo 248 RH, relativo a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (6). De todos modos, a pesar del artículo 156 LH, en dichos preceptos escasos argumentos pueden encontrarse para la construcción de una teoría general de la cancelación de la hipoteca constituida unilateralmente. Por ello, nuestra atención se centrará fundamentalmente en los artículos 141.II LH y 237 RH.

Como veremos a continuación, no es la omisión legislativa de la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca de constitución uni-

(5) Merece la pena llamar la atención acerca del planteamiento normativo: no existe desarrollo reglamentario alguno por lo que respecta a la aceptación del beneficiario. Quizá se piense que con el contenido del artículo 141.I LH sea ya suficiente. En cambio, se considera necesario destinar un precepto del Reglamento a un tema que también se recoge en el artículo 141 LH, como es el de la cancelación.

Apuntaba DE LA RICA (1976: 423) que las normas contenidas en el artículo 237 RH, «son más bien de carácter notarial y se limitan a recoger atinadas observaciones formuladas por Angel Sanz [*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 406]».

(6) Por todos, vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1994: 140-151.

lateral el principal defecto de las normas que se dedican a esta figura (7). En nuestra opinión, más grave resulta no haber abordado algunos de los serios problemas que la práctica muestra. En particular, debe criticarse que esos preceptos se planteen como un simple marco de relaciones entre el dueño de la finca, al que se pretende proteger con el particular mecanismo cancelatorio, y el acreedor en cuyo favor se ha constituido unilateralmente la hipoteca, al que se ampara con la retroacción de efectos de su aceptación (8). Queda, por el contrario, en un olvido total la posición de los otros acreedores que pueden verse seriamente perjudicados por la pervivencia de la incertidumbre que acompaña a la hipoteca de constitución unilateral no aceptada.

Otra cuestión merece ser destacada con carácter general. En las Resoluciones que se han ocupado del tema, la Dirección General de los Registros y del Notariado se manifiesta con toda claridad acerca del alcance exclusivamente registral de los criterios recogidos en los artículos 141 LH y 237 RH. Como es lógico, no se pronuncia en torno a la buena o a la mala fe con que actúan los diversos interesados y deja abierta la puerta a un posible planteamiento de la cuestión en el procedimiento declarativo que corresponda.

(7) La cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca de constitución unilateral es un tema que ha sido ampliamente discutido doctrinalmente y donde, como es sabido, no coinciden los planteamientos del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado. Autores que se han ocupado monográficamente de la cuestión son DE ANGEL YAGÜEZ, 1996; PAU PEDRÓN, 1995; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1994; ROMERO VIÉITEZ, 1976; ALBALADEJO GARCÍA, 1950, y CHAMORRO PIÑERO, 1943. No le falta razón a BLASCO GASCÓ (2000: 141) cuando afirma que «[p]osiblemente el problema no sea tanto el de calificación nominal, en que se ha entretenido la doctrina [...] cuanto el de determinación de efectos». También es oportuna la observación de DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA (1988: 1953): «[t]odas las teorías incurren en el defecto de “fijar la imagen” de la constitución de la hipoteca unilateral y, en consecuencia, dan una explicación parcial».

RODRÍGUEZ CEPEDA (1992: 2229-2231) expone un caso que no llegó a la Dirección General porque el Registrador aceptó el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, pero donde se hubiera podido entrar directamente en la cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral. En ese supuesto, un deudor había constituido hipoteca unilateral a favor de un acreedor del cual reconocía haber recibido un préstamo. La escritura se inscribió con el carácter de unilateral. Antes de que llegara al Registro la escritura de aceptación, se presenta e inscribe la escritura de venta de la finca hipotecada que resulta ser de fecha anterior a la de la escritura de la hipoteca. Presentada la escritura de aceptación, el Registrador deniega la nota marginal porque, al constituirse la hipoteca, el hipotecante no era dueño de la finca.

(8) La retroacción de efectos se establece legalmente respecto a la aceptación de la hipoteca. Es importante destacar que nada se dice en cuanto a otros negocios o actos que se ofrecen unilateralmente, como fianzas o prendas, o la propia constitución de la relación obligatoria, y que también deben ser aceptados por el acreedor: sobre la cuestión, vid. AZPITARTE CAMY, 1990: 27-29.

2. RELACION ENTRE EL REGIMEN GENERAL DE CANCELACION Y LA CANCELACION DE LA HIPOTECA UNILATERAL

A la vista del régimen contenido en los artículos 141.II LH y 237 RH, la cancelación de la hipoteca de constitución unilateral puede acontecer por unos mecanismos diferentes a los previstos con carácter general por la normativa hipotecaria (9). En efecto, en estos supuestos la cancelación de la inscripción de la hipoteca puede no producirse por sentencia o por documento auténtico en que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se ha hecho la inscripción (cfr. art. 82.I LH). Además de esas hipótesis generales, cuando la hipoteca es de constitución unilateral existe la posibilidad de una cancelación a instancias del dueño de la finca gravada, supuesto impracticable en los casos de hipoteca de constitución bilateral.

No han faltado sugerencias para reconducir, en cierta manera, el sistema de los artículos 141.II LH y 237 RH a los criterios generales. Como es evidente que en esos dos preceptos no existe ni por asomo sentencia judicial, se ha vislumbrado la existencia de un consentimiento tácito o presunto a la cancelación por parte de la persona a cuyo favor se practicó la inscripción, ya que deja transcurrir el plazo de dos meses sin manifestar su aceptación (10).

También se ha vinculado este procedimiento cancelatorio con la discutida cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca de constitución unilateral. De este modo se ha dicho que cabe la cancelación por consentimiento del dueño de la finca porque «no hay todavía derecho de hipoteca en favor de un suje-

(9) Sobre nuestro sistema de cancelación y de extinción del crédito hipotecario, vid., por todos, GÓMEZ GÁLLIGO, 1996; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, 2000, y MARTÍNEZ MARTINO, 2000.

(10) «[L]a ley —por la consideración práctica de la conveniencia de despejar situaciones interinas o de pendencia— ha adoptado un medio específico de cancelación, que envuelve algo de *consentimiento tácito cancelatorio*, por vía del silencio, por parte del acreedor o titular registral» (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 567; vid. también 570-571; en sentido parecido, CHICO Y ORTIZ, 1994: 1481). Obsérvese también que en esa misma línea se apunta que aunque el artículo 237 RH parece sugerir que la cancelación procede del dueño de la finca hipotecada, «[e]n rigor, no es el dueño de la finca quien cancela, porque el consentimiento cancelatorio sólo puede emanar de la persona a quien la cancelación puede perjudicar. El dueño de la finca sólo puede exigir o reclamar tal cancelación. En este punto el artículo 141 de la Ley se produce con mejor tecnicismo» (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568, nota 74). Es obvio que de este modo el mecanismo cancelatorio de los artículos 141 LH y 237 RH se reconduce sin excesivas dificultades al ámbito del artículo 82 LH.

También AZPITARTE CAMY (1990: 16) parece moverse en esta dirección por cuanto distingue entre una declaración de voluntad de no aceptar la hipoteca que puede ser expresa «o deducida o presunta en el supuesto de silencio previsto en el artículo 141 de la Ley. Con esta declaración de voluntad de no aceptación la hipoteca queda frustrada y podrá cancelarse».

to», aunque es necesario el previo cumplimiento de ciertas cautelas legales, por cuanto la situación registral puede responder a un derecho legítimamente adquirido por el favorecido (11).

En nuestra opinión, el particular mecanismo cancelatorio recogido en los artículos 141.II LH y 237 RH se justifica más bien por las propias especificidades que presenta la constitución unilateral de hipoteca.

Que no pueda hablarse de consentimiento tácito o presunto se explica fácilmente si se tiene en cuenta que el único elemento que impide la cancelación por parte del dueño de la finca estriba justamente en la constancia registral de la aceptación del acreedor beneficiario: cualquier otra manifestación del acreedor, que no implique ese resultado, es inoperante desde el punto de vista registral (12). Ni siquiera es suficiente para evitar la cancelación, la aceptación en forma documental e inscribible, si no accede previamente al Registro. Cuestión distinta es la valoración de esos comportamientos en el plano sustantivo y, en particular, el juicio que merezca, desde la perspectiva de la buena fe, la conducta del dueño de la finca que sabe de la aceptación del acreedor beneficiario y se anticipa en la cancelación (13).

Aparece, pues, como un contrapeso de la propia constitución unilateral de la hipoteca y como un mecanismo que garantiza al dueño de la finca que, a través de su propia iniciativa, pueda forzar la decisión del acreedor beneficiario y, en su caso, eliminar la incertidumbre que suponía la hipoteca unilateral no aceptada (14). No en vano, se ha destacado que la posibilidad de que la hipoteca de constitución unilateral subsista indefinidamente, pesa sobre la finca como un «gravamen virtual» (15). Desde un planteamiento de la hipo-

(11) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999: 336 y 338.

(12) Por ejemplo, carta certificada con acuse de recibo enviada por el acreedor al dueño de la finca asegurándole que en un breve plazo procederá a la aceptación formal.

(13) Según PAU PEDRÓN (1995: 2014), la nota marginal del artículo 141.I LH tiene valor declarativo: determina la eficacia de la aceptación frente a terceros; entre deudor y acreedor las relaciones se desarrollan al margen del Registro: si el deudor conoce la aceptación del acreedor ya no podrá cancelar, y si cancela el acreedor podrá obtener judicialmente la nulidad de la cancelación.

(14) «Al atribuir sustancia material y no meramente formal al acto de imposición unilateral de hipoteca, el legislador español se ha inspirado en principios distintos, o sea, en considerar que el hipotecante, en virtud de su acto unilateral de constitución de hipoteca, queda vinculado, o mejor dicho, sujeto a mantener el gravamen hipotecario, dejando la suerte de dicho acto a la voluntad del acreedor llamado a ser titular de la hipoteca; pero por razones empíricas encaminadas a evitar que la situación de hipoteca constituida, pero sin aceptar, se prolongue demasiado, sembrando inseguridad en perjuicio del dueño de los bienes o de posibles terceros, la ley concede a este dueño o propietario un medio para compeler al acreedor a que se decida por aceptar o rechazar la hipoteca, precipitando los acontecimientos y despejando la situación» (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 569-570; conforme, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1994: 126-127).

(15) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 569-570.

teca unilateral como gravamen ya existente resulta más difícil explicar su particular mecanismo cancelatorio.

El planteamiento de los artículos 141.II LH y 237 RH es importante no sólo por lo que dice, sino también por lo que no dice: al diseñar un sistema distinto al del artículo 82 LH, no llega al extremo de permitir que el dueño de la finca se arrepienta de su decisión y pueda cancelar la hipoteca de constitución unilateral sin contar para nada con el acreedor beneficiario (16). Tampoco se inclina por permitir que la situación de incertidumbre perdure indefinidamente al arbitrio del acreedor (17). Claramente se aprecia que el legislador hipotecario establece un especial mecanismo cancelatorio que flexibiliza el régimen previsto en el artículo 82 LH, pero sin llegar a los radicales extremos que supondrían conceder al dueño de la finca (que puede no ser ni el hipotecante ni el deudor) la posibilidad de cancelar de modo autónomo la hipoteca de constitución unilateral, cercenando sin su intervención las expectativas generadas en beneficio del acreedor a cuyo favor se constituyó esa hipoteca.

Obviamente, es distinta la cancelación de la hipoteca al amparo de los artículos 141.II LH y 237 RH del desistimiento unilateral de la solicitud de inscripción de esa hipoteca. Recuérdese que el artículo 433 RH permite «al presentante o los interesados» desistir de la solicitud de inscripción: por ello, quien ha constituido unilateralmente una hipoteca y la ha presentado al Registro puede en un momento posterior desistir de la solicitud de inscripción (18).

(16) También lo resalta BLASCO GASCÓ (2000: 147): «que la constitución de la hipoteca se realice mediante un acto unilateral, no significa que dicho acto, una vez producido, sea libremente revocable...».

(17) En este sentido, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 570.

(18) Vid. PAU PEDRÓN, 1996: 17.

¿Qué posibilidades tiene el hipotecante de proceder a la rectificación de la hipoteca de constitución unilateral? En opinión de AZPITARTE CAMY (1990: 21), «una vez presentada la hipoteca unilateral en el Registro de la Propiedad, no veo posibilidad de que se inscriba la rectificación [del hipotecante] salvo que el acreedor eventual la consienta simultáneamente a la aceptación de la hipoteca unilateral o con posterioridad a esta aceptación».

GÓMEZ GÁLIGO (1994: 197) se plantea si el dueño de la finca sujeta a hipoteca unilateral inscrita puede modificarla rebajando el valor de tasación de subasta. Aun pendiente de aceptación, para que pueda inscribirse la modificación se requiere el consentimiento del acreedor hipotecario, pues «la hipoteca unilateral supone una **oferta irrevocable** hasta transcurridos dos meses desde la notificación al acreedor sin que éste acepte la hipoteca, y si antes de que transcurra este plazo no puede cancelarse dicha hipoteca, tampoco puede modificarse, pues podría ocurrir que una vez modificada, el acreedor otorgase escritura de aceptación de la hipoteca tal como se encontraba antes de la modificación».

BLASCO GASCÓ (2000: 144-145 y 146-147) admite que el hipotecante, sin consentimiento del acreedor o acreedores beneficiarios, pueda subsanar los defectos que afectan al contenido del acto jurídico que se otorga (por ejemplo, reajuste de cuotas de los diversos coacreedores, cuya suma excede del cien por cien).

La RDGRN, de 18 de junio de 1993, analiza precisamente un caso en que se produjo un desistimiento del asiento de presentación de una hipoteca unilateral por el constituyente y rechaza, desde una perspectiva registral, las alegaciones de uno de los acreedores en cuyo favor se había constituido la hipoteca acerca de la nulidad de dicho desistimiento (19).

El problema más difícil que se plantea en estos supuestos es determinar la validez del desistimiento unilateral del hipotecante respecto al asiento de presentación, cuando ya se ha otorgado la escritura de aceptación (20).

En la doctrina (21) se han sugerido dos posibles soluciones. La solución drástica parte de considerar que la aceptación de una hipoteca unilateral no inscrita no es la aceptación del artículo 141 LH porque no existe todavía hipoteca al no estar inscrita. En consecuencia, cabe el desistimiento y no accederá al Registro la aceptación. La solución moderada supone que no nos hallamos ante una hipoteca unilateral, porque ésta no es la que se otorga unilateralmente, sino la que se inscribe con el solo consentimiento del hipotecante; se trata de una hipoteca bilateral en la que los consentimientos se han

(19) Según la RDGRN de 18 de junio de 1993 [*RAJ* 1993, 5351; la misma doctrina se contiene en la RDGRN, de 13 de diciembre de 1993 (*RAJ* 1993, 9866)], «[d]enegada la inscripción de la escritura de constitución unilateral de hipoteca aceptada ya por escritura pública, uno de los Bancos que habían de quedar garantizados con ella recurre contra la nota de denegación sólo respecto de uno de los motivos en que el Registrador apoya su nota: «aparecer las fincas inscritas a favor de tercero». Según el recurrente debe proceder la inscripción de hipoteca, porque si ahora las fincas aparecen inscritas a favor de tercero y sin sufrir la carga de la hipoteca, ello es porque el Registrador canceló indebidamente un anterior asiento de presentación —causado por una anterior presentación de la sola escritura de constitución unilateral de la hipoteca— en virtud del desistimiento del asiento formulado únicamente por el constituyente; procede, pues, según el recurrente, la inscripción de la hipoteca, previa declaración de nulidad del desistimiento del asiento de presentación. Las pretensiones del recurrente no tienen cabida en el presente tipo de actuaciones. La inscripción que el recurrente pretende no es posible porque contradice el principio de salvaguardia judicial de los asientos y el de prioridad, tal como son formulados por los artículos 1.III y 17 LH. La rectificación de los asientos, ahora incompatibles con el de hipoteca por aparecer ésta constituida por quien ya no es titular registral, sólo podría decidirse, si fuera procedente y de faltar el consentimiento de tal titular registral, por sentencia judicial obtenida en juicio entablado contra él, como confirman los artículos 40 y 82 LH». Considera PAU PEDRÓN (1996: 17-18) que, en realidad, esta Resolución no aborda un supuesto de hipoteca unilateral porque ésta es sólo la constituida (es decir, inscrita) con el solo consentimiento del hipotecante; en su opinión, cuando se presentan simultáneamente al Registro las escrituras de constitución y de aceptación, el acreedor no está aceptando una hipoteca ya existente, constituida de manera unilateral, y la hipoteca surge directamente como hipoteca bilateral (por lo que no tiene sentido la aplicación de los arts. 141 LH y 237 RH).

(20) ¿Basta la aceptación o hay que acreditar el conocimiento de la misma por parte de quien desiste? En cualquier caso, no pueden obviarse los restringidos límites de la calificación registral en cuanto a la buena o mala fe de los intervinientes.

(21) PAU PEDRÓN, 1996: 18.

formulado en títulos y momentos distintos y, por ello, el desistimiento manifestado por el hipotecante no es operativo: debe desistir el beneficiado por el asiento, esto es, el acreedor (22).

3. REQUISITOS PARA LA CANCELACION DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL

Vamos a analizar tan sólo las particularidades que se derivan de la cancelación ex artículos 141.II LH y 237 RH, en comparación con lo dispuesto con carácter general por el artículo 82 LH. De aquellos preceptos se deducen doctrinalmente los siguientes requisitos (23):

- a) Un primer requisito de carácter negativo consiste en que no debe constar en el Registro de la Propiedad la aceptación del acreedor hipotecario (24).
- b) Un segundo requisito, éste de carácter positivo, estriba en el requerimiento, sea notarial, sea judicial, por el dueño de la finca hipotecada al acreedor, donde conste expresamente, como exige el artículo 237.I RH, «que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

(22) Esta es la solución por la que se inclina PAU PEDRÓN, 1996: 18.

GÓMEZ GÁLLIGO (1994: 186) se plantea si cabe tomar anotación preventiva de suspensión de la escritura de aceptación de hipoteca unilateral cuando no se aporta la escritura de constitución de la hipoteca y existe un mandamiento de anotación preventiva de embargo a favor de otro acreedor. En su opinión, a pesar de lo dispuesto en el artículo 105 RH, parece más razonable calificar el defecto como motivo de denegación porque falta el documento constitutivo de hipoteca y porque, al ser constitutiva la inscripción de hipoteca, ésta todavía no existe y no puede hacerse una reserva de rango sin guardar los requisitos legales.

(23) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568.

(24) Según ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998: 569), «estas normas están dirigidas a los solos efectos registrales de obtener la cancelación, de modo que hay que estimar que la cancelación procederá, aunque la aceptación se haya producido, si ésta no consta oportunamente en el Registro...». En opinión de AZPITARTE CAMY (1990: 21), «[l]a escritura de aceptación otorgada dentro del citado plazo [de dos meses] deberá presentarse en el Registro, también dentro del mismo, para evitar que terminado el plazo pueda presentarse la escritura de cancelación y hacer imposible la toma de razón de la escritura de aceptación». También PAU PEDRÓN (1996: 24-25) entiende que «la aceptación *ha de hacerse constar en el Registro* dentro de los tres [*scilicet*, dos] meses siguientes al requerimiento (el art. 237 RH es, en este sentido, más explícito que el [art.] 141.2 LH). No basta con que la aceptación se haya reflejado, dentro de ese plazo, en la correspondiente escritura pública». Naturalmente, este planteamiento sólo cobra sentido en un plano puramente registral.

- c) El tercer requisito, también de carácter positivo, consiste en que, pasados los dos meses a que alude el artículo 141.II LH, el dueño de la finca hipotecada otorgue «la correspondiente escritura cancelatoria» (cfr. art. 237.II RH).

Aunque no se suela mencionar con carácter autónomo, consideramos oportuno dedicar también una atención especial a las características de ese plazo de dos meses al que aluden los artículos 141.II LH y 237 RH, dadas las importantes cuestiones que se plantean alrededor del mismo.

¿Qué ocurre si la hipoteca de constitución unilateral está sometida a determinada condición suspensiva? (25). Ante la interferencia del régimen de los derechos sometidos a condición y el sistema de cancelación de la hipoteca unilateral, ¿cuál debe prevalecer? Precisamente, la RDGRN, de 16 de mayo de 1998 (26), se plantea la posibilidad de cancelar, por la sola voluntad del hipotecante, una hipoteca unilateral sometida a condición suspensiva, cuando constaba la aceptación de siete de las nueve entidades bancarias en cuyo favor se había constituido.

Más concretamente los hechos que originan la Resolución son éstos: se había otorgado escritura de constitución de hipoteca unilateral sometida a la condición suspensiva de que en el plazo máximo de dos años a contar desde un día determinado se obtuviera un convenio concursal judicial o extrajudicial entre el deudor y los acreedores aceptantes de la hipoteca unilateral. La escritura se inscribió y constaba en el expediente que dicha hipoteca unilateral se notificó a todas las entidades acreedoras. En el Registro figuraba la aceptación de siete de las nueve entidades bancarias en favor de las que se constituyó la hipoteca. Transcurridos cerca de tres años del vencimiento del plazo en que debía haberse cumplido la condición, la dueña de las fincas solicita mediante instancia la cancelación de la hipoteca sobre tres fincas alegando que no se había cumplido la condición suspensiva, por entender que bastaba para la cancelación que no constara nada en contrario del Registro (27).

(25) Según AZPITARTE CAMY (1990: 16-17), en sentido propio no es hipoteca unilateral la que se constituye sólo por el deudor bajo la condición suspensiva de que el acreedor acepte.

(26) *RAJ* 1998, 4117.

(27) La Nota de los Registradores que denegaba la cancelación indicaba, entre otros extremos, que «[l]a cancelación solicitada tiene un doble fundamento, según la solicitante: a) Respecto de algunos acreedores hipotecarios, la falta de aceptación prevista en el artículo 141 LH. En relación a ello se señala como defecto el no acompañarse los requerimientos efetuados y que prevé el citado artículo 141 en su párrafo segundo; b) Respecto a todos los acreedores, no haberse cumplido la condición suspensiva afectante a la hipoteca: Tampoco este extremo queda acreditado. Dado que la condición consiste en lograr un convenio judicial o extrajudicial en plazo de dos años a contar desde el día 2 de septiembre de 1990, es necesario aportar o bien un documento judicial acreditativo de

Según la Dirección General, «[r]especto al problema de si para cancelar un derecho sometido a condición suspensiva basta con que no conste nada en el

dicho extremo o bien un documento público en el que los acreedores manifiesten no haber celebrado convenio extrajudicial alguno».

La solicitante recurrió al entender que «en realidad se pretende por el Registrador la justificación por parte del titular afectado por la hipoteca de un hecho negativo que es de imposible justificación y más aún, un hecho que a efectos de la constatación registral del incumplimiento de la condición resolutoria únicamente tiene cabida por la no constancia de su cumplimiento en los libros del Registro. Que, en todo caso, son los acreedores garantizados quienes deberían haber justificado documentalmente ante el Registro el cumplimiento y siempre dentro del plazo que para dicha justificación se pactó en la escritura de hipoteca de máximo, aceptada por ambas partes. Que conforme al artículo 1.113.II del Código Civil, frustrada la condición, el negocio jurídico del que era elemento accesorio, deviene eficaz, y en consecuencia, puesto que *deficiente condicione* el contrato se desvanece (sic), no llegando a nacer los derechos contemplados por los contratantes, cuyas expectativas desaparecen definitivamente (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986) [...] Que en virtud de lo establecido en el artículo 1.114 del Código Civil, en el caso que se estudia, el acontecimiento que debía producir la adquisición de los derechos de los acreedores era el logro de un convenio judicial en un plazo determinado, y en los libros del Registro no aparece ni inscrito ni anotado convenio alguno dentro del plazo a que se condicionó resolutoriamente la mentada garantía hipotecaria y, por tanto, la realización del evento estipulada constituye un requisito necesario para la plena eficacia de la relación (sentencia de 30 de junio de 1986). Que, en aplicación del artículo 23 LH, la jurisprudencia mantiene que si la subsistencia de una condición suspensiva depende de una fecha, basta el transcurso del tiempo y que en el Registro no conste nada en contrario (Resolución de 5 de noviembre de 1983)».

Los Registradores de la Propiedad, en defensa de su nota, expusieron: «1. Que el plazo para que la condición resultare cumplida o incumplida había transcurrido al tiempo de solicitarse la cancelación que se denegó y en el Registro no constaba nota marginal alguna acreditativa de dicho cumplimiento al presentarse el documento calificado. Que, en ese momento, según la Resolución de 16 de octubre de 1991, fundamento cuarto, el contenido del Registro era indeterminado y dicha indeterminación cesa cuando se acredita el cumplimiento de la condición y se practica la nota marginal o cuando se acredita el incumplimiento de la condición y se cancela el asiento. 2. Que el desarrollo de la condición tiene lugar extrarregistralmente, por ello el resultado positivo o negativo habrá de ser acreditado, y así se desprende de muchas Resoluciones, entre las que pueden señalarse, las de 25 de junio de 1888, 10 de enero de 1944, 7 de octubre de 1929 y 16 de octubre de 1991. 3. Que el plazo se señaló para que la condición se cumpliera, no para la constancia en el Registro de dicho cumplimiento, tal como señaló la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de octubre de 1929, que desvirtúa el criterio sostenido en las de 28 de junio de 1881 y 5 de noviembre de 1883. 4. Que merece destacarse que, en cuanto al Registro de Barcelona, número 11, y por asiento número 935 del Diario 38, se solicita nota marginal de cumplimiento de la condición suspensiva a cuyo efecto se presentó testimonio notarial del auto dictado el día 15 de abril de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia, número 38, de Barcelona, en el expediente de suspensión de pagos de «Laboratorios Byly, Sociedad Anónima», y en cuanto al Registro de Barcelona, número 6, con fecha 1 de marzo de 1995 se presentó, con el número 3209 de tomo 49 del Diario, una instancia solicitando se procediera a la anotación del cumplimiento de la condición suspensiva, la cual fue retirada el 2 de mayo siguiente, cancelándose seguidamente el asiento el día 15 de mayo de 1995. Que ante esto cobran especial interés las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

Registro, la respuesta negativa es inequívoca, pues como se desprende del propio artículo 238 RH, que no es sino una consecuencia de la existencia general de acreditación fehaciente de los hechos, actos o negocios que pretenden su acceso al Registro (cfr. arts. 3 y 23 LH), se precisa como norma general la acreditación del hecho en que conste dicha condición, que es lo que determinará la realización de la mutación jurídico-real a inscribir». Sin embargo, tras este planteamiento general, la solución que ofrece el Centro Directivo es favorable a la cancelación por las propias características de la hipoteca unilateral. En efecto, «aparece aceptada la hipoteca por siete de las nueve entidades bancarias y, puesto que consta notificada la misma a las nueve y, con la notificación se entregó copia de la escritura de constitución con el requerimiento a que se refiere el artículo 141 LH, puede cancelarse por la sola voluntad del constituyente la hipoteca respecto a dos entidades que aún no han aceptado la garantía establecida en su favor al haber transcurrido los dos meses del requerimiento practicado, sin que sea obstáculo alguno el propio condicionamiento al que se supeditaba, además, esa hipoteca unilateral, todo ello sin perjuicio de la posible invocación de otros defectos, conforme prevé el artículo 127 RH». En este caso concreto, como vemos, la cancelación no se basó, finalmente, en la proyección registral de la condición, sino en el régimen de la hipoteca de constitución unilateral, lo cual supuso una liberación simplemente parcial.

En un plano todavía general, es preciso destacar otra cuestión con carácter previo. En las RDGRN, de 19 y 20 de noviembre de 1987 (28), se aborda una

Notariado de 7 de octubre de 1929 y 16 de octubre de 1991, ya citadas. 5. Que, por último, conforme al artículo 82 LH, en su párrafo primero, en el caso que se trata no hay ningún supuesto en el que la extinción del derecho resulta del título que lo generó, como parece entender la recurrente. Precisamente por ello se le pidió acreditar el incumplimiento de la condición».

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó las notas de los Registradores, fundándose en que la acreditación corresponde «al interesado» y no es de difícil obtención, dado el escaso lapso de tiempo transcurrido desde la finalización del plazo otorgado para el cumplimiento de la condición, con presentar la decisión judicial resolutoria del procedimiento concursal sin convenio y el consentimiento de los aceptantes de la hipoteca, se habría cumplido con los requisitos que marca el artículo 82 LH, al no derivar del mismo título las circunstancias de la cancelación.

La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió:

1. Que se considera que debe ser aquel a quien interesa mantener el derecho gravado con la condición suspensiva a quien corresponde la prueba, y no al propietario registral.
2. Que no corresponde a la parte recurrente la presentación de la decisión judicial resolutoria del procedimiento concursal, con o sin convenio, dado que al no ser parte interesada en el mismo, difícilmente tendría acceso a la misma.
3. Que, en este caso, el documento presentado por el que se solicitó la nota marginal de cumplimiento de la condición suspensiva, fue un testimonio notarial del auto dictado el 15 de abril de 1992, sin que en ningún caso conste ni la firmeza del auto ni si la devolución lo fue por adolecer de faltas.

(28) RAJ 1987, 8737 y 8738.

de las cuestiones fundamentales que se plantean en torno a la cancelación de la hipoteca unilateral. No se trata de la cancelación prevista en los artículos 141 y 237 RH, sino de la cancelación como consecuencia de la ejecución de una hipoteca anterior.

Entre otras cuestiones, que ahora no interesan, se plantea en esas Resoluciones si es posible «practicar el asiento de cancelación de una hipoteca unilateral, ordenado en el auto recaído en un procedimiento judicial sumario entablado para dar ejecución a una hipoteca anterior —y la consiguiente inscripción del testimonio— cuando consta: *a*) que la hipoteca unilateral fue comprendida en la certificación de cargas, si bien entonces aún no había sido aceptada (29); *b*) del mandamiento resulta que no se realizó la notificación expresada en la regla 5.^a del artículo 131 LH, a las personas en cuyo favor fue constituida la hipoteca unilateral» (30).

Según la Dirección General, «[c]onforme al artículo 225 RH, la notificación prevenida en la regla 5.^a del artículo 131 LH deberá hacerse no sólo a los acreedores que la misma expresa, sino, además, y entre otros, a los anotantes posteriores a la inscripción de la hipoteca del actor e incluso a los titulares de desmembraciones del dominio, derechos condicionales o de otros que, por su rango, deben declararse extinguidos al realizarse el crédito y que hubieren inscrito sus derechos con posterioridad a la hipoteca, siempre que figuren en la respectiva certificación del Registro de la Propiedad. Este precepto reglamentario evidencia la amplitud con que debe entenderse el círculo de los interesados que deben ser especialmente notificados: no es necesario que del Registro resulte que el derecho real del interesado existe ya perfecto (lo que, por ejemplo, no resulta de un asiento de anotación); basta que del Registro resulte a favor del interesado un asiento que —como la anotación— confiera una situación registral que asegure, al posible derecho, cierta eficacia a partir del asiento (reserva de rango). Además, a falta de reglas especiales, la cancelación de la hipoteca unilateral se regirá por las reglas ordinarias (que exigen, como hemos dicho, la notificación cuestionada), sin otras excepciones que las específicamente señaladas en los artículos 141 LH y 237 RH».

Obsérvese la habilidad con que el Centro Directivo solventa la cuestión sin entrar en excesivas profundidades acerca de la controvertida naturaleza

(29) Es evidente que de haber sido aceptada la hipoteca unilateral no se plantearía cuestión alguna de carácter especial.

Un tema que no se plantea en estas Resoluciones es la relevancia que puede tener la aceptación ulterior de esa hipoteca unilateral. ¿Hasta cuándo puede ser eficaz dicha aceptación?

(30) Sobre los artículos 689 y 659 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, vid. AVILA NAVARRO, 2000: 643-663.

jurídica de la hipoteca unilateral (31). Tampoco nada se indica acerca de la trascendencia de la concurrencia de una hipoteca unilateral no aceptada en cuanto al reparto del sobrante y otras cuestiones.

4. LA FALTA DE ACEPTACION DEL ACREEDOR EN CUYO FAVOR SE HA CONSTITUIDO UNILATERALMENTE LA HIPOTECA

Sin necesidad de profundizar en la debatida cuestión del momento de la constitución de la hipoteca unilateral, no cabe duda de que con su aceptación por parte del acreedor, en cuyo favor ha sido constituida, se produce la adquisición de la misma, esto es, su ingreso en el patrimonio del acreedor. La aceptación supone un punto de no retorno para el dueño de la finca: desaparece la especial posibilidad de cancelación que prevé el artículo 141 LH y se aplica el régimen general (32). De ahí la importancia de la misma y de

(31) Como apunta PAU PEDRÓN (1996: 27), si la Dirección General hubiera sido absolutamente coherente con su planteamiento acerca de la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral, quizá debía haber concluido que, al no ser un gravamen o carga plenamente constituido, no estaba comprendida en el ámbito de la regla 5.^a del artículo 131 LH. Para llegar a la solución que contienen estas Resoluciones no se entra en la cuestión de la naturaleza jurídica de la hipoteca de constitución unilateral, sino que se amplía el ámbito de esa regla 5.^a

(32) «Si la hipoteca está aceptada, es que ya ni siquiera puede decirse que es una hipoteca unilateral, pues concurriendo la oferta y la aceptación, la hipoteca es tan bilateral o contractual como cualquier otra, y sólo puede cancelarse según las reglas generales» (ÁVILA NAVARRO, 1996: 1185).

La RDGRN de 22 de abril de 1996 (RAJ 1996, 3240) se plantea «si por medio de una instancia privada, firmada por quien dice actuar en representación de determinada sociedad propietaria de tres fincas inscritas, pueden cancelarse las hipotecas unilaterales constituidas sobre estas fincas, cuando en el momento de la solicitud tales hipotecas ya habían sido aceptadas —y así consta en el Registro— por las entidades de crédito a cuyo favor se habían constituido».

La Dirección General comienza por indicar que «[c]ualquiera que sea la naturaleza jurídica tan discutida de la hipoteca unilateral, del artículo 141 LH y de su desarrollo por el artículo 237 RH se desprende que desde su inscripción inicial la hipoteca existe como un hecho real, sin perjuicio de que para la eficacia de la misma sea indispensable la aceptación por la persona a cuyo favor se ha establecido e inscrito la hipoteca. Ahora bien, la Ley no señala para esta aceptación ningún plazo. Lo único que sucede es que «si no consta la aceptación después de transcurridos dos meses desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó». Por lo tanto, pasado el indicado plazo de dos meses, existe una facilitación para la cancelación de la hipoteca constituida pero aún no aceptada, pero, cuando, por las razones que sean, el dueño de la finca deja de solicitar la cancelación, queda, sin duda, abierta la posibilidad, según el párrafo primero del artículo 141, para que la aceptación se haga constar en el Registro por nota marginal cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la constitución de la hipoteca».

precisar en qué momento se ha producido la aceptación (33). Precisamente una de las carencias que mayores críticas ha suscitado en la doctrina es la

La aceptación de la hipoteca de constitución unilateral significa la vuelta al sistema general de cancelación: «[e]l Registro está proclamando, pues, una hipoteca unilateral aceptada, cuya cancelación ha de ajustarse al régimen general del artículo 82.I LH, siendo preciso, en principio, el consentimiento del titular registral, el cual ha de prestarse, además, en documento auténtico (vid. art. 3 LH), lo que también exige el artículo 237 RH para esa cancelación facilitada que aquí, según lo antes dicho, no tiene aplicación».

Y una vez más se analiza el reducido ámbito de la calificación registral y la necesidad de plantear el procedimiento judicial correspondiente: «[s]i se analizan los argumentos del recurrente se observa que su pretensión, seguramente equivocada, es la de que se han hecho constar irregularmente en el Registro las aceptaciones de la hipoteca unilateral, pero, aunque a efectos didácticos, se diera por buena esta argumentación no es el recurso gubernativo el camino adecuado para discutir esta cuestión, pues el mismo está limitado a los casos en que la calificación desfavorable del Registrador motiva la denegación o la suspensión del asiento. Una vez practicado éste, el mismo queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se demuestre su inexactitud en los términos establecidos por la Ley (vid. art. 1 LH), la cual no permite la cancelación de los asientos discutidos por medio de la instancia privada presentada».

(33) La cuestión de la forma en que se debe verificar la aceptación del acreedor está directamente condicionada por la opinión que se mantenga respecto a la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral. Así lo ha destacado PAU PEDRÓN (1995: 2013), cuya exposición reproducimos aquí.

Si se considera que la hipoteca unilateral no nace con la inscripción del título unilateral, sino con la inscripción de la aceptación, la aceptación está sujeta a los requisitos de forma y publicidad de la hipoteca porque es un elemento de su constitución y la inscripción de la hipoteca está sujeta a escritura pública (art. 145 LH) y a inscripción constitutiva (art. 1.875 del Código Civil).

En cambio, si se considera que con la inscripción del título unilateral nace la hipoteca, también resulta necesaria la escritura pública, pero no por exigencia del artículo 145 LH, sino del artículo 3 LH. En consecuencia, como en el artículo 3 LH también quedan comprendidas las actas, puede aceptarse una hipoteca unilateral en la contestación al requerimiento. Si la decisión de aceptar se adopta dentro del plazo para contestar al requerimiento o notificación —los «dos días laborables siguientes a aquél en que se haya practicado la diligencia o recibido el envío postal» (art. 204.II RN)—, puede contestarse dentro de la misma acta, y ésta sería el título apto para la inscripción por su carácter público (PAU PEDRÓN, 1995: 2014).

Se ha planteado la posibilidad de una aceptación por documento privado, argumentando analógicamente en relación al cumplimiento de una condición suspensiva o resolutoria (arts. 23 LH y 238 RH). Mas al rechazar la calificación de la aceptación de la hipoteca de constitución unilateral como condición, se desvanece la posible analogía: en este sentido, PAU PEDRÓN, 1995: 2013 y 1996: 28.

La voluntad de aceptar una hipoteca unilateral constituida en favor de la Administración deberá constar en escritura pública, sin que sea título adecuado el documento administrativo: PAU PEDRÓN, 1996: 28-29. El Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo, modifica determinados artículos del Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, y confiere la siguiente redacción a su artículo 36.3: «[s]i la garantía se hubiese constituido unilateralmente, la aceptación de la misma se hará por el órgano competente mediante documento administrativo, cuyo contenido se hará constar en el Registro correspondiente [...] La Hacienda Pública, en su caso, consentirá la cancelación de la garantía en la misma forma establecida para la aceptación».

falta de previsión de un plazo general para la aceptación del acreedor beneficiario, con lo que la situación de incertidumbre puede resultar especialmente prolongada (34).

La cuestión se ha planteado en la RDGRN, de 14 de noviembre de 1998 (*RAJ* 1998, 8496). Se trataba de «dilucidar si, durante la vigencia del Reglamento General de Recaudación de 1990, la aceptación por el Estado de una hipoteca unilateral por aplazamiento de pago de impuestos que no recaen directamente sobre las fincas podía hacerse por documento administrativo o era necesaria la escritura pública [...] No hay duda de que los documentos administrativos tienen acceso al Registro de la Propiedad, pero, cuando el artículo 3 LH clasifica los documentos en lo que, en terminología técnica se denominan judiciales, notariales y administrativos, no quiere decir que, indistintamente, pueda accederse al Registro por una u otra vía, ya que tiene que existir una correlación entre la forma del documento y el contenido del mismo [...] Tratándose la aceptación de hipoteca de un negocio jurídico privado, salvo que exista una excepción en la normativa aplicable, la prestación del consentimiento en que consiste debe recogerse en escritura pública; más aún, cuando el Reglamento de Recaudación citado estableció en su artículo 52.2: «Estas garantías se constituirán conforme a las normas por que se rigen y surtirán los efectos que les son propios según el Derecho civil, mercantil o administrativo», sin que existiera ninguna excepción a la regla general, como ocurría en la Instrucción General de Recaudación de 1969, en la que se preveía la aceptación por documento administrativo de la hipoteca constituida en garantía del pago de los impuestos que graven periódicamente los bienes inmuebles en cuanto excedieran de la hipoteca tácita, o en la legislación posterior, en la que el artículo 36.2 del Reglamento de Recaudación, según redacción dada por el Real Decreto 448/1995 establece con carácter general que la aceptación por el Estado de las hipotecas unilaterales establecidas como créditos de la Hacienda Pública se harán por documento administrativo».

(34) Es evidente que no se prevé legalmente plazo para la aceptación, como recuerda explícitamente la RDGRN de 22 de abril de 1996 (*RAJ* 1996, 3240). Con independencia del tiempo transcurrido desde la constitución de la hipoteca unilateral, el acreedor puede aceptar la hipoteca unilateral. Para algunos autores, como DE LA RICA (1976: 151-152; vid. también 425), esta duración ilimitada es un yerro del sistema: «la Ley no fija plazo para constatar la aceptación, y esto es un yerro que el Reglamento puede corregir, pues es contrario a los postulados del sistema, a la certidumbre del estado jurídico de la propiedad y a la seguridad de su tráfico el dejar subsistente por tiempo indefinido una hipoteca constituida unilateralmente, sin que sea aceptada por el acreedor beneficiario, y permitir que en cualquier momento, aunque hayan transcurrido varios años, pueda ser aceptada con amplios efectos retroactivos. Convendría fijar un plazo máximo de uno o dos años, por ejemplo, dentro del cual debería hacerse constar registralmente la aceptación para que ésta surtiese efecto retroactivo, sin perjuicio de que pudiera aceptarse posteriormente (en tanto no fuese cancelada), pero ya sin dicho efecto». Esta es una cuestión sobre la que el autor vuelve a manifestarse: «[e]ste precepto [el actual art. 141.II LH] es plausible, pues fija indirectamente un plazo para la aceptación; pero, a mi juicio, deja en pie varios problemas. ¿Qué ocurre si no se practica el requerimiento ni consta la aceptación? En tal hipótesis, la cancelación no es procedente, y la hipoteca subsistirá indefinidamente, como un fantasma incorpóreo capaz de vitalizarse en un momento determinado. ¿Será nula la aceptación después de los dos meses del requerimiento? La Ley no lo dice; y si no consta en el Registro que se ha hecho el requerimiento —lo que sólo constará si el dueño ha solicitado la cancelación—, no habrá obstáculo registral para que se extienda la nota marginal acreditativa de la aceptación. ¿Y si en este supuesto existen inscripciones posteriores a la inscripción constitutiva de la hipoteca? ¿Se producirá también el efecto retroactivo de la nota marginal? Convendrá que el Reglamento revise

La conveniencia de encerrar toda la cuestión de la aceptación en un ámbito puramente registral hallará obstáculos cuando la propia aceptación exija la realización de ciertos actos por parte del aceptante. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos en que se exige la entrega de la cantidad prestada en la forma prevista en la hipoteca unilateral, a través del abono en cuenta abierta por el prestatario en oficina de la entidad prestamista y acreedora, la apertura de la cuenta de crédito, indicando el aceptante en qué oficina la abre y cuál es el número de la cuenta o la entrega por el aceptante de letras u otros documentos causa de las mismas obligaciones garantizadas con la hipoteca (35). Es fácil imaginar que la subordinación de la eficacia de la aceptación por parte del acreedor a la concurrencia de ciertos eventos puede generar una serie de discusiones y dudas que, en la mayoría de supuestos, no alcanzarán a ser resueltas registralmente.

Hay que precisar que no sólo es la aceptación anterior al requerimiento del dueño de la finca la que impide este especial mecanismo cancelatorio, sino también la aceptación dentro de los dos meses a contar desde el requerimiento o la aceptación pasado ese plazo que accede antes al Registro (36).

No cabe duda de que el acreedor en cuyo favor se ha constituido unilateralmente la hipoteca puede aceptar tras el requerimiento, pero nada impide,

escrupulosamente y con detalle todas estas materias» (DE LA RICA, 1976: 152; vid. también 422-423).

En cambio, PAU PEDRÓN (1996: 22-23) critica ese planteamiento doctrinal: «varios —o muchos— años más tarde de haberse constituido la hipoteca mediante su inscripción registral, puede el acreedor aceptar la hipoteca unilateral. No hay que ver en ello anomalía alguna del sistema: la hipoteca unilateral es una hipoteca ordinaria, que no crea particular incertidumbre a los terceros (o crea una incertidumbre semejante a la de si el deudor pagará o no la deuda garantizada hipotecariamente)».

Habría que admitir que, en caso de constitución unilateral de hipoteca, la incertidumbre para los terceros es doble: si el deudor pagará o no la deuda garantizada hipotecariamente; y si el acreedor beneficiario aceptará o no la garantía.

(35) Son supuestos ofrecidos por AZPITARTE CAMY, 1990: 22.

(36) Este planteamiento puede verse ya en DE LA RICA (1976: 425): «[t]ampoco resuelve el Reglamento el problema relativo a la validez o nulidad de la aceptación prestada después de pasados dos meses desde la fecha del requerimiento. Entiendo, apoyado en el principio de prioridad, que con tanta energía actúa en nuestro sistema, que si la escritura en que se formalice esa aceptación tardía se presenta en el Registro antes de que se presente la escritura de cancelación acompañada del acta de requerimiento, el Registrador no tendrá dificultad en extender la nota marginal retroactiva, haciendo constar la aceptación, pues nada se opone a ello en el Registro; y ya no podrá practicarse después la cancelación a menos que preste su consentimiento el titular de la hipoteca. Si la escritura de cancelación, por el contrario, se presentare antes, claro es que ya no podría extenderse la nota marginal de aceptación, por haberse extinguido registralmente la hipoteca. Civilmente, podrán contender los interesados sobre la validez o nulidad de la aceptación fuera de plazo; pero en el Registro, la prioridad reclama sus imperiosos fueros y no juzgo posible solución distinta a la indicada».

en efecto, que éste pueda aceptar incluso antes del requerimiento (37). Poco importa el modo en que ese acreedor haya tenido conocimiento de la constitución de la garantía a su favor (38): no se precisa que exista acto de notificación de esa constitución para que pueda proceder a aceptarla, siempre que la hipoteca unilateral ya haya sido inscrita (39).

Debemos plantearnos también la admisibilidad de una aceptación tácita (40) en el marco de los artículos 141.II LH y 237 RH. Se ha defendido esa posibilidad, que puede derivarse implícitamente del simple hecho de ejercitar la correspondiente acción hipotecaria, aunque deba ser expresa cuando se haya producido el requerimiento (41). A la vista del mecanismo que prevé el artículo 141 LH y de las propias características de nuestro sistema registral, el planteamiento más seguro es el que rechaza la admisión de la aceptación tácita de la hipoteca unilateral, derivada de la iniciación del procedimiento de ejecución (42). Una última postura acerca de la trascendencia de la aceptación tácita pretende distinguir entre su relevancia civil y su relevancia hipo-

(37) CARBONELL SERRANO (1993: 21-22) plantea un caso distinto: qué sucede si, aun no existiendo requerimiento, accede al Registro una escritura pública en la que el beneficiario de la hipoteca unilateral manifiesta expresamente su voluntad de no aceptar. En hipótesis cabe cancelar la inscripción de hipoteca unilateral a partir de ese título o hacer constar por nota marginal a la inscripción de hipoteca la declaración de voluntad del beneficiario de no aceptar, manteniendo formalmente vigente la inscripción del gravamen. Para este autor, la solución debe consistir en permitir al dueño de la finca cancelar sin necesidad de requerimiento alguno, ni de esperar el plazo reglamentario.

(38) No cabe duda de que se trata de un planteamiento que favorece al acreedor eventualmente beneficiario, al menos en el ámbito exclusivamente registral: para que se pueda cancelar se exige que exista previamente requerimiento, sin que sea suficiente su mero conocimiento de la constitución de la hipoteca; en cambio, puede el acreedor aceptar desde que tiene conocimiento de la constitución de la hipoteca en su favor, sin que sea necesario acto especial de comunicación.

(39) AZPITARTE CAMY (1990: 20-21) admite que se acepte la hipoteca «desde que se publique en el Registro incluso mediante asiento de presentación». Sin embargo, la posibilidad de desistimiento (cfr. art. 433 RH) no dejará de plantear problemas en la práctica, si se desiste de la solicitud de inscripción.

(40) Como señala AZPITARTE CAMY (1990: 30), si se admite la relevancia de la aceptación tácita, aunque sea en el plano civil, el acreedor en cuyo favor se ha constituido unilateralmente la hipoteca «habrá de tener sumo cuidado para que tales consentimientos de aceptación [...] no se deduzcan inequívocamente de algún acto del acreedor que se interprete por los Tribunales como de aceptación».

(41) ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, 1994: 130-131 y 135.

(42) En este sentido, PAU PEDRÓN, 1995: 2014-2015. Ahora bien, este autor considera que «podrían practicarse sucesivamente, y con igual fecha, la nota de aceptación y la nota de expedición de certificación en virtud de presentación simultánea de la escritura de aceptación y el mandamiento de la regla 4.^a del artículo 131 LH porque, al no ser constitutiva la inscripción de la aceptación, ésta puede acreditarse al Juez con la escritura que la contenga —y no, necesariamente, con certificación registral—» (vid. también PAU PEDRÓN, 2000: 32).

tecaria (43). Con este enfoque, se considera que desde un punto de vista civil, es posible y válida una aceptación tácita, aunque para su acceso al Registro de la Propiedad es indispensable que formalice su voluntad en escritura pública.

5. EL REQUERIMIENTO DEL DUEÑO DE LA FINCA

5.1. LEGITIMACIÓN Y TIEMPO DEL REQUERIMIENTO

Si se leen con detenimiento los artículos 141.II LH y 237 RH, se observará que no especifican quién debe efectuar el requerimiento que se contempla en los mismos. Solamente se ocupan de precisar que la petición de cancelación, según la Ley Hipotecaria, o la escritura cancelatoria, según el Reglamento, competen al dueño de la finca. Sin embargo, no se ha planteado ni en doctrina ni en jurisprudencia la posibilidad de que el requerimiento deba ser efectuado por sujeto distinto al dueño de la finca (por ejemplo, el hipotecante, el deudor, otros acreedores). La razón es obvia: puesto que la posibilidad de cancelar sí está explícitamente atribuida al dueño de la finca, no se ve qué ventaja puede derivarse de la concesión de legitimación simplemente para el requerimiento. En otras palabras, desde un punto de vista práctico, la legitimación para el requerimiento se encuentra vinculada a la legitimación para la cancelación.

¿Desde cuándo puede practicarse el requerimiento exigido por los artículos 141.II LH y 237 RH para proceder a la cancelación por el dueño de la finca? En principio, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, no tiene demasiado sentido que se efectúe el requerimiento antes de la inscripción de la misma. Mientras no exista inscripción no hay hipoteca y no se puede tener certeza acerca de su posterior existencia (44). Sin embargo, se ha indicado que es frecuente en la práctica que el requerimiento se efectúe

(43) AZPITARTE CAMY, 1990: 29-30. Su planteamiento se proyecta también a la posibilidad de una renuncia tácita.

(44) ¿Y la aceptación anterior a la inscripción de la hipoteca? Según BLASCO GASCÓ (2000: 144), «[q]ueda claro y no es discutido que la aceptación del acreedor o de los acreedores beneficiarios de la hipoteca no puede acceder al Registro de la Propiedad antes que la hipoteca y que, aunque la escritura pública de aceptación de la hipoteca sea de fecha anterior al asiento de presentación causado por la escritura de hipoteca, la prioridad registral la otorga la fecha de este asiento (art. 24 LH), de manera que la aceptación nunca retrotrae sus efectos ni a la fecha de la escritura donde se incorpora y manifiesta, ni a la fecha de la escritura donde se otorga la hipoteca unilateral». Como se ha visto anteriormente, la cuestión estriba en precisar si en esos supuestos de aceptación anterior a la inscripción de la hipoteca de constitución unilateral deben ser, en rigor, calificados como de hipoteca unilateral.

antes de que la hipoteca unilateral conste inscrita en todos los Registros donde radican fincas hipotecadas (45).

5.2. FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL REQUERIMIENTO

Aunque tanto el artículo 141.II LH como el artículo 237.I RH hablan de «requerimiento» y este segundo precepto se preocupa de determinar su contenido, la STS de 11 de marzo de 1991 contiene la «sorprendente» (46) afirmación de que el artículo 141 LH «no contiene un verdadero requerimiento o exhortación requisitoria, ya que a la persona beneficiada con la hipoteca unilateral no se le comunica para que haga o deje de hacer algo, simplemente se le da noticia de la existencia de la formalización hipotecaria y se le deja en absoluta libertad para que proceda según sus intereses» (47).

Téngase en cuenta que no hay unanimidad en la doctrina acerca de la finalidad que se pretende conseguir a través del requerimiento previsto en los artículos 141.II LH y 237 RH (48).

(45) AZPITARTE CAMY, 1990: 20.

(46) Calificativo de PAU PEDRÓN, 1996: 20. Vid. también, PAU PEDRÓN, 2000: 30.

(47) La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona interpuso demanda de menor cuantía contra doña Asunción R. C., Banco de Madrid, S. A., y otras entidades, sobre cancelación de hipotecas unilaterales y delaración de preferencia de rango de hipoteca frente a otras. El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando a doña Asunción C. a otorgar escritura pública de cancelación de hipotecas unilaterales en favor de «Catalana de Cobros y Factoring, S. A.» y «L. P. N., S. R. L.» por no haber aceptado en el término previsto en la ley y absolviendo a los demandados del resto de los pedimentos. La actora y la demandada, doña Asunción R. C., interpusieron recurso de apelación; ambos recursos fueron desestimados. La demandada doña Asunción R. C. interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Una de las sociedades a las que se notificó la constitución de la hipoteca unilateral era extranjera y ello explica que se rechace el motivo de casación basado en la necesidad formal de que la notificación que prescribe el artículo 141 LH tuviera que hacerse de forma personal por el Notario, y en ningún caso mediante el empleo del correo. Tras lo expuesto en el texto, la STS de 11 de marzo de 1991 (RAJ 1991, 2213) concluye que «resulta obligada la desestimación del motivo, pues el párrafo cuarto del artículo 202 RN, autoriza a los Notarios discrecionalmente, para efectuar las notificaciones que no tengan carácter requisitorio, por medio de copia, cédula o carta remitida por correo certificado con acuse de recibo, siempre que la Ley expresamente no lo prohíba».

(48) La importancia de la cuestión de la finalidad que debe atribuirse al requerimiento de los artículos 141.II LH y 237 RH se aprecia bien en los casos en que el acreedor en cuyo favor se ha constituido la garantía ya tiene conocimiento de esa constitución. Por ejemplo, es muy significativo el informe del Registrador de la Propiedad en defensa de su nota en la RDGRN, de 28 de octubre de 1992 (RAJ 1992, 8583): que el artículo 141 LH es claro, y el recurrente reduce el requerimiento de que habla dicho artículo a una simple comunicación o notificación, olvidando que éste es el género y el otro la especie al exigir del destinatario además una conducta positiva o negativa, y en

Hay quien considera (49) que se trata de un aviso de posible cancelación, ya que ese requerimiento no pretende provocar la actuación del favorecido en el sentido de aceptar o no, sino avisarle de la posible cancelación. Desde esta perspectiva, se considera el cumplimiento de una precaución legal, puesto que va a cancelarse una situación registral de beneficio que puede, quizá, responder ya a un derecho legítimamente adquirido por el favorecido. Otros autores (50) vinculan ese requerimiento con una intimación al acreedor para que acepte o rechace la hipoteca. Y, en fin, también se ha planteado (51) su consideración como anuncio al acreedor de que se ha constituido la hipoteca, ya que el Registro no se presume conocido y menos entre partes; además, con base en la doctrina italiana, se subraya que el acto unilateral constitutivo es recepticio, lo que exige comunicación. En consecuencia, el aviso sobre el régimen de cancelación que ha de contener el requerimiento es secundario, puesto que se pretende asegurar el conocimiento de un efecto legal, que actuaría por sí mismo.

Posiblemente, no exista dificultad en atribuir al requerimiento una pluralidad de finalidades, en la medida que tras el requerimiento la situación que va a producirse no siempre será idéntica (52). Sin embargo, reconducir el requerimiento exclusivamente a un aviso de constitución tropieza al menos con dos dificultades: *a)* el artículo 237 RH demuestra cuál es la finalidad primordial que se atribuye a ese requerimiento; *b)* si lo que importa es el conocimiento de la constitución, no se explica el rigor formal de la normativa hipotecaria y la constante exigencia de un requerimiento para cancelar aunque el acreedor favorecido conociera previamente la existencia de la hipoteca unilateral.

este caso le intima para que, o acepte la hipoteca o deje que el deudor pueda cancelarla transcurridos dos meses. Y el artículo 237 [RH] así lo confirma al determinar las circunstancias del requerimiento y estos preceptos son de carácter imperativo al establecer un medio extraordinario de cancelación, que implica una especie de consentimiento tácito a través del silencio del acreedor y por ello exige un medio fehaciente que determine el inicio del cómputo del plazo de dos meses. En el mismo sentido pueden citarse los artículos 70.2.º LH y 173 RH. Y es que la finalidad de aquellos preceptos no es la de que el acreedor hipotecario tenga conocimiento de la hipoteca, sino evitar una situación indefinida de inseguridad obligando al acreedor a aceptarla expresamente so pena de que el constituyente pueda cancelarla». Como veremos en su momento, no es nada fácil precisar el grado de imperatividad de dichos preceptos.

(49) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1999: 340, nota 9.

(50) En este sentido, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568.

(51) PAU PEDRÓN, 1996: 21; y 2000: 31.

(52) La RDGRN, de 3 de junio de 2000 (RAJ 2000, 7327), tras rechazar que baste el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido y exigir el correspondiente requerimiento o intimación, afirma: «[s]e trata, con esta cautela, de avisar al favorecido no sólo de la existencia de la formalización de la hipoteca sino también del carácter claudicante de esa situación registral».

5.3. ELEMENTOS DEL REQUERIMIENTO: SU CONTENIDO

Con toda rotundidad se establece en el artículo 237 RH que en el requerimiento debe determinarse «expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó» (53). Existe unanimidad doctrinal (54) en admitir que el requerimiento previsto en los artículos 141.II LH y 237 RH puede ser tanto notarial como judicial.

La importancia del requerimiento previsto en el artículo 141 LH lleva a poner de relieve la trascendencia de una correcta y adecuada identificación del acreedor en cuyo favor se ha constituido unilateralmente la hipoteca. Y se ha destacado cómo a pesar de que se trata de una cuestión bastante descuidada en las escrituras de constitución, se inscriben en el Registro. Por ello, se ha expresado la necesidad de que consten datos suficientes para identificarlo e individualizarlo sin duda alguna, aunque no sean necesarios todos los requisitos y circunstancias que especifican los Reglamentos Notarial e Hipotecario (55).

(53) Según DE LA RICA (1976: 423), en su primera parte, el artículo 237 RH, «consigna un requisito o una conminación que debe contener el requerimiento. No bastará que se requiera al hipotecarista para que acepte o rechace; deberá hacérsele saber, además, que si no hace una u otra cosa dentro de los dos meses siguientes, podrá el dueño, por sí solo, cancelar la hipoteca. Quizá esto sea un pleonismo, pues ya el texto legal establece con claridad tal consecuencia cancelatoria; pero nunca está de más que se le recuerde al requerido en el acto intimatorio del requerimiento».

(54) PAU PEDRÓN, 1996: 21; y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568. Como indica PAU PEDRÓN (1996: 21-22, y 2000: 31), si el requerimiento es notarial ha de revestir la forma de acta y es inútil discutir si es de requerimiento o de notificación, puesto que su régimen se ha unificado tras la reforma del Reglamento Notarial de 8 de junio de 1984 (cfr. art. 202 RN).

(55) AZPITARTE CAMY, 1990: 17-18. Según este autor, «[c]onviene no olvidar que caben, y han existido, hipotecas unilaterales en favor de personas inexistentes o de identificación difícil y dudosa, o de quienes a veces ni se han enterado de la hipoteca constituida a su favor. Mientras tanto —a veces un tanto de tiempo muy largo—, la hipoteca unilateral ha podido funcionar fraudulentamente como hipoteca de propietario, taponando la agresión a su patrimonio de legítimos acreedores. Figurando este domicilio en la escritura, aunque acreedores u otros terceros no tengan derecho al requerimiento del artículo 141 LH, sí que podrán dirigirse al eventual acreedor, probando interés legítimo, y requerirle para que manifieste si la obligación garantizada con la hipoteca existe y en qué cuantía, y si tiene o no formada voluntad sobre la aceptación o rechazo de la hipoteca constituida a su favor u otra circunstancia que interese legítimamente al requirente».

La STS de 7 de marzo de 1989 (RAJ 1989, 2022) recuerda que «tratándose de un acto unilateral del hipotecante, cualquier oscuridad en alguna de las cláusulas contenidas en la escritura no debe favorecerle —art. 1.288 del Código Civil— ni mucho menos servir de base para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca constituida, la cual el Banco se limitó a aceptar con posterioridad». La aplicación del criterio de la *interpretatio contra proferentem* es un elemento que se debe tener en cuenta en caso de constitución unilateral de

En la RDGRN de 26 de junio de 1979 (56) se examina «si procede cancelar, sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, una hipoteca unilateral cuando en el Registro consta extendida la nota marginal de haber sido aceptada». Es evidente que, así planteada, la cuestión presenta una sencillez que hace sorprendente que llegara hasta la Dirección General. Sin embargo, los matices del caso concreto son bastante más complejos: «en el Registro de la Propiedad aparece inscrita [...] una hipoteca unilateral a favor del “Banco de Aragón” constituida por los consortes don Vicente S. Ll. y doña Carmen B. C., lo cual concuerda con la escritura de constitución de hipoteca de 30 noviembre 1965, y [...] por nota marginal consta que “la hipoteca que expresa la adjunta inscripción ha sido aceptada por el ‘Banco de Aragón’”, por lo que no cabe duda de que la aceptación, según el Registro, se contrae a la hipoteca constituida por ambos cónyuges [...] [A]l constar por nota marginal la aceptación de la hipoteca a que se refiere la escritura de 30 de noviembre de 1965, no procede acceder a la pretensión cancelatoria del recurrente, por no darse el supuesto de hecho que contempla el párrafo 2.º del artículo 141 LH como requisito para que la hipoteca pueda cancelarse a petición del dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

La razón de la controversia se explicita más adelante: «si bien la parte dispositiva de la escritura, de 24 de marzo de 1966, expresa que los representantes del Banco de Aragón “aceptan la constitución de hipoteca unilateral otorgada por la Compañía mercantil anónima Construcciones Sellés, S. A.” es lo cierto que del conjunto de la escritura se deduce con claridad y corrección que la hipoteca aceptada es la constituida por el matrimonio S. B., ya que a esta hipoteca se refiere expresamente el expositivo primero, letra *b*), de la escritura de aceptación, y así se deduce también del hecho de coincidir en todos sus datos y circunstancias de identidad, extensión, linderos, responsabilidad a que están afectas, etcétera, las fincas gravadas con la hipoteca uni-

hipoteca, sin que se suela entrar en el real grado de intervención que el acreedor o los acreedores beneficiarios tienen en su concreta redacción. Recuérdese el planteamiento de la RDGRN, de 28 de septiembre de 1983 (RAJ 1983, 7023), relativa a si las escrituras de constitución unilateral de hipoteca debían entrar a turno de reparto en el caso de que uno de los acreedores favorecidos fuera entidad sometida a dicho turno. Según esta Resolución, «cuando se constituye una hipoteca por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada conforme a lo dispuesto en el artículo 141 LH, la persona o personas a cuyo favor se establece o inscribe tal hipoteca, mientras no la acepte, no adquiere derecho ni obligación alguna y, desde luego, por hipótesis, carece de toda intervención en la escritura otorgada por el constituyente, por lo que no existe razón que justifique la sujeción de tal escritura a turno de reparto por el simple hecho de que el acreedor favorecido sea —bien individualmente, bien en unión de otros acreedores no sujetos— una entidad inequívocamente sometida a turno conforme a lo dispuesto en el artículo 126 RN».

(56) RAJ 1979, 2597.

lateral descritas en la escritura de constitución de ésta, con las que aparecen reseñadas y descritas en la escritura de aceptación por el “Banco de Aragón” [...] [A] mayor abundamiento [...] también la propia cláusula dispositiva ofrece base suficiente para entender que, en virtud de la escritura de 1966, se acepta la hipoteca constituida por el mencionado matrimonio, como puede deducirse de la alusión y remisión que a la escritura de constitución de esta hipoteca hace la citada cláusula al decir que la hipoteca unilateral es aceptada “en todas sus partes conforme quedó estructurado en la repetida escritura autorizada por el fedatario de la presente en 30 noviembre 1965” [...] [D]e todo lo expuesto se deduce que el funcionario calificador procedió en su día a extender correctamente la nota marginal solicitada, y este asiento, de acuerdo con el artículo 1.º LH, se encuentra bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud hasta tanto que con arreglo a los procedimientos señalados en el artículo 40 de la misma Ley se inste por los interesados la oportuna rectificación y sin que sea el recurso gubernativo el procedimiento adecuado para la finalidad pretendida».

Parece bastante evidente que el matrimonio hipotecante pretendía utilizar el manifiesto lapsus del banco aceptante para conseguir la cancelación de la hipoteca unilateral. Dado que la Dirección General relativiza el error padecido, no se plantea siquiera la existencia del requerimiento que prevé el artículo 141.II LH.

5.4. EFECTOS DEL REQUERIMIENTO

El requerimiento del dueño de la finca no comporta, como se desprende con total claridad del texto legal, la cancelación de la hipoteca de constitución unilateral. Sus efectos característicos deben ponerse en relación con el plazo de dos meses que prevén los artículos 141.II LH y 237 RH. Por ello, es preciso distinguir dos hipótesis (57):

- a) Hasta que transcurren los dos meses: el dueño de la finca no puede cancelar unilateralmente, y el acreedor puede aceptar y su manifestación tiene plena eficacia adquisitiva.
- b) Transcurridos los dos meses, sin que ni uno ni otro hayan actuado, sólo actuará eficazmente, desde la perspectiva registral, el que lo haga antes (58): si el dueño de la finca cancela, el acreedor ya no puede aceptar la hipoteca, y si el acreedor acepta la hipoteca, el dueño ya no puede solicitar que se cancele.

(57) PAU PEDRÓN, 1996: 24.

(58) Vid. RDGRN de 22 de abril de 1996 (RAJ 1996, 3240).

6. EL TRANSCURSO DEL PLAZO LEGAL DE DOS MESES DESDE EL REQUERIMIENTO

Desde el requerimiento efectuado por el dueño de la finca, el acreedor, en cuyo favor se ha constituido la hipoteca unilateral, dispone de un plazo de dos meses durante los cuales sólo resulta efectiva su aceptación y la cancelación es inoperante (59).

La duración legal de ese plazo en beneficio del acreedor es de dos meses. Ahora bien, como se ha destacado (60) oportunamente, puede suceder que la duración de ese plazo se vea afectada por la previsión de las reglas 5.^a y 7.^a del artículo 131 LH (61): notificada al acreedor beneficiario de una hipoteca unilateral la iniciación del procedimiento judicial sumario, cabe que, transcurridos treinta días desde la notificación, se proceda a la subasta de la finca y ello comporte la cancelación de la hipoteca unilateral.

6.1. MODIFICACIONES CONVENCIONALES DE LOS CRITERIOS LEGALES

En este punto, las principales dificultades se plantean acerca del alcance que tiene la autonomía privada en la modificación de los parámetros legales. Debemos plantearnos dos cuestiones distintas: por un lado, la posibilidad de modificar la duración del plazo legal de dos meses que prevé el artículo 141II LH, sea aumentándolo, sea reduciéndolo; y, por otro, la posibilidad de modificar el *dies a quo* del cómputo de ese plazo de dos meses, evitando o matizando la necesidad de requerimiento.

Como es obvio, la modificación de la duración del plazo de dos meses puede efectuarse bien aumentándola, bien reduciéndola. Conviene analizar, en uno y en otro caso, cuáles son los intereses en conflicto que eventualmente

(59) Tras haber identificado como características básicas de la hipoteca unilateral un régimen especial de perfección y «un especial condicionamiento de la cancelación (en el plano negocial, de la revocación de la oferta)», lo cual exige que la oferta en cuanto al fondo deba reunir todo el contenido del contrato y en cuanto a la forma deba adoptar la que es constitutiva, SANCHO REBULLIDA (2001: 260-261) indica que «[h]ay aquí, en suma, una disociación de los dos momentos consensuales perfectivos del negocio, oferta y aceptación, junto al deber jurídico del constituyente de no revocar la oferta durante el plazo legal de caducidad [...] y a la retroacción de efectos al momento de la oferta formal que, sin embargo, sólo con la aceptación se desencadenan. De este modo, hasta la aceptación del acreedor o la caducidad de la declaración del dueño, lo que existe y es oponible a tercero es un aviso de hipoteca posible, dada la irretirabilidad de la oferta del hipotecante y la retroactividad de la aceptación del favorecido». También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1998: 336) habla de «especial condicionamiento» de la cancelación.

(60) AZPITARTE CAMY, 1990: 21.

(61) Vid. artículos 689 y 691 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

pueden verse afectados por esa modificación. Téngase siempre en cuenta el carácter legalmente (62) incompleto del transcurso de ese plazo, legal o convencional: en primer lugar, será necesario el requerimiento del dueño de la finca; y en segundo lugar, siempre es preciso el otorgamiento posterior de la escritura cancelatoria.

El acortamiento del plazo en que tan sólo es eficaz la aceptación no perjudica al dueño de la finca (que ve cómo se anticipa el momento a partir del cual podrá proceder a la cancelación de la hipoteca) ni a los otros acreedores (63) —que indirectamente (64) ven reducido el tiempo de incertidumbre sobre la efectiva y definitiva existencia de la hipoteca—. Realmente el perjudicado por esa reducción del plazo únicamente es el acreedor en cuyo favor se ha constituido unilateralmente la hipoteca. ¿Tiene ese perjuicio la suficiente entidad como para determinar la imperatividad del plazo legal? A nuestro juicio, si se tiene en cuenta que nos hallamos ante una constitución unilateral de hipoteca, que *per se* no supone asunción de obligación alguna por parte del acreedor (65), resulta difícil no admitir la posibilidad de limitar temporalmente el período de monopolio por parte de ese acreedor de la facultad de aceptar o no.

El alargamiento del plazo de dos meses presenta otros matices. No puede decirse, como en el supuesto anterior, que esa ampliación resulta intrascendente para el dueño de la finca: cuanto mayor sea dicho plazo, mayor ha de ser también el período durante el cual la única persona legitimada para decidir el destino de la hipoteca de constitución unilateral es el acreedor en cuyo favor se estableció. Parecidas, o quizá más graves, consecuencias tiene ese aumento en el resto de acreedores: mayor es la incertidumbre y las dudas acerca del valor que ese bien puede tener en una eventual venta. Sin duda

(62) Más adelante se analiza la posibilidad de una cláusula de caducidad de la facultad de aceptación del acreedor.

(63) Nos referimos, obviamente, a acreedores que no sean hipotecariamente de mejor rango.

(64) Decimos indirectamente porque, como es lógico, no es suficiente el transcurso de ese período para que se elimine ese gravamen: siempre será necesaria posteriormente la cancelación.

(65) «Si cabe constitución unilateral de hipoteca —sin correlativa adquisición—, ello es debido a su peculiar naturaleza de ese derecho [*sic*]. De la hipoteca sólo deriva una “carga de pagar” que afecta únicamente al bien hipotecado. La esencia de la hipoteca —a la vista del art. 1.876 del Código Civil— radica en que *sujeta* directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone. El lado *pasivo* o *de gravamen* absorbe todo el contenido de la figura; el lado *activo* o *de derecho* implica únicamente la facultad de hacer efectivo el *gravamen*: la facultad de exigir la enajenación. Esta “carga” que supone la hipoteca unilateral —como toda hipoteca— no exige, necesaria y automáticamente, una correlativa adquisición por el acreedor» (PAU PEDRÓN, 1995: 2005-2006, y 1996: 13).

ninguna la única persona que de modo directo (66) se beneficia de esa ampliación del plazo bimensual es el acreedor en cuyo favor se constituye la hipoteca unilateral, pues dispone durante más tiempo del monopolio decisorio acerca de la pervivencia de la hipoteca. Por la vía del alargamiento del plazo (por ejemplo, cuatro años) es fácil de imaginar una práctica exclusión del poder de agresión de otros acreedores respecto al bien sujeto a hipoteca unilateral. El riesgo de estipulación abusiva que en este caso se plantea tiene tal envergadura que, a nuestro juicio, no debe admitirse la cláusula por la que se amplíe el plazo legal (67).

A la vista de la trascendencia que se atribuye al transcurso de esos dos meses previstos en los artículos 141.II LH y 237 RH, no cabe tampoco minimizar la relevancia de una adecuada fijación del momento en que se inicia dicho plazo. Prueba de la importancia de la cuestión son las ocasiones en que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado al respecto.

El plazo de dos meses ha de contarse desde la fecha del requerimiento y, según la doctrina (68), probablemente, ni desde la fecha en que se inicia el acta de requerimiento, sino desde la fecha de la diligencia de notificación. Puesto que no existe disposición en contrario, los dos meses que prevé el artículo 141.II LH se computan de fecha a fecha (art. 5 del Código Civil). Sobre esta concreta cuestión no se ha manifestado el Centro Directivo que, en cambio, sí ha abordado otras posibilidades para rechazar su relevancia (al menos, en el ámbito registral).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha negado que pueda considerarse como *dies a quo* el día del otorgamiento de la escritura de constitución. La RDGRN de 23 de septiembre de 1987 considera que «el plazo [...] no habrá de contarse desde la fecha del otorgamiento, que de momento queda en el secreto del Protocolo notarial, sino desde que la posibilidad de esta opción sea conocida por los beneficiarios». Aunque aquí parece establecerse el *dies a quo* en el momento de conocimiento por parte de

(66) Descartamos ahora el caso de confabulación fraudulenta entre dueño de la finca y acreedor.

(67) De lo expuesto en el texto se deduce que compartimos en lo esencial las consideraciones de AZPITARTE CAMY (1990: 26): «[o]tra cláusula posible es la que acorte el plazo de sesenta días, plazo que puede resultar muy largo para el hipotecante en ciertos supuestos de hecho, especialmente cuando la no aceptación le obligue a tomar determinada conducta o alternativa que sería tardía si transcurriesen los citados sesenta días. También cabe el pacto que alargue el citado plazo, aunque aquí la justificación es más dudosa, e incluso llega a alterar la seguridad de personas extrañas a la hipoteca unilateral. Ambos pactos son de posibilidad dudosa, aunque me inclino por la del primero —la de acortar el plazo—. Pero creo que el Registrador se negaría a su inscripción y habría que estar a los resultados de un recurso».

(68) PAU PEDRÓN, 1996: 24; y 2000: 32, y AZPITARTE CAMY, 1990: 21.

los beneficiarios, con independencia de su cauce formal, luego la Resolución regresa a la ortodoxia aludiendo a notificación a los interesados (69).

Esa ortodoxia se reitera con contundencia en una serie de Resoluciones posteriores en las que la Dirección General niega que el momento en que el

(69) En verdad, esta Resolución reúne tantos puntos de interés a nuestros efectos que merece un examen detenido. La RDGRN de 23 de septiembre de 1987 (RAJ 1987, 6571) analiza un supuesto en que un matrimonio había constituido hipoteca unilateral de máximo sobre una finca urbana, en favor de siete entidades bancarias, entre ellas el Banco Hispano Americano. En la escritura se contenía una cláusula en cuya virtud «[l]as entidades bancarias a favor de las que se otorga la presente escritura, no obstante lo dispuesto en el artículo 141 LH, podrán aceptar y adherirse a la presente escritura sólo antes de dos meses en cuya fecha caducará dicha opción, por lo que la entidad bancaria que no lo hubiere afectado en el término señalado perderá tal posibilidad». Aparte de la defectuosa redacción de esa cláusula, es llamativa, como luego señalará la Dirección General, la fijación de un plazo preclusivo de dos meses para la aceptación de la hipoteca unilateral sin que se establezca el *dies a quo*. Es cierto que una interpretación de esta cláusula en el conjunto de la escritura puede llevar a pensar que el plazo comienza precisamente con el otorgamiento de la escritura pública, pero es una cuestión más propia de los Tribunales que del Centro Directivo. Dentro del plazo expresado fue aceptada la hipoteca por las diversas entidades acreedoras, con excepción de los Bancos Central, de Fomento y Bilbao, que ni entonces ni después aceptaron la hipoteca constituida en su favor.

El Banco Hispano Americano dirigió instancia al Registrador de la Propiedad solicitando, al amparo del artículo 82.II LH, la cancelación de la hipoteca constituida a favor de los Bancos que no habían aceptado. El Registrador de la Propiedad denegó la cancelación, entre otros motivos, por «no haberse practicado requerimiento al acreedor, trámite ineludible que no puede ser sustituido por un plazo de caducidad; corresponde la legitimación activa al acreedor y sólo por razones prácticas se presume su consentimiento y se concede al dueño de la finca, y sólo a él, la facultad de pedir tal cancelación; debe realizarse la petición, en todo caso, mediante título público pudiendo también ordenarse por medio de la oportuna resolución judicial, pero en ningún caso por medio de instancia».

La Dirección General comienza por recordar que «[l]a inscripción del derecho de hipoteca, como la de cualquier otro derecho real, puede ser cancelada cuando el derecho inscrito resulte extinguido según el mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción —cfr. art. 82.II LH—. Esta cancelación podría ser pedida indistintamente por cualquier interesado en asegurar un derecho inscrito que resulte beneficiario por la cancelación (cfr. art. 6.º LH). Si bien, nunca bastaría una simple instancia, sino que habría de presentarse como título «la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción», la cual sería título suficiente para cancelarla «si resulta de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado», por la inscripción, «ha caducado o se ha extinguido» —cfr. art. 174.I RH—. Ahora bien, en el presente supuesto, de la escritura en cuya virtud se hizo la inscripción de hipoteca unilateral, no resulta que la hipoteca hubiere caducado o se hubiere extinguido automáticamente, o, cuando menos, no resulta esta caducidad o extinción con la claridad exigible, dado que en su virtud —y contra la regla general (cfr. art. 82.I LH)— va a poder practicarse la cancelación sin el consentimiento de la persona a cuyo favor se ha hecho la inscripción. Porque no es ilógico pensar, aunque ello no se aclare en la escritura, que si en razón de relaciones jurídicas preexistentes se confiere facultad a personas distintas de su otorgante para que puedan aceptar su contenido en el plazo de dos meses, el plazo señalado para esta opción no habrá de contarse desde la fecha del otorgamiento, que de momento queda en el secreto del Protocolo notarial, sino desde que la posibilidad de esta opción sea conocida por los beneficiarios.

acreedor tuvo conocimiento de la constitución de la hipoteca en su favor pueda considerarse *dies a quo* para el cómputo de esos dos meses. La RDGRN, de 6 de noviembre de 1990, expresa con toda claridad que, a pesar de que habrían transcurrido más de dos meses desde la expedición de copia de la escritura de constitución unilateral para la entidad en cuyo favor se constituía, no es posible la cancelación de la hipoteca unilateral: «[n]o es bastante el conocimiento de la hipoteca por la entidad favorecida para que, desde entonces, empiece a correr el plazo de dos meses a que estos preceptos [arts. 141 LH y 237 RH] se refieren; para que empiece a correr este plazo se requiere una especial intimación o requerimiento» (70). Téngase en cuenta,

Mas este dato, el de la notificación, no consta como documento presentado. Y aunque constara, tampoco, por sí, sería suficiente para acreditar el hecho que determina según la escritura de constitución, la caducidad del derecho de opción, puesto que esta caducidad depende de un hecho negativo que se escapa de las posibilidades de prueba auténtica: que las entidades beneficiarias no hayan aceptado o se hayan adherido a la escritura de constitución del derecho de hipoteca antes de que hubieren transcurrido esos dos meses (lo que puede haber ocurrido aunque de la oportuna aceptación o adhesión no haya todavía constancia en el Registro). Así pues, aunque con razonamiento distinto, se llega ahora sustancialmente a las mismas conclusiones que el Auto apelado y la Nota del Registrador. No es, en este supuesto, posible la cancelación conforme a las reglas previstas en el artículo 82.II LH y disposiciones concordantes. Si quiere procederse a la cancelación de la hipoteca unilateral sin consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó, habrán de aplicarse las reglas contenidas en el artículo 141.II LH y [art.] 237 RH y, en consecuencia, procede confirmar los defectos observados».

Realmente alguna de las frases de esta Resolución resulta un tanto enigmática: ¿acaso está diciendo la Dirección General que es suficiente con que la aceptación se produzca dentro del plazo de dos meses, aunque de esa circunstancia no exista constancia registral en dicho plazo? Más bien parece que se trata de una posibilidad derivada de las particulares condiciones recogidas en la cláusula de caducidad que motiva la discusión.

(70) La RDGRN de 6 de noviembre de 1990 (RAJ 1990, 9311) se plantea una cuestión que la propia Dirección General considera «muy simple»: «si para que sea posible a petición del dueño de una finca la cancelación de una hipoteca constituida unilateralmente es bastante acreditar que transcurrieron dos meses desde que se expidió copia de la escritura de constitución de esta hipoteca (por cierto, antes de su inscripción) para la entidad en cuyo favor se constituía. Evidentemente y conforme al artículo 141 LH y [al art.] 237 RH no es bastante el conocimiento de la hipoteca por la entidad favorecida para que, desde entonces, empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren; para que empiece a correr este plazo se requiere una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses, sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó. No se trata ahora de enjuiciar si el ejercicio del derecho a aceptar sería o no conforme a la buena fe —lo que además se escaparía a las posibilidades de la calificación registral— sino sólo de determinar si el ejercicio del derecho a cancelar aparece ajustado a las condiciones estrictas que señala el ordenamiento y, evidentemente, no aparece que estas condiciones hayan sido cumplidas».

Obsérvese que se pretendía que el cómputo del plazo de dos meses comenzara a correr antes de la propia inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, por cuanto se había expedido copia en favor del acreedor. Ahora bien, a la vista del planteamiento

sin embargo, que la Dirección General evita expresamente pronunciarse acerca de la buena o mala fe de quien, pese a haber tenido ya conocimiento de la constitución unilateral de hipoteca, impide la cancelación en tanto no haya requerimiento (71). Igualmente rotunda es la doctrina contenida en las RRDGRN de 21 de noviembre de 1990 (72), de 4 de abril de 1991 (73) y de 28 de octubre de 1992 (74).

Más recientemente, esa doctrina vuelve a reiterarse en la RDGRN, de 3 de junio de 2000 (75), donde se afirma también que «[n]o es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, empiece a correr el plazo de dos meses a que estos preceptos [arts. 141 LH y 237 RH] se refieren, ya que para que empiece a correr este

del Centro Directivo, no parece que la circunstancia de la inscripción de la hipoteca de constitución unilateral implique cambio de criterio, a pesar de su carácter constitutivo.

El Registrador de la Propiedad había suspendido la inscripción de la cancelación por otro motivo adicional. Existía nota, al margen de las inscripciones, acreditativa de haberse expedido la certificación registral de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 LH, por lo que al constar que la hipoteca estaba en ejecución, no podía cancelarse mediante escritura pública otorgada por el deudor, pues existía el obstáculo registral de tal nota marginal. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había, sin embargo, rechazado este aspecto de la nota de calificación.

(71) Como subraya AVILA NAVARRO (1996: 1185), la insuficiencia del transcurso de dos meses desde la expedición de copia a instancia del acreedor es independiente de que la aceptación haya sido o no de buena fe, lo que escapa a las posibilidades de la calificación registral. RODRÍGUEZ CEPEDA (1992: 2228) que sugiere que «la aceptación producida después de la escritura de cancelación [pero antes de transcurridos los dos meses] roza el “retraso desleal”».

(72) La RDGRN de 21 de noviembre de 1990 (RAJ 1990, 9328) coincide con la de 6 de noviembre de ese mismo año en la doctrina que contiene y en la circunstancia fáctica de que la copia de la escritura de constitución (en favor del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios) se había expedido antes de la inscripción de la hipoteca unilateral.

(73) La RDGRN de 4 de abril de 1991 (RAJ 1991, 3133) mantiene esta doctrina, si bien cabe destacar que consta que tras la pretensión de cancelación el acreedor en cuyo favor se había constituido la hipoteca unilateral se apresuró a aceptar y que no se especifica si la copia expedida a favor de ese acreedor había sido anterior o posterior a la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. La deuda garantizada superaba los seiscientos millones de pesetas y se pretende cancelar la hipoteca unilateral seis años después de su otorgamiento en favor del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios.

(74) También en esta RDGRN de 28 de octubre de 1992 (RAJ 1992, 8583) la expedición de la copia era anterior a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Téngase en cuenta, además, que la hipoteca se había constituido unilateralmente en 1983 en garantía de unas deudas cercanas a los dos mil millones de pesetas en favor del Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios y que no es sino en 1990 (es decir, transcurridos siete años desde la escritura y de la expedición de copia) cuando la sociedad deudora trata de cancelarla, motivando la inmediata aceptación del Fondo de Garantía de Depósitos.

(75) RAJ 2000, 7327.

plazo se requiere una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó [...] Por ello ha de confirmarse el criterio del Registrador, toda vez que la escritura calificada —único documento presentado— no acredita que la notificación a la sociedad acreedora favorecida por la hipoteca contenga advertencia alguna sobre la posibilidad de cancelación del gravamen a instancia del dueño de la finca en los términos reglamentariamente establecidos». La particularidad de este supuesto, además de la omisión de cualquier referencia a la buena o a la mala fe del acreedor hipotecario en el plano extrarregistral, estriba en que en la escritura de constitución de la hipoteca se requirió al Notario autorizante para que notificase a la sociedad favorecida esa constitución, a los efectos del artículo 141 LH, y esa notificación «se efectuó mediante envío de copia simple de la misma por correo certificado y con aviso de recibo al domicilio de la citada sociedad el día 20 de febrero de 1996, tal y como resulta de la nota puesta en la primera copia de escritura de constitución de hipoteca unilateral». La Dirección General no cuestiona la forma en que se notificó a la sociedad favorecida la constitución de la hipoteca, sino la falta de los requisitos previstos en los artículos 141 LH y 237 RH. El Centro Directivo no entra a valorar el informe del Notario autorizante de la escritura de cancelación (76) que destacaba las diferencias entre este supuesto y los analizados por las anteriores Resoluciones sobre la cuestión: a juicio del Notario, en los otros casos, el acreedor únicamente había tenido conocimiento de la existencia de la hipoteca a través de la expedición de la copia de la escritura correspondiente, sin que se le hiciese notificación o intimación al respecto; en cambio, en este supuesto, se notifica al acreedor la existencia de la hipoteca «a los efectos del artículo 141 LH», con lo que la notificación también se refiere al párrafo segundo de ese precepto, «sin que la intimación o requerimiento deba tener forma “sacramental”» (77).

¿Siempre es necesario esperar los dos meses previstos en la Ley y el Reglamento Hipotecarios? Cuando el requerido conteste (bien dentro de

(76) Otro fue el Notario autorizante de la escritura de constitución y, por tanto, el que notificó a la sociedad acreedora.

(77) El Notario considera que «el expediente está incompleto al no haberse traído a él la escritura de constitución de la mencionada hipoteca, donde debe constar el resultado de la notificación o requerimiento efectuado por el Notario autorizante de dicha escritura, y convendría comprobar también si la inscripción en el Registro de la Propiedad refleja la notificación o requerimiento».

la propia acta de requerimiento, bien en acta posterior de notificación notarial) el requerimiento rechazando o no admitiendo la constitución unilateral de hipoteca, no parece necesario que transcurran además esos dos meses (78). Pero en ese caso el problema no radica en el cómputo del plazo, sino en los requisitos formales que deben concurrir en la cancelación. Dada la explícita y general exigencia de escritura pública cancelatoria (cfr. art. 237.II RH), se ha afirmado (79) que no basta para la cancelación la presentación de la copia del requerimiento efectuado al acreedor, en que éste rechaza o no admite la hipoteca unilateral, acompañado de una solicitud privada de cancelación del dueño de la finca. En cambio, otros autores (80) consideran que aunque el artículo 237 RH exija «escritura» otorgada por el «dueño de la finca», también el acta que contenga la declaración del acreedor de no aceptar será título adecuado para cancelar: el Reglamento Hipotecario sólo está contemplando el supuesto ordinario de que no se conteste al requerimiento y la voluntad de no aceptar se forme con posterioridad (81).

7. EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA CANCELATORIA POR EL DUEÑO DE LA FINCA

El artículo 141.II LH se limita simplemente a establecer que la hipoteca de constitución unilateral se podrá cancelar a petición del dueño de la finca,

(78) En este sentido, ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568.

(79) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568.

(80) PAU PEDRÓN, 1996: 28.

(81) La cuestión ya había sido planteada por DE LA RICA (1976: 423-424): «nada dice el Reglamento respecto a la hipótesis de que el requerido haga constar formalmente al contestar al requerimiento que no acepta la hipoteca. ¿Será entonces título bastante para la cancelación la copia de dicho requerimiento? ¿O habrá de otorgarse también por el dueño del inmueble la correspondiente escritura cancelatoria? Si se adopta el criterio de considerar la inscripción de hipoteca unilateral como sujeta a una condición suspensiva (la aceptación por parte del hipotecarista), bastará el documento fehaciente acreditativo del incumplimiento de la condición —a lo que equivale la repulsa del titular requerido— para proceder a la cancelación, e incluso ésta podría practicarse por medio de nota marginal conforme al artículo 23 de la Ley. Pero si se reputa la hipoteca unilateral como constituida puramente mediante la inscripción, y pendiente tan sólo su eficacia de la aceptación, entonces deberá estimarse necesaria la escritura cancelatoria otorgada por el dueño, aunque, como es lógico, en este supuesto de no aceptación expresa no habrá necesidad de esperar a que transcurran los dos meses desde el requerimiento. Me inclino a la segunda solución, por razón de analogía con lo dispuesto por el Reglamento para el caso de no aceptación tácita o transcurso de los dos meses, y considero necesaria la escritura pública de cancelación, aunque la primera solución no deja de apoyarse en razones de peso».

pero no indica el cauce formal de esa petición. La cuestión aparece explícitamente resuelta por el artículo 237.II RH, donde se alude al otorgamiento de la correspondiente escritura cancelatoria.

Con esta previsión del artículo 237.II RH, el mecanismo formal de la cancelación por el dueño de la finca se reconduce sin excesivas dificultades a la previsión general contenida en el artículo 3 LH (82). La indicación reglamentaria se considera «conveniente» (83) porque desvanece las dudas que, en caso contrario, hubieran podido surgir acerca de la posibilidad de practicar la cancelación con sólo solicitud escrita del dueño, acompañada de copia auténtica del requerimiento y una vez transcurridos los dos meses. La posibilidad prevista en el artículo 237 RH no excluye, obviamente, la cancelación por sentencia judicial (84).

Ante la claridad del precepto reglamentario, la Dirección General no se ha enfrentado ante excesivos problemas en la interpretación de esta exigencia (85). Tan sólo la ya citada RDGRN, de 23 de septiembre de 1987, mencionó, en una referencia incidental, que para cancelar una hipoteca cuando su extinción resulta del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción (art. 82.II LH), «nunca bastaría una simple instancia, sino que habría de presentarse como título “la misma escritura en

(82) Vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568, y CHICO Y ORTIZ, 1994: 1479. DE LA RICA (1976: 423) destaca también su relación con el artículo 179 RH.

(83) Calificativo de DE LA RICA, 1976: 423.

(84) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568, y PAU PEDRÓN, 1996: 17.

En la RDGRN de 11 de enero de 1993 (RAJ 1993, 439), se cuestiona «si para proceder a la cancelación de una hipoteca constituida unilateralmente y respecto de la que consta ya inscrita la aceptación por el acreedor hipotecario, es título suficiente el mandamiento judicial por el que en ejecución de una sentencia penal firme se ordena que se haga constar la nulidad de la escritura de constitución unilateral de hipoteca; la sentencia penal que decreta la nulidad declara que la otorgante fue compelida a su otorgamiento empleando violencia e intimidación en acción constitutiva del delito de extorsión, pero en ninguno de los títulos presentados aparece que en el procedimiento haya intervenido como parte el que en el Registro aparece como acreedor hipotecario [...] [N]o 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».

(85) En la RDGRN de 22 de abril de 1996 (RAJ 1996, 3240), se pretendió cancelar una hipoteca unilateral ya aceptada mediante una instancia privada. La Dirección General recordó que esa cancelación «ha de ajustarse al régimen general del artículo 82.I LH, siendo preciso, en principio, el consentimiento del titular registral, el cual ha de prestarse, además, en documento auténtico (vid. art. 3 LH), lo que también exige el artículo 237 RH para esa cancelación facilitada que aquí, según lo antes dicho, no tiene aplicación».

cuya virtud se haya hecho la inscripción”, la cual sería título suficiente para cancelarla “si resulta de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado” por la inscripción “ha caducado o se ha extinguido” (cfr. art. 174.I RH)» (86).

7.1. LEGITIMACIÓN PARA LA CANCELACIÓN

La legitimación (87) respecto a la facultad de instar la cancelación corresponde a quien sea dueño de la finca en el momento de solicitarla, con independencia de quien lo fuera en el momento de constituir la (88). La cuestión es, en este punto, absolutamente rotunda, pues los artículos 141 LH y 237 RH se refieren claramente al dueño de la finca y no al hipotecante. Es más: quien otorgue la escritura pública de cancelación puede ser persona distinta a quien en su momento efectuó el requerimiento previsto en esos preceptos. La legitimación compete a quien en cada momento sea dueño de la finca, con independencia de anteriores vicisitudes. Nada impide, por tanto, que una persona constituya unilateralmente la hipoteca, otra requiera al acreedor y sea otra distinta la que otorgue la escritura de cance-

(86) En caso de hipoteca unilateral constituida en favor de la Administración, el título adecuado para la cancelación es también la escritura pública y no el documento administrativo, porque la hipoteca es una relación de derecho privado: vid. PAU PEDRÓN, 1996: 17, y 2000: 33.

(87) Un problema que ha preocupado a la doctrina (PAU PEDRÓN, 1995: 2010-2011; y 1996: 14-15, y AZPITARTE CAMY, 1990: 19-20) es el de cuándo debe apreciarse la capacidad para constituir y para aceptar una hipoteca unilateral. Obviamente, la cuestión no tiene como objetivo primordial aludir al régimen de menores e incapaces, sino a las situaciones de insolvencia empresarial y la posible retroacción de los efectos de la quiebra. De entrada, hay que indicar que, en buena medida, la solución viene determinada por la postura que se adopte en orden a la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral. En la jurisprudencia es destacable la STS de 1 de junio de 1992 (RAJ 1992, 4982): el banco aceptó la hipoteca seis años después de haberse constituido unilateralmente, cuando la sociedad deudora se encontraba en quiebra. Para el Tribunal Supremo resulta indiferente la situación jurídica de la sociedad deudora en el momento de la aceptación, pues ésta se produce con plena independencia de aquélla y en momentos distintos. Desde el punto de vista de la cancelación, la cuestión de la capacidad del dueño de la finca no plantea excesivos problemas; en todo caso, cabe preguntarse qué ocurre si en el momento de la constitución el acreedor era capaz y no lo es en el del requerimiento o la cancelación.

(88) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 568. Para las particularidades en cuanto a la legitimación en caso de hipoteca testamentaria, vid. JORDANO FRAGA, 1999: 283. Téngase en cuenta que, según PAU PEDRÓN (2000: 29-30), la hipoteca testamentaria no es una hipoteca unilateral, sino bilateral, ya que para su inscripción es necesaria la presentación simultánea en el Registro de los consentimientos del testador-hipotecante y del legatario-pensionista: no es posible la inscripción de la constitución testamentaria sin constancia de la aceptación.

lación, siempre que en cada momento se ostente la condición de dueño de la finca (89).

El legislador no se plantea la posibilidad de que sujetos distintos al dueño de la finca puedan estar interesados en la clarificación de los gravámenes sobre la misma. Acaso parte el legislador hipotecario de que siempre el dueño de la finca será el principal y más diligente interesado en liberar su finca de ese especial gravamen que supone la hipoteca unilateral no aceptada. Mas con ello olvida claramente los casos en que el dueño de la finca utiliza el mecanismo de la hipoteca de constitución unilateral como obstáculo para la satisfacción de los créditos de individuos distintos a aquel en cuyo favor se ha constituido la hipoteca.

En la doctrina se puso de manifiesto la proximidad del mecanismo previsto en el artículo 141.II LH con el remedio dispuesto por el artículo 1.005 del Código Civil para incitar al heredero a que se decida a aceptar o repudiar la herencia (90). Mas lo que importa ahora destacar es que en ese precepto del Código Civil la legitimación para efectuar esa *interrogatio in iure* se plantea con una amplitud que no aparece en la Ley Hipotecaria, ya que cualquier «tercer interesado» puede promoverla. Esta solución del Código Civil, más lógica puesto que se desarrolla en el ámbito de un procedimiento judicial, contrasta con la extraordinaria restricción que manifiesta en este punto la Ley Hipotecaria. Quizá la referencia a un «tercer interesado» suscitara graves problemas en el ámbito registral, pero es igualmente cierto que la mera referencia al «dueño de la finca» genera serias dificultades y puede desembocar en una utilización torticera de la hipoteca de constitución unilateral.

En efecto, los verdaderos problemas en punto a la legitimación activa no surgen respecto al dueño de la finca, sino respecto a la posibilidad de que otros sujetos puedan efectuar el requerimiento o solicitar la cancelación (91). No cabe ninguna duda del interés que concurre en otros acreedores del dueño de la finca acerca de la superación de las incertidumbres que supone toda hipoteca de constitución unilateral no aceptada. Uno de los principales peligros que pueden derivarse de la proliferación de las hipotecas de constitución

(89) Aunque los hechos no son excesivamente claros, en la STS de 8 de junio de 1977 (RAJ 1977, 2874) se analiza la trascendencia de la cancelación de una hipoteca unilateral no aceptada ante la ulterior transmisión de la finca hipotecada, vendida como libre de gravamen.

(90) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1998: 570, nota 79. Estos autores destacan la diferente trascendencia del silencio del heredero (considerado como aceptación) y del acreedor (considerado como repudiación, al igual que el del heredero en el art. 28 del Código Catalán de Sucesiones).

(91) Acerca de la legitimación de los acreedores para solicitar la inscripción, vid. BLASCO GASCÓ, 2000: 144-145.

unilateral no aceptadas radica precisamente en la incidencia que puede tener en los intereses de otros acreedores. El deudor puede constituir unilateralmente una hipoteca sobre sus inmuebles más valiosos para reducir las posibilidades de éxito de la actuación de sus acreedores y, en connivencia con el individuo beneficiario de esa hipoteca no aceptada, esgrimir la amenaza de una aceptación (con efectos retroactivos: cfr. art. 141.I LH) para así conseguir un trato más favorable de sus acreedores. La situación, no hace falta insistir en ello, se asemeja a la llamada hipoteca de propietario, rechazada por nuestro sistema hipotecario (92).

En rigor, parece oportuno distinguir tres posibilidades:

- a) Supuesto en que los otros acreedores del deudor carecen de garantía hipotecaria (93).

(92) La situación ha sido magistralmente descrita por AZPITARTE CAMY (1990: 24-25), por lo que, pese a su extensión, nos permitimos transcribir sus palabras: «El régimen legal de la citada situación de pendencia me parece merecedor de crítica negativa, pues propicia una larga situación provisional en la que caben abusos y hasta fraudes, sin perjuicio de que probados éstos proceda la represiva sanción judicial. La posible situación de abuso o fraude se incrementa cuando la hipoteca unilateral lo es de obligación futura, de obligación que todavía no se ha perfeccionado, ni menos cuantificado, y que pueden tardar largo tiempo en una y otra cosa; hipoteca unilateral e hipoteca en garantía de obligaciones futuras, sobre todo si se suman, pueden ser un “coladero” en el Registro de la Propiedad [...] En alargar la situación interina puede tener interés no legítimo el deudor hipotecante cuando garantiza futura obligación que no va a nacer, o conserva sin cancelar la que nacida ya se ha extinguido, y aprovecha la situación de hipoteca unilateral como si fuera la figura alemana de la hipoteca de propietario, prohibida en nuestra legislación, por lo que dificulta la labor de sus acreedores, o quizás dirige la agresión de éstos a patrimonios más cómodos que pueden ser de codeudores del hipotecante unilateral. En estos casos, entiendo que el hipotecante que así actúa y no cancela la hipoteca unilateral puede incurrir en responsabilidad. Todavía es peor el caso, no del todo raro, de hipoteca unilateral preconcebida para tapar el propio patrimonio a la agresión de legítimos acreedores, y se constituye la hipoteca en garantía de una obligación futura que se sabe no existe o no va a nacer, y a veces en favor de persona testafarro, o que no existe, o es de muy difícil identificación [...] La larga situación de provisionalidad puede ser también inducida por el eventual acreedor hipotecario para tener más tiempo de opción entre varios caminos posibles, y hasta puede forzar al deudor a que no practique el requerimiento del artículo 141 LH, porque medios tiene para forzarlo, manteniendo mientras tanto los bienes del deudor en una especie de prolongado embargo preventivo». Un buen ejemplo de algunos de los riesgos de estos mecanismos puede verse en la RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (RAJ 1990, 9333), donde existía una única hipoteca unilateral de máximo constituida por una pluralidad de personas sobre una pluralidad de fincas en garantía de una serie de obligaciones, presentes y futuras. Dado el contenido de la nota de calificación, el Centro Directivo sólo se plantea el grado de determinación de las obligaciones garantizadas.

(93) Las consideraciones que se sostengan aquí pueden trasladarse a los otros supuestos en la medida que la existencia de garantía hipotecaria no excluye que esos otros sujetos sean también acreedores y puedan beneficiarse además de los mecanismos de protección de todo acreedor.

La cuestión estriba, pues, en si esos otros acreedores gozan de legitimación para ejercitar el requerimiento y, en su caso, la cancelación de la hipoteca de constitución unilateral. En una primera impresión, la solución puede venir dada por la aplicación de las pautas de la acción subrogatoria, prevista en el artículo 1.111 del Código Civil (94). Pero hay que reconocer que los presupuestos de ese mecanismo no facilitan precisamente la utilización de esta posibilidad (95). Recuérdese que para que los acreedores puedan «ejercitar todos los derechos y acciones» del deudor, «exceptuando los que sean inherentes a su persona», «para realizar cuanto se les debe», deben «haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor» (96). Téngase en cuenta, además, que el dueño de la finca puede no ser el deudor y en tal caso, los acreedores deben soportar la incertidumbre derivada de cualquier hipoteca unilateral no aceptada. A la vista de lo dispuesto en los artículos 141.II LH y 237 RH, sólo respecto a los acreedores del dueño de la finca puede plantearse el ejercicio de la acción subrogatoria. Y aun en ese caso pensamos que los requisitos del artículo 1.111 del Código Civil hacen poco operativa y flexible esta posibilidad (97).

Todavía en un plano general, el mecanismo pauliano no proporciona mejores resultados (98). No sólo porque parte de una necesaria identificación entre deudor y dueño de la finca que no siempre se dará, sino porque la acreditación del perjuicio pauliano puede ser más difícil ante la evidente constatación de que nos encontramos ante una hipoteca de constitución uni-

(94) La solución habrá de ser distinta si en la conducta del deudor existe fraude de los derechos de sus acreedores. En tal caso, la impugnación habrá de ventilarse a través de los cauces de la acción pauliana.

La STS de 19 de abril de 1993 (*RAJ* 1993, 2890) analiza la declaración de nulidad de una hipoteca constituida unilateralmente (ya aceptada) en favor de dos de los diversos acreedores de una sociedad. El Tribunal Supremo considera que la constitución de esa hipoteca «es una consecuencia más del engranaje doloso y fraudulento que se montó [...] La nulidad de la hipoteca que decreta está avalada con pruebas suficientes del actuar fraudulento y lesivo de la parte que recurre para los intereses de los demás acreedores y concurrentes. La ilicitud de la causa la determina que la hipoteca concertada no cumple ni se acomoda a la autorización judicial, pues lo que realmente intenta proteger son los intereses del «Banco Central Hispano Americano», en su posición de acreedor, pero a costa de los de los demás acreedores que tendrían que soportar los efectos provocados de un crédito que siendo ordinario, como ya se dijo, deliberadamente se le otorga rango de preferencial».

(95) ROMERO VIÉITEZ (1976: 597); PAU PEDRÓN (1995: 2012); y ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1998: 565) admiten que los acreedores del acreedor acepten la hipoteca constituida unilateralmente en su favor a través de la acción subrogatoria.

(96) Entre otras, las STS de 20 de febrero y 16 de marzo de 2001 (*Act.C.* 2001, 696 y 706) demuestran la flexibilidad con la que la jurisprudencia ha acabado por interpretar esta exigencia.

(97) Vid., por todos, JORDANO FRAGA, 1996, y CRISTÓBAL MONTES, 1995.

(98) Vid., por todos, FERNÁNDEZ CAMPOS, 1998.

lateral no aceptada, y que, por tanto, aun no ha ingresado en el patrimonio del acreedor en cuyo favor se constituyó.

La conclusión que se deduce de las anteriores consideraciones resulta bastante clara: no hay mecanismo que con carácter general permita una protección satisfactoria de los restantes acreedores en caso de hipoteca de constitución unilateral no aceptada (99).

(99) La SAP de Barcelona, de 14 de junio de 1993 (*Lunes cuatro treinta*, año 6, núm. 133, págs. 52 y sigs.) declara fraudulenta la quiebra cuando, pocos días antes de la solicitud de declaración de suspensión de pagos, el deudor (primero suspenso y luego quebrado) constituye una hipoteca unilateral en favor de alguno de los acreedores sobre bienes del activo para permitirles realizar su valor a través de ejecución separada. Según esta sentencia, «[e]sa actuación de la deudora entra dentro de la descripción de concreta conducta fraudulenta que contiene el artículo 890.13 del Código de Comercio invocado por el Ministerio Fiscal y aplicado en la sentencia por el señor Juez, pese a que estrictamente no consiste, como señaló la recurrente, en un pago anticipado en perjuicio de los acreedores, a que se refiere la literalidad del precepto. Sin embargo, las normas se han de interpretar atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, que, según el artículo 3.1 del Código Civil, constituyen no sólo un elemento de utilidad en la labor hermenéutica, sino el criterio fundamental que ha de orientarla. Y no hay que olvidar: a) que la acción de pagar no sólo se realiza —aunque así sea estrictamente— mediante la exacta ejecución de la prestación debida —dando una suma de dinero, si ése es el caso—, sino también por medio de los que se conocen como subrogados o sustitutivos del pago, entre ellos la cesión de bienes, negocio por el que el deudor cede los suyos a los acreedores y faculta a los mismos a venderlos en su propio interés; ni b) que la constitución de una hipoteca, durante el período considerado sospechoso, por ser inmediatamente anterior a la suspensión, en beneficio sólo de algunos acreedores, sobre los bienes más importantes del activo para permitirles realizar su valor, en vía judicial, pero mediante una ejecución separada, produce, bien que sin traspaso posesorio, el mismo efecto que aquel subrogado del pago y, al fin, implica una anticipada satisfacción de los créditos favorecidos por la garantía, en perjuicio de los que, seguidamente, fueron llamados a la suspensión y, después, a la quiebra, sin constancia de éxito alguno para sus titulares».

También relaciona la declaración de quiebra y la constitución unilateral de hipoteca la SAP de Zaragoza, de 6 de noviembre de 1996 (*Ar.C.* 1996, 2009). La constitución se efectuó el 8 de febrero de 1993, fue aceptada el 11 de mayo e inscrita en el Registro de la Propiedad el 25 de junio, con lo que es discutible si nos encontramos propiamente ante una hipoteca de constitución unilateral. La fecha de retroacción de los efectos de la quiebra se había fijado en el día 31 de enero de 1993. La sentencia matiza el rigor que se deduce de la literalidad del artículo 878 del Código de Comercio y considera que «la hipoteca impugnada puede ser declarada nula si se juzga perjudicial para la masa de la quiebra, y no prevalece el interés protegible de un tercero de buena fe, sin que sea determinante al respecto, aunque sí un dato de gran importancia, la fecha de retroacción de efectos, de la quiebra [...] En el supuesto litigioso, la hipoteca de la finca y maquinaria de la quebrada —su principal patrimonio— fue constituida unilateralmente por «Cleber Industrial» y ofrecida a varios acreedores, siendo aceptada sólo por uno de ellos, titular de un crédito de aproximadamente 70 millones de pesetas, en tanto que el total pasivo de la empresa —según los escasos datos que obran en el pleito— era de 700 millones, también aproximadamente; por otro lado, tras la inscripción registral de la hipoteca, la deudora presentó suspensión de pagos, sobreseída luego al no aprobarse el convenio, y acto seguido se declaró la quiebra necesaria a instancia de un acreedor. De forma que la extracción, vía ejecución hipotecaria, de los bienes gravados, no sólo perjudica a la masa

Hay un factor adicional que debe tenerse en cuenta en la configuración de las reglas de solución de estos problemas. En la ponderación de los diversos intereses en conflicto tampoco se puede caer en el extremo de permitir una absoluta intervención de los actos de su deudor por parte de sus acreedores. Los mecanismos previstos en el artículo 1.111 del Código Civil evidencian las cautelas que muestra en este ámbito el legislador. No tendría, en consecuencia, buen sentido que cuando uno de los elementos en conflicto fuera una hipoteca constituida unilateralmente y no aceptada debieran modificarse radicalmente esos planteamientos.

- b) Supuesto en que los otros acreedores hipotecarios no se encuentran en situación de cotitularidad con el acreedor en cuyo favor se ha constituido la hipoteca unilateral no aceptada.

El supuesto se identifica con aquél en que la hipoteca de constitución unilateral no aceptada ostenta un rango preferente al de las hipotecas de otros acreedores (100). La circunstancia de disponer de cobertura hipotecaria no implica *per se* un especial mecanismo de defensa frente a la existencia de una hipoteca preferente de constitución unilateral no aceptada. Hay que reproducir, pues, las consideraciones efectuadas anteriormente y la desconfianza acerca de la utilidad de los remedios previstos en el artículo 1.111 del Código Civil. Ahora bien, la existencia de una garantía hipotecaria en favor de esos otros acreedores brinda una posibilidad adicional que merece ser tenida en cuenta: resulta especialmente aconsejable que al negociar esa garantía hipotecaria se establezca un apoderamiento en beneficio del correspondiente acreedor hipotecario para que pueda requerir y, en su caso, cancelar la hipoteca unilateral no aceptada y preferente.

sino que deja a los acreedores prácticamente sin posibilidades de cobrar aun parcialmente sus créditos. Precisamente por eso las dos sentencias de instancia recaídas en el pleito de revisión de la fecha de retroacción, la fijan en todo caso, como hizo el juez en la quiebra, antes de la inscripción de la hipoteca, y es la misma convicción, la de que se realizó en beneficio de un acreedor y perjuicio de los restantes, conocedor el beneficiario de la situación de insolvencia del deudor, la que conduce a estimar la acción de nulidad formulada, por infracción del principio de la *par conditio creditorum*, con perjuicio de la masa de la quiebra y mediando *consilium fraudis*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 878 del Código de Comercio y en los artículos 1.275 del Código Civil, por ilicitud de la causa, y artículo 1.291.3.º del Código Civil, por haber sido celebrada la hipoteca en fraude de acreedores». La sentencia no profundiza en un tema que puede ser de gran interés: ¿cabe la impugnación cuando la hipoteca beneficia a todos los acreedores de un deudor y sólo alguno de ellos la acepta?

(100) Si la hipoteca de constitución unilateral no es preferente a las otras garantías hipotecarias, los otros acreedores hipotecarios no se verán perjudicados por la existencia de esa hipoteca unilateral. Cuestión distinta es la repercusión en los intereses de los acreedores no hipotecarios.

- c) Supuesto en que los otros acreedores se encuentran en situación de cotitularidad con el acreedor en cuyo favor se ha constituido la hipoteca unilateral no aceptada.

La RDGRN, de 23 de septiembre de 1987, estudia precisamente el caso en que, constituida una hipoteca unilateral en favor de varios acreedores, son los acreedores que sí han aceptado (y no el dueño de la finca) los que solicitan la cancelación respecto a los acreedores que no han aceptado. La Resolución rechaza la cancelación porque el sistema de aceptación de la hipoteca unilateral (sin necesidad de requerimiento), que se había previsto en la escritura de constitución de la hipoteca, no permitía registralmente comprobar si los otros acreedores habían aceptado o no la hipoteca dentro de plazo. Ello ha permitido a la doctrina considerar que, al menos implícitamente, la Dirección General no excluye la posibilidad de que sean los acreedores (en este caso, aceptantes de la hipoteca) quienes insten la cancelación (101).

Si bien es de aplaudir el criterio apuntado por el Centro Directivo, por lo que implica de eliminación de la incertidumbre que acompaña a la hipoteca unilateral no aceptada, hay que destacar también que no resulta nada fácil justificar sin más esa legitimación de los acreedores. Ya conocemos las dudas que se plantean acerca del alcance operativo de los remedios previstos en el artículo 1.111 del Código Civil. Por ello, la única solución efectiva pasa por la inclusión en la escritura de constitución unilateral de la hipoteca de mecanismos que permitan a los acreedores que sí han aceptado requerir y, en su caso, cancelar la hipoteca respecto a quienes no han aceptado.

Hay un tema adicional que se suscita cuando se trata de un supuesto de cotitularidad en el crédito hipotecario. La constitución de la hipoteca unilateral debe prever las diferentes hipótesis que pueden darse en la práctica (desde la aceptación de todos los acreedores a la aceptación de uno solo) y adecuar la distribución del crédito hipotecario a los distintos casos (102). Como he-

(101) PAU PEDRÓN, 1996: 26.

(102) La SAP de Navarra, de 23 de enero de 1998 (*Ar.C.* 1998, 2686) proporciona un buen ejemplo de la complejidad de estas situaciones. Una sociedad había constituido hipoteca unilateral en favor de varios de sus acreedores, y entre las cláusulas de esa hipoteca existía un pacto de no pedir, en cuya virtud los acreedores se comprometían a suspender el ejercicio de las acciones nacidas de sus respectivos títulos y créditos contra la deudora. Uno de los acreedores no acepta la hipoteca y formula demanda en juicio ejecutivo contra la sociedad deudora. La Audiencia Provincial, lógicamente, rechaza que ese pacto de suspensión de acciones pudiera oponerse a quien no aceptó la hipoteca. Ahora bien, el tema que no aparece en la sentencia es la situación de los otros acreedores eventualmente beneficiarios de la hipoteca de constitución unilateral.

mos tenido ocasión de analizar en otro lugar (103), habrá que diferenciar entonces en función de la cotitularidad de ese crédito (104). Y siempre será

(103) VERDERA SERVER, 1999.

(104) Y obsérvese que si el crédito es solidario, la Dirección General no exige la indicación de la porción que en la relación interna corresponde a cada acreedor, lo cual simplifica y facilita considerablemente las diversas hipótesis. En la RDGRN de 28 de abril de 1999 (RAJ 1999, 2223) se alude a la reiterada doctrina del Centro Directivo que, en desenvolvimiento del principio de especialidad, considera que «cuando se trata de un supuesto de cotitularidad de un derecho real debe expresarse en el asiento, de forma precisa, la concreta cuota correspondiente a cada uno de ellos, lo que en el caso debatido se traduce en la necesidad de especificar bien la participación que en el crédito hipotecariamente garantizado corresponde a cada uno de los acreedores si es mancomunado, bien el carácter solidario del mismo, sin que sea suficiente, en el primer supuesto, la mera presunción de igualdad derivada de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, presunción que, dado su carácter de tal (vid. art. 1.251 del Código Civil), no define en modo alguno la verdadera extensión del derecho de cada acreedor».

El diferente rigor con que la Dirección General entiende el principio «un crédito, una hipoteca» se aprecia, efectivamente, en los casos de cotitularidad. Como indicó la RDGRN, de 28 de julio de 1998 (RAJ 1998, 5984), «[l]a específica naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio de garantía de una concreta obligación (cfr. arts. 1.857.1.^a del Código Civil y 104 LH), implica que la garantía de varias obligaciones tan sólo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, principio que esta Dirección General ha defendido incluso en el caso de que un mismo acreedor sea titular de todos los créditos que se pretenden garantizar o incluso en el de que se pretenda disfrazarse aquella diversidad a través de una unión artificial y meramente contable [...] Por el contrario, tratándose de una obligación única por su fuente, causa y fin, en la que la concurrencia de dos o más acreedores prevista en el artículo 1.137 del Código Civil, pueda dar lugar por razón de la mancomunidad simple y divisibilidad de la prestación a que hayan de reputarse como distintos los créditos de cada uno de ellos (art. 1.138 del Código Civil), comportándose como tales en su posterior desenvolvimiento, no se han opuesto reparos a la garantía hipotecaria única desde las ya antiguas Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 16 de julio de 1902 ó 28 de marzo de 1903, aunque exigiendo siempre la necesidad de una precisa e inequívoca determinación del contenido y extensión del derecho a inscribir, lo que en tal supuesto se traduce en la exigencia de que se exprese en el asiento, de forma precisa, la cuota correspondiente a cada comunero, y que, como señalaran aquellas Resoluciones y ha confirmado la de 23 de marzo de 1994, para un supuesto similar al presente, implica la necesidad de especificar bien el carácter solidario del crédito, bien la participación de cada acreedor en el mismo, pues a través de esa concreción y por razón de la accesoriedad queda determinado en qué medida garantiza la hipoteca el derecho de cada uno de ellos, de suerte que la ejecución o cancelación en cuanto a la parte del crédito total que supone el de cada comunero implicará la extinción de la hipoteca en aquella medida que lo garantizaba, sin necesidad de acudir a construcciones artificiosas como el señalar cuotas indivisas para el propio derecho de hipoteca, que de darse uno de los casos señalados daría lugar a la anómala situación de tener que cancelar el derecho en cuanto a una parte indivisa, subsistiendo inscrito en cuanto a la restante».

La cuestión ha sido recientemente abordada con mayor profundidad por la RDGRN de 15 de febrero de 2000 (E.D. 2000, 1795). En esta Resolución, tras recordar la consolidada doctrina acerca de la no necesidad de indicación de cuotas en los créditos solidarios garantizados con hipoteca única, se indica que «[l]a posibilidad de cesión de ese crédito por cualquiera de los acreedores solidarios y su alcance, al igual que el embargo del

esencial evitar las contradicciones internas entre las cláusulas de la escritura de constitución unilateral de la hipoteca (105).

7.2. PODER PARA CANCELAR

En los casos analizados anteriormente se constata la imposibilidad de legitimar *ex lege* a sujetos distintos al dueño de la finca para requerir al acreedor beneficiario de la hipoteca unilateral o para cancelarla posteriormente. Ahora bien, nada impide que el dueño de la finca apodere a otros individuos para que ejerciten esas facultades que legalmente le corresponden con carácter exclusivo.

También cabe que ese poder se configure como irrevocable, siempre que exista un interés legítimo del apoderado. En consecuencia, como se ha suge-

derecho de uno de ellos y sus consecuencias, pueden plantear problemas y exigir una especial modalización en su reflejo registral, pero tales problemas que plantea la Registradora como obstáculos esenciales a la inscripción solicitada suponen aventurar futuras calificaciones y, desde luego, lo que no pueden es ser utilizados para exigir una concreción de cuotas en el derecho de los acreedores solidarios que resulta incompatible con la propia esencia de la solidaridad activa, la facultad de cualquiera de los acreedores de exigir y recibir íntegramente la prestación en que la obligación garantizada consiste o la facultad del deudor de pagar a cualquiera de ellos salvo que hubiese sido demandado por alguno (art. 1.142 del Código Civil), o el llevar a cabo su novación, confusión, compensación o remisión (art. 1.143 del Código Civil) extinguiéndola en su totalidad, posibilitando la cancelación de la correspondiente inscripción de la hipoteca, aun cuando queden a salvo las acciones que frente a él, y en virtud de las relaciones internas existentes entre los coacreedores, puedan corresponder a los demás [...] La configuración del crédito garantizado como solidario hace, por último, innecesario el determinar la cantidad del capital prestado que se ha recibido de cada uno de los que resultan acreedores solidarios, cuestión que tan sólo tiene relevancia en la relación interna entre ellos y resulta indiferente para el deudor. Es cierto que el préstamo, en cuanto contrato real, se perfecciona con la entrega (cfr. art. 1.740 del Código Civil), pero es, a su vez, un contrato unilateral, de suerte que una vez perfeccionado tan sólo surge una obligación, la del deudor de reintegrar el capital prestado y, en su caso, los intereses convenidos. La entrega opera como presupuesto de esa obligación, pero no como elemento necesariamente identificador del acreedor. Al igual que no es descartable que a un contrato de préstamo se anude una estipulación a favor de tercero que convierta a éste en acreedor de la obligación de restituir, en el caso de pactarse la solidaridad activa resulta intrascendente cuál de los acreedores o en qué medida cada uno de ellos ha hecho entrega de la cantidad prestada, pues ello tan sólo afecta a las relaciones internas entre los mismos que no tienen que trascender al contrato de préstamo ni a la inscripción de la hipoteca que lo garantiza».

El planteamiento del Centro Directivo en contra de la denominada «hipoteca flotante» puede verse, por ejemplo, en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (RAJ 1999, 7781). En diversas ocasiones esa «hipoteca flotante» se encontraba conectada a una hipoteca de constitución unilateral: vid. RDGRN de 30 de marzo de 1998 (RAJ 1998, 2190).

(105) Vid., por ejemplo, RDGRN de 28 de julio de 1998 (RAJ 1998, 5984), y de 23 de diciembre de 1987 (RAJ 1987, 9722).

rido (106) acertadamente, la irrevocabilidad puede admitirse cuando se designa apoderado a:

- Cualquiera de los varios acreedores en una hipoteca en cotitularidad.
- Cualquier titular de un derecho inscrito o anotado que deba desaparecer con la hipoteca de constitución unilateral, o que tenga rango inferior a la misma.

A la vista de los problemas que puede implicar para esos otros acreedores la existencia de una hipoteca de constitución unilateral no aceptada, no cabe duda de la conveniencia (e incluso de la necesidad) de incluir en las posteriores hipotecas o en la propia hipoteca en garantía de un crédito en cotitularidad esas cláusulas de apoderamiento. Sólo de este modo los otros acreedores (hipotecarios) pueden evitar las incertidumbres y la prolongación de la indefinición que entraña la falta de actuación del dueño de la finca o del acreedor beneficiario de una hipoteca unilateral. Hay que reconocer, sin embargo, que la posibilidad de ese apoderamiento resulta mucho más difícil cuando los otros acreedores carecen de cobertura hipotecaria: ¿qué motivos puede tener el dueño de la finca para conferir ese poder a sus acreedores?

Respecto a las características de ese poder, debe recordarse el planteamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado que considera la cancelación como acto de riguroso dominio. Por ello, el apoderado para actos de administración no puede otorgar una cancelación (107): como regla general, se requiere, en la terminología del artículo 1.713 del Código Civil, «mandato expreso». Mas la doctrina (108) apunta hipótesis en las que cabe pensar en un menor rigor, como en el caso de quien tiene poder para cobrar una deuda y otorgar carta de pago, puesto que pagada y extinguida la deuda, también se extingue la hipoteca, como derecho accesorio, sin necesidad de que el apoderado se refiera a ella; y, una vez extinguida la hipoteca, procede su cancelación. Como fundamento de esta apreciación se indica que,

(106) AZPITARTE CAMY, 1990: 26.

(107) Vid., por ejemplo, RDGRN de 22 de abril de 1996 (*RAJ* 1996, 3240). Esta Resolución se plantea la cuestión del poder necesario para cancelar: «[a] las razones de fondo expuestas que respaldan la calificación del Registrador ha de añadirse otro defecto formal, apreciado también en la nota, que hace referencia a la insuficiencia del poder acompañado. Dado el carácter restrictivo que ha de presidir la interpretación de las facultades concedidas por el poderdante (cfr. art. 1.713.I del Código Civil), no ha de bastar que el apoderado esté autorizado para «practicar cualquier clase de actos de administración, gestión y comercio», pues esto no le faculta para otorgar una cancelación, cuya equiparación con los actos de enajenación y de riguroso dominio en orden a sus requisitos y formalidades y la necesidad para aquélla de mandato expreso (cfr. art. 1.713.II del Código Civil) es opinión común en la doctrina de los autores y de este Centro Directivo».

(108) AVILA NAVARRO, 1996: 1185.

frente al criterio formalista del artículo 179 RH, debe prevalecer el planteamiento del artículo 79 LH.

7.3. CLÁUSULA DE CADUCIDAD DE LA ACEPTACIÓN

¿Es admisible una cláusula por la que se establece la caducidad de la facultad de aceptación que nace con la constitución unilateral de la hipoteca? No faltan autores que la defienden siempre que se establezca con el suficiente detalle y concreción (109). De este modo, transcurridos los dos meses desde el requerimiento, el acreedor perdería la posibilidad de aceptar. Con este planteamiento, el supuesto se acerca al de una constitución condicionada a la aceptación del acreedor.

Mas esa cláusula de caducidad puede configurarse de modo aún más estricto para el acreedor. ¿Qué sucede si se vincula a un plazo menor que el previsto legalmente (por ejemplo, siete días) y con un *dies a quo* que prescinde del requerimiento (por ejemplo, desde el otorgamiento de la escritura o desde la inscripción en el Registro de la Propiedad)? ¿Es válida una cláusula de caducidad con esas características?

Como es obvio, en el fondo, la cuestión se reconduce al grado de imperatividad de las disposiciones normativas en punto a la hipoteca de constitución unilateral. Para quienes consideren que esas previsiones tienen carácter básicamente dispositivo, no ha de existir dificultad en admitir esas estipulaciones convencionales. En nuestra opinión, a la hora de valorar esas cláusulas, no puede prescindirse del hecho que, en principio, la constitución unilateral es absolutamente beneficiosa para el acreedor, por lo que la tutela absoluta de su posición resulta altamente cuestionable.

8. EFECTOS DE LA CANCELACION DE LA HIPOTECA DE CONSTITUCION UNILATERAL

La cancelación de la hipoteca de constitución unilateral, a través del mecanismo previsto en los artículos 141.II LH y 237 RH, implica la eliminación de esa peculiar situación que supone la hipoteca unilateral no aceptada.

Obviamente la cuestión de la cancelación de la hipoteca de constitución unilateral se mueve en un plano jurídico-real y en nada tiene que afectar a los

(109) AZPITARTE CAMY, 1990: 26. Como dice PAU PEDRÓN (1996: 25), en la RDGRN de 23 de septiembre de 1987 aparecía una cláusula en que se sometía a caducidad la hipoteca y se prescindía de la necesidad de constancia registral de la aceptación antes de los dos meses, pero la Dirección General dejó sin resolver la cuestión.

créditos que pretendían garantizarse a través de la misma. El dueño de la finca o el deudor no pierden esa condición por el hecho de la cancelación.

La conclusión ha de ser distinta cuando la adquisición de la garantía, por parte del acreedor, condicionaba el propio nacimiento del crédito. Este es, precisamente, uno de los supuestos en que últimamente se detecta la utilización del mecanismo de la hipoteca de constitución unilateral.

No puede olvidarse en ningún momento que gracias a la cancelación se solventa la incertidumbre consustancial a la hipoteca unilateral. Desde este punto de vista, la cancelación tiene un alcance hasta cierto punto similar a la aceptación: también termina con esa situación de incertidumbre.

9. BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL. 1950: «La hipoteca unilateral», en *Anuario de Derecho Civil*, t. III, fasc. I, enero-marzo, págs. 55-85.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS. 1994: «La hipoteca de constitución unilateral», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVII, fasc. IV, octubre-diciembre, págs. 85-152.
- AVILA NAVARRO, PEDRO. 1996: «Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, publicadas en el período abril-junio de 1996», en *Revista Jurídica de Catalunya*, any XCV, núm. 4, págs. 1175-1201.
- 2000: «La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, enero, págs. 643-663.
- AZPITARTE CAMY, RAFAEL. 1990: *La hipoteca unilateral y la hipoteca por débito ajeno* [separata de la conferencia dada en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia el 22 de noviembre de 1990].
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P. 2000: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CARBONELL SERRANO, VICENTE. 1993: «Un caso de cancelación de hipoteca unilateral», en *Lunes cuatro treinta*, año 6, núm. 137, segunda quincena de noviembre, págs. 21-22.
- CRISTÓBAL MONTES, ANGEL. 1995: *La vía subrogatoria*, Tecnos, Madrid.
- CHAMORRO PIÑERO, SANTIAGO. 1943: «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVIII, segunda época, t. V, págs. 7-48 y págs. 123-166.
- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA. 1994: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Marcial Pons, Madrid.
- DE ANGEL YAGÜEZ, RICARDO. 1996: «La hipoteca unilateral», en AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, *Garantías reales*, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, coordinación: U. Nieto Carol, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Civitas, págs. 185-266.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN. 1976: *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, t. I, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercan-

- tiles de España/Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid [contiene los *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Edit. M. Aguilar, Madrid, 1945; y los *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Innovaciones*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, Madrid, 1948].
- DEL RÍO Y GARCÍA DE SOLA, IGNACIO. 1988: «Comentario a la RDGRN de 20 de noviembre de 1987», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 589, noviembre-diciembre, págs. 1949-1959.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO. 1998: *El fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER. 1996: «La extinción del crédito hipotecario», en AA.VV., *Extinción de obligaciones*, director: J. R. Ferrándiz Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, págs. 177-310.
- (Ed.). 1994: *Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)*, Marcial Pons/Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA. 2000: *El asiento de cancelación negocial del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO. 1996: *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 del Código Civil) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, Civitas, Madrid.
- 1999: *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Comares, Granada.
- MARTÍNEZ MARTINO, M.^a EULALIA. 2000: «Comentario a los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria», en AA.VV., *Comentario a los artículos 42 a 103 de la Ley Hipotecaria*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, vol. 5.º, EDESA, Madrid, págs. 616-624.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO. 1995: «La constitución unilateral de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 631, noviembre-diciembre, págs. 1991-2016.
- 1996: *La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación*, Tecnos, Madrid.
- 2000: «Comentario al artículo 141 de la Ley Hipotecaria», en AA.VV., *Comentario a los artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, vol. 8.º, EDESA, Madrid, págs. 28-33.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL. 1999: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, *Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 3.ª ed.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS. 1998: *Derecho Hipotecario*, t. VII, *Ley del Suelo. Hipotecas*, Bosch, Barcelona, 8.ª ed.
- RODRÍGUEZ CEPEDA, EUGENIO. 1992: «Necesidad de requerimiento expreso para la cancelación por el propietario de una hipoteca unilateral no aceptada por el acreedor (Resolución de 4 de abril de 1991)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre, págs. 2223-2232.
- ROMERO VIÉITEZ, MANUEL A. 1976: «Notas sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca constituida por acto unilateral regulada en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria

- española», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. II, Tecnos, Madrid, págs. 577-619.
- SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO. 2001: «Derechos reales de garantía», en J. L. LACRUZ BERDEJO y cols., *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, Dykinson, Madrid, nueva edición revisada y puesta al día por A. Luna Serrano, págs. 191-319.
- VERDERA SERVER, RAFAEL. 1999: *La hipoteca a favor de dos o más acreedores (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RAFAEL VERDERA SERVER
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

La funcionalidad de la causa en el panorama actual de las sociedades mercantiles

SUMARIO: 1. PRELIMINAR.—2. BASES JURIDICAS DE LA RELEGACION CAUSAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES: 2.1. MOTIVACIONES LEGALES. 2.2. RELATIVAS A LAS SINGULARIDADES DEL CONTRATO SOCIAL: a) *La onerosidad de los contratos sociales*; b) *Su carácter aleatorio*; c) *La incidencia causal del tracto sucesivo*.—3. LA CAUSA A TRAVES DE LAS DIVERSAS FASES DEL CONTRATO SOCIAL: 3.1. LA MUTACIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO SOCIAL EN LA FASE DE CONSUMACIÓN NEGOCIAL. 3.2. INAPLICACIÓN DE LA CAUSA DURANTE EL DEVENIR SOCIAL.—4. DIFICULTADES PLANTEADAS POR LA CAUSA EN LA ESFERA SOCIETARIA: 4.1. IMPOSIBILIDAD DE UN CRITERIO UNÍVOCO: a) *Por razones de diversidad societaria*; b) *Atendiendo a los móviles de los socios*. 4.2. ALEATORIEDAD. COMPLEJA COMPROBACIÓN DE LA CAUSA.—5. ARGUMENTOS ANTICAUSALISTAS RESPECTO DEL CONTRATO SOCIAL.—6. LA SUSTENTACION DE LA CAUSA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD.—7. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PRELIMINAR

Entre los elementos contractuales más profusamente desarrollados a nivel doctrinal destaca, sin duda, la causa. Aunque el interés científico que suscita esta figura como requisito genérico de validez negocial, contrasta con su retraimiento aplicativo en el ámbito societario (1).

(1) Jurisprudencialmente, al margen de aquellas sentencias que sólo de un modo tangencial aluden a la causa, destaca significativamente la STS de 13 de junio de 1983 (Ar. 3524), al afirmar que «para la fundación se requiere una declaración de voluntad creativa, seriamente emitida, con el designio de someter unos bienes que se hacen comunes a la disciplina jurídica de la sociedad, persiguiendo un fin de lucro que habrá de obtenerse mediante el desarrollo de una actividad a cuyo servicio se ponen aquéllos, requisito inexcusable al que conviene la clásica denominación de *affectio societatis*....

Sin embargo, es en esta esfera donde con mayor frecuencia, se vulnera la legalidad causal a través de la constitución artificiosa de sociedades, e incluso, de un funcionamiento social arbitrario (2). La proliferación de entidades inertes, sin actividad empresarial alguna o destinadas a siniestros fines, así como la habitualidad de actuaciones sociales ajenas a las raíces causales del contrato de sociedad, conforman la tendencia reciente de este sector mercantil (3).

En la práctica, paralelo al auge de las sociedades mercantiles se observa un proceso de depauperación causal, capaz de menoscabar la credibilidad jurídica del fenómeno societario (4). Ante este panorama de alguna manera desalentador, superar la funcionalidad residual de la causa recuperando su naturaleza de presupuesto negocial en un contrato transcendental del ordenamiento privado (social), puede contribuir a frenar el uso abusivo de las sociedades (5).

Ahora bien, esta posibilidad jurídica que encierra el recurso causal tropieza con el paradisiaco espacio conferido a los entes sociales por la autonomía privada y también, con la simple suficiencia de las formalidades constitutivas (escritura pública e inscripción), sin comprobarse los requisitos estrictamente contractuales (6).

(2) Según PAZ-ARES, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1987, págs. 1308 y 1354, los artículos 1.692 del Código Civil y siguientes, presuponen sociedades contraídas con el fin de participar en el tráfico.

(3) La realidad societaria aparece inundada de entidades sin actividad empresarial que, incluso, se encuentran de baja provisional en Hacienda, y marcada por la proliferación de sociedades instrumentales cuya actuación y servicios pueden resultar en algunos casos, cuando menos, de discutible licitud. Según las últimas informaciones, en los paraísos fiscales de todo el mundo hay un millón de sociedades amparadas en el anonimato dedicadas al blanqueo de dinero, cuyos fondos se depositan a nombre de una entidad pantalla, evitando que se conozca la identidad de los depositantes.

(4) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1335, para quien la ilicitud de la causa depende de los motivos. La torpeza de los móviles que mueven a las partes a celebrar un contrato de sociedad, conduce a la ilicitud del negocio. Para que los motivos afecten a la validez del negocio, han de ser comunes y determinantes.

(5) A propósito, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1307.

Véanse también las SSTs de 27 de noviembre de 1945, de 18 de noviembre de 1986, de 10 de noviembre de 1987, y la RDGRN de 2 de febrero de 1966, que lo consideran un requisito indispensable de las sociedades.

(6) Para PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1354, nuestro ordenamiento otorga personalidad jurídica a toda organización que por estar llamada a tener relaciones externas, necesita de una cierta subjetivación; DE LA CÁMARA, «Meditaciones sobre la causa», en *RDCI*, núm. 637, 1978, pág. 690, quien se pregunta sobre si cabe la inscripción en el Registro de una transmisión formalizada sin que en la escritura se mencione la causa, contestando negativamente, pues no puede ser escamoteado por el registrador y se opone a la función calificadora.

La transposición del esquema causal al contrato de sociedad se enfrenta además con el reenvío al Derecho Civil por el artículo 50 del Código Civil, sin perjuicio de la necesidad de sortear simultáneamente las tribulaciones que le rodean en el campo social (7). Así, a las dificultades delimitativas de la causa (inmersas en el debate entre las concepciones subjetivas y objetivas), hay que agregar la singularidad propia de este tipo negocial (8). El desdoblamiento de la sociedad en contrato y persona perturba, como comprobaremos, la típica visión del requisito causal (9).

Las endemias más comunes de las sociedades aparecen pues, relacionadas con la causa del contrato social; en particular, anudadas a la desidia en el control y verificación de dicho elemento (10). El actual espectro societario justifica, por tanto, la obligada introspección en este pilar esencial de nuestro engranaje jurídico; siendo preciso examinar previamente los factores determinantes de su escasa resonancia (11).

(7) Aunque algunos autores renuncian a la consolidación del elemento causal. Destaca PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1299, al afirmar que para estar a la altura de los tiempos hay que dar preferencia a los criterios estructurales sobre los causales.

(8) Vid., PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1402.

(9) Para PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1316, existe un aspecto contractual e institucional. El institucional no puede desagajarse del contractual porque es un contrato con doble vertiente, obligatoria y organizativa; GARRIGUES, «Teoría general de las sociedades mercantiles», en *RDM*, 1974, pág. 181; MARTÍ, «El contrato de sociedad en el derecho codificado español con especial referencia al Código Civil», en *RDM*, 1989, pág. 679.

En este sentido se pronuncia también la RDGRN de 2 de febrero de 1966.

(10) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 236 y 248, al exponer la necesidad de un control conforme al Reglamento Notarial. Cuando lo ilícito de la causa se muestra a las claras, los jueces y demás funcionarios (notarios, registradores, abogados del estado) habrán de tenerlo en cuenta de oficio; DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ, «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Necesidad de escritura pública de constitución de sociedades comerciales y sus modificaciones», en *RDN*, 1973, pág. 31.

Asimismo, la STS de 24 diciembre de 1988, alude a la inexistente actividad de las sociedades implicadas, inexistencia de un comportamiento fiscal contable, impropio de entidad mercantil activa, su falta de inscripción en la Seguridad Social, reconociendo que la creación ficticia de sociedades constituye un fraude de ley.

(11) Destaca PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1299, al referirse a la comprensión actual del Derecho de Sociedades, efectuado bajo la óptica predominante de los criterios causales.

2. BASES JURIDICAS DE LA RELEGACION CAUSAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

2.1. MOTIVACIONES LEGALES

Para abordar la aparente irrelevancia de la causa en el marco social conviene reflexionar *a priori* sobre los obstáculos legales a su implantación jurídica (12).

Entre los factores que ralentizan la penetración efectiva de este elemento en el contrato social, cabe destacar el silencio de la legislación societaria. Tal imprevisión legal exige dar un rodeo jurídico a través de un cauce indirecto como es el recurso a las fuentes del Derecho Mercantil, lo que incide en el oscurecimiento de aquélla como presupuesto esencial de validez contractual. De modo que la supletoriedad de las disposiciones civiles en el contrato social se traduce equívocamente en un estado de subsidiariedad causal.

El crepúsculo jurídico que sufre la causa en el campo societario procede de su ignorancia al regularse el contrato social (13). A salvo el artículo 116 del Código de Comercio del que se extrae el presupuesto causal, apenas existen otros indicios normativos de su aplicación a las sociedades. Únicamente, mediante la alusión genérica del artículo 117 del Código de Comercio a «los requisitos esenciales del Derecho» en la celebración del contrato de compañía (enumerados por el art. 1.261 del Código Civil), es factible incorporar la causa a este tipo negocial (14). Si bien fuera del texto codificado las leyes especiales societarias se limitan a imponer otras condiciones de validez al contrato social (15). Contrastando con esta omisión causal, tanto el consentimiento como el objeto se introducen matizadamente en la esfera societaria.

En este sentido, los artículos 34 LSA y 16 LSRL consideran motivos de nulidad social la incapacidad, la ausencia de voluntad (relacionadas con el consentimiento) y el objeto social ilícito (16). Pero esta postura legal resulta

(12) Al respecto, vid. DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, pág. 186, al abordar la polémica sobre la esencialidad del ánimo de lucro en las sociedades.

(13) En este sentido, vid. CAPILLA RONCERO, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, Madrid, 1986, pág. 16, al reconocer la extensión a la sociedad como contrato de los requisitos comunes a todos ellos.

(14) El artículo 117 del Código de Comercio al traer a colación el consentimiento, objeto y la causa, contrasta con su precedente el artículo 116, que parece permitir la constitución de sociedades atendiendo exclusivamente al Código de Comercio, en el que la causa carece de relevancia jurídica.

(15) Vid. PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., págs. 1321 y sigs.; CAPILLA RONCERO, «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», cit., págs. 14 y sigs.

(16) Como reconoce PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1310, entre las causas de nulidad no está la falta de causa lucrativa.

incomprendiblemente excluyente, al marginar la causa de los supuestos de invalidez en el ámbito social (17). La única explicación posible a la relegación de este requisito se encuentra en la concentración de las citadas normas sobre la vertiente institucional de las sociedades, obviando su perfil contractual.

Tal interpretación es deducible de la denominación otorgada a la sección correspondiente y también de su concreción a las sociedades inscritas, que presuponen la existencia de personalidad jurídica. Si bien estos argumentos tropiezan con lo insólito de que un sujeto de derecho pueda ser anulado y ejercitarse acciones de nulidad contra él (18). Especialmente, cuando esta categoría de ineficacia se reserva para la órbita estrictamente contractual (19).

La indiferencia legislativa hacia el presupuesto causal se confirma en la última parte de los artículos 34 LSA y 16 LSRL, que impide declarar la nulidad social en supuestos distintos de los enunciados. Este constreñimiento legal de la causa en las sociedades puede ser motivado quizás, por la personificación que conlleva el contrato social, aunque entonces resulta paradójica la atención prestada al objeto y consentimiento.

Por su parte, en cuanto a ambos elementos conjuntamente determinantes de la nulidad societaria y de la invalidez negocial, las deficiencias de los mismos deberían haberse detectado al celebrar el contrato social y no tras el nacimiento de la entidad. Lo que evidencia la esterilidad de los controles que ciertos profesionales (notarios y registradores) realizan para asegurar el cumplimiento de la legalidad contractual. De ahí que la ineffectividad de los filtros jurídicos existentes en la fase negocial, suponga el arrastre de aquéllos hasta la constitución de la sociedad, transfigurando la invalidez del contrato social en nulidad del ente.

Esta misma conclusión es extensible a la causa, pese a que su no inclusión entre los motivos legales de ineficacia social parece confinarla a la etapa estrictamente contractual (20). Su práctica inapreciabilidad al perfeccionarse el contrato de sociedad, influye en su permanencia durante la vida social.

(17) Apartados *a*), *b*) y *d*) del artículo 34 LSA, y *a*), *b*) y *c*) del artículo 16 LSRL.

(18) Parece, en nuestra opinión, más apropiado hablar entonces de inexistencia como otra categoría diferenciable de la nulidad. Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, «Las causas de nulidad en particular, en la LSRL», en *RDM*, núm. 235, 2000, pág. 51.

(19) A nuestro entender, resultan intrascendentes e inoperantes los párrafos segundos de los artículos 34 LSA y 16 LSRL. El hecho de que se refieran a la sociedad no oculta que el contrato base que la origina puede ser nulo por razones causales. Con lo cual ni siquiera la inscripción convalida un contrato nulo (arts. 33 LH y 7.2 RRM).

(20) Se obliga a discernir entre nulidad del contrato social y de la sociedad, incluso a nivel hipotecario. Según el artículo 79 LH podrá pedirse la cancelación de las inscripciones cuando se declare su nulidad por falta de alguno de sus requisitos esenciales.

Finalmente, otro de los escollos legales a la consolidación de la causa en el campo societario procede del artículo 1.2 del Código de Comercio, debido al divergente tratamiento de los empresarios individuales y sociales. Mientras para los primeros además de capacidad se requiere dedicación habitual al ejercicio del comercio, las compañías mercantiles sólo precisan constituirse con arreglo al Código de Comercio (21).

Así, atendiendo exclusivamente al texto codificado (y leyes especiales), donde no se prodigan referencias expresas a la causa (salvo la genérica del art. 117 del CCom.), puede fundarse sin problemas una sociedad. Contribuyendo la exigencia mercantil de requisitos meramente formales a la pérdida de esencialidad negocial de aquel elemento. De manera que aún siendo equiparable la constitución de una entidad con la celebración del contrato social, se observa un distanciamiento entre los presupuestos de la fundación y los contractuales (consentimiento, objeto y causa).

También el citado artículo 1 del Código de Comercio evidencia su desinterés por el elemento causal al no reclamar para las compañías el ejercicio habitual de actos mercantiles. En efecto, si la causa se identifica con el ánimo de lucro, el cauce para conseguirlo periódicamente debe ser la habitualidad comercial. Es impensable que una sociedad, no ejercitando el comercio, pueda dar satisfacción a la causa del contrato social. Por tanto, el mantenimiento de estas entidades, frecuentes en la realidad, colisiona con el requisito causal, además de abrir una brecha entre los empresarios sociales e individuales (22).

2.2. RELATIVAS A LAS SINGULARIDADES DEL CONTRATO SOCIAL

Al margen de la dificultad que conlleva delimitar la causa en el marco social, propósito ineludible a lo largo de este estudio, también las especialidades del contrato de sociedad complican la apreciación de dicho elemento. Tanto la naturaleza onerosa, preparatoria y el tracto sucesivo consustanciales al negocio social como su transmutación posterior en sujeto, obstaculizan el desarrollo causal, si bien paralelamente, aportan una perspectiva enriquecedora al análisis de este requisito de validez contractual.

(21) Vid. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, pág. 417, al señalar que al constituir la sociedad se proponen las partes realizar actos de comercio, los cuales les proporcionarán un lucro que se repartirán.

(22) Vid. LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 384, quien observa que en el concepto de comerciante social no figura la habitualidad, por lo que el legislador piensa que las sociedades mercantiles se caracterizan por su constitución y por proponerse realizar el comercio, sin que sea preciso que ejecuten con habitualidad actos comerciales.

a) *La onerosidad del contrato social*

En principio, conviene destacar que el contrato social por su onerosidad intrínseca presenta una causa preestablecida legalmente. Según el artículo 1.275 del Código Civil, ésta consiste en «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra» para la generalidad de los negocios onerosos. Aunque, como comprobaremos a continuación, la propia idiosincrasia del contrato de sociedad desdibuja esta típica concepción causal.

Al respecto, la ausencia de una verdadera contraposición entre las partes negociales distorsiona el intercambio causal de las prestaciones (23). En la esfera societaria, no parece correcto aducir que las aportaciones sociales se encaminan a conseguir una contraprestación (24). Ello se debe a la desnaturalización de la reciprocidad y bilateralidad específica de los contratos onerosos («para cada parte contratante») (25).

En el marco social, la convergencia de intereses confluyentes y encauzados hacia una finalidad común, impide la confrontación entre los socios contratantes (26). La suscripción del contrato social se dirige a una prestación futura (más próxima a la «promesa») de un sujeto (la sociedad) no interviniente en el momento de la perfección negocial (27). Es decir, cuando se realizan las aportaciones sociales no existe contraparte negocial, ya que son otorgadas previamente a la constitución del ente; ni siquiera después, formada la sociedad, puede ésta considerarse como tal (28).

(23) A propósito, vid. CAPILLA RONCERO, *Comentario al...*, cit., págs. 13 y 14; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, pág. 219.

(24) Vid. GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 225, para quien la prestación del socio está en relación con la obtención del fin social; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Las participaciones...*, cit., pág. 46, al diferenciar el contrato social de los negocios parciarios, en el que la participación en las ganancias es una modalidad de contraprestación en los contratos.

(25) Entre otros, vid., DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 186 y 232, para quien falta causa si no existe verdadera reciprocidad de prestaciones; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1316 y 1317, al afirmar que la estructura de intereses es distinta de los contratos de cambio ya que las prestaciones no se prometen unas en función de otras, sino todas en atención al fin común, sin contraprestación.

(26) Cuestión distinta es que durante la vida social puedan surgir desencuentros y desavenencias entre los contratantes sociales.

(27) Vid. AA.VV., *Derecho de obligaciones*, Parte general, Teoría general del contrato, Barcelona, 1994, pág. 449, al admitir la causa como expectativa de obtener una contraprestación.

(28) Vid. EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a M. Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995, pág. 1045, quien afirma que la personalidad jurídica trasciende al individuo singular.

Además, mientras no nazca la sociedad y comience su funcionamiento queda en suspenso la materialización jurídica de la causa (29). Y una vez iniciada la andadura social, tampoco se garantiza la prestación o la promesa de ella a los socios. Hasta la decisión social de repartir beneficios, la contraprestación es aleatoria, y en consecuencia, la causa resulta incierta (30). Por lo que en realidad, al celebrarse el contrato social no existe auténtica contraparte, ni obligación a que se comprometa (31). Sólo la personificación jurídica del ente permite entrever ciertos atisbos de onerosidad negocial, aunque en el plano de las relaciones socios-sociedad (32).

Simultáneamente, el contrato social distorsiona la noción legal de causa prevista para los negocios onerosos en el Código Civil (art. 1.275). Desde este particular tipo negocial, se observa como la prestación de una parte negocial no es correlativa a la de otra u otras (33). Los socios realizan sus aportaciones a un fondo común y sin embargo, esperan obtener una contraprestación de la sociedad sin ser este sujeto contratante (34).

El contrato social refleja únicamente un proyecto causal, puesto que la reciprocidad específica de la causa en los negocios onerosos, a lo sumo podría considerarse que aparece con posterioridad a su celebración (y no se debe a una auténtica parte negocial) (35). De modo que, paradójicamente, un rasgo propio del contrato social se evidencia no en la etapa negocial sino institucional, a través de las conexiones jurídicas entre la sociedad y sus miembros.

En definitiva, las singularidades derivadas de la onerosidad de este negocio enturbian la visibilidad de la causa. Y a la inversa, la concepción causal

(29) Vid. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, pág. 397, al manifestar que la prestación del socio no la recibe directamente de otro socio, sino que entra en el patrimonio social y a través de éste se traduce luego en una ventaja para quien la ha realizado.

(30) Aunque GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, cit., pág. 410, afirma que los beneficios no son contraprestación.

Pero la STS de 25 de octubre de 1926, estima la participación en ganancias como una modalidad de contraprestación en los contratos.

(31) Vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Las participaciones en el beneficio de la empresa social», en *RDM*, 1949, pág. 43.

(32) A propósito, vid. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo V, Buenos Aires, 1979, págs. 299 y 489.

(33) Para Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1988, págs. 12 y 159, los contratos sinalagmáticos se caracterizan porque cada prestación es causa de la prestación.

(34) Sobre esta cuestión, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pág. 239; LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., págs. 396 y 397, citando a Mossa señala que se reúnen los derechos y obligaciones de los respectivos socios de modo que se trazan líneas directas entre éstos y la entidad pero antes de ese momento, reconócese una forma de bilateralidad indirecta o mediata. El beneficio que esperan obtener los socios no es a expensas de la otra parte sino de un resultado ganancioso común.

(35) Vid. GIRÓN, *Derecho de Sociedad Anónima*, Valladolid, 1952, pág. 276.

del contrato social (el ánimo de lucro), matiza la clásica acepción del carácter oneroso al extraerlo de la esfera *inter partes* (36).

b) *Su carácter preparatorio*

Las pretensiones de los contratantes sociales pasan necesariamente por crear una plataforma jurídica (personalizada) para la conclusión de negocios futuros (37). La identificación del contrato social con el convenio fundacional le imprime la nota de instrumentalidad. De manera que este modelo contractual se dirige legalmente, con independencia de otros objetivos negociales, a la constitución de una persona jurídica (38). El fin inmediato del contrato social, la fundación de una entidad, precede a la consecución de cualquier otro propósito de las partes negociales (incluido el lucro causal).

La configuración del contrato social como negocio preparatorio, deriva de su incapacidad para cumplir una finalidad contractual principal (39). Las aspiraciones de los contratantes, cualesquiera que sean, no se satisfacen por la simple conclusión del contrato social. Su condición preliminar proviene pues, de la imposibilidad para lograr mediante su celebración los fines últimos de los socios. La equiparación de éstos con la causa del contrato social, anuda tal requisito de validez a ese rasgo negocial. Por lo que el elemento causal pende de la realización de otros negocios posteriores al contrato de sociedad.

A nivel causal, el contrato social queda reducido a un negocio auxiliar para alcanzar la finalidad de los contratantes. Y en consecuencia, su carácter preparatorio dificulta la apreciación de la causa, contribuyendo a relajar su exigibilidad, ya que en el momento de perfeccionarse el negocio de sociedad, las diversas instancias jurídicas que intervienen (notarios, registradores), no pueden cerciorarse de la concurrencia de este requisito.

(36) Destaca RUBIO, *Curso de Derecho de Sociedad Anónima*, Madrid, 1974, pág. 105.

(37) En este sentido, vid. CASTÁN, *Derecho Civil Común y Foral*, Madrid, 1997; LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 413, al afirmar que no es mercantil la sociedad que busque un incremento económico de sus miembros operando con ellos mismos, sin especular con el público.

(38) Sobre este tema, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pág. 135.

(39) Según LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 397, el contrato es un primer paso al que han de seguir las actividades comerciales propias de la finalidad que se persigue.

c) *La incidencia causal del tracto sucesivo*

Entre las características del contrato social que manifiestan cierta repercusión causal, cabe citar la ejecución reiterada en el tiempo (40). Su consideración como negocio sucesivo afecta a la causa del negocio de sociedad (41).

En este sentido, la continua producción de efectos del contrato social, jalonados durante el curso jurídico de la sociedad, impide limitar su causa a un instante único (42). El tracto sucesivo propio del contrato social se confirma desde la mediatez de que adolece la finalidad perseguida por los contratantes (43). Pero también este rasgo desvela la proyección de la causa más allá de la fase de perfección negocial, a la de consumación en la que ya ha surgido la sociedad (44).

Al respecto, la coincidencia del momento consumativo con el nacimiento del ente en virtud del tracto sucesivo intrínseco al contrato social, demuestra que este aspecto puramente contractual rebasa su órbita natural por extenderse a la etapa institucional; sin perjuicio de sus efectos causales, objeto de análisis a continuación.

3. LA CAUSA A TRAVES DE LAS DIVERSAS FASES DEL CONTRATO SOCIAL.

Enlazando con los apartados anteriores, puede pensarse que el *iter negocial* de las sociedades influye en el repliegue de la causa (45). La aceptación tradicional del contrato social como preparatorio y de tracto sucesivo, conduce a diferenciar con nitidez su perfección y consumación, pero esta diversificación fáctica provoca además, la escisión del elemento causal.

(40) LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 397.

(41) Según MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 717, el contrato de sociedad por ser de tracto sucesivo genera una situación duradera de colaboración de las partes a un fin común.

(42) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 38, al sostener que se alarga en el tiempo.

(43) Desde una óptica causal, el reparto de beneficios adolece de una periodicidad, consecuencia de la habitualidad inherente a la actividad empresarial.

(44) Para GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 189, los actos que se realizan a lo largo de la vida de la sociedad no son actos de ejecución de ese contrato, sino una actividad compleja tendente a cumplir el objeto social.

(45) En este sentido, vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 38; GARRIGUES, *Tratado...*, pág. 183, quien distingue el precontrato de sociedad, de la sociedad o fin fundacional; PAZ-ARES, *Comentarios...*, cit., pág. 1323, al sostener que en la fase genética el fin común es energía que produce obligaciones de los socios, y en la fase de funcionamiento rige la vida de la organización.

Conforme a lo manifestado con anterioridad, la suscripción del contrato social se encamina a lograr los fines particulares de los contratantes. Sin embargo, durante la prolongada etapa consumativa de aquél coincidente con el devenir social, tales propósitos se socializan (46). A ello contribuye la efervescencia de la personalidad jurídica después de la perfección negocial, tamizando la causa del contrato social (47).

Desde luego, la consumación de este tipo negocial no tiene el mismo valor extintivo que otros contratos (48). La relación contractual creada subsiste por un periodo de tiempo susceptible de dilatarse en el tiempo; aunque entonces, la prolongación del contrato social genera otros vínculos negociales con causa propia (49).

Asimismo, la conversión del contrato social en puente jurídico de ulteriores negocios, aparece subordinado al nacimiento de un sujeto de derecho. Por lo que la causa de aquél se somete a la voluntad, directrices y vicisitudes de la persona jurídica (50). La consumación constituye el punto de conexión de las vertientes contractual e institucional de las sociedades; siendo también dicho momento, el eje donde convergen causas diversas no siempre coincidentes (del contrato social, de la sociedad y de los negocios que ésta celebra). Esta interrelación causal plantea el problema de la compleja unificación en torno a dicho elemento, cuyo análisis remite a los siguientes epígrafes.

(46) Vid. VIGUERA RUBIO, *Reflexiones críticas sobre la constitución de la sociedad de capital*, pág. 44, para quien el nacimiento de la sociedad se produce por un complejo iter negocial integrado por una serie de actos que tienen lugar en un variable lapso de tiempo. Tales actos tienden a aquella exclusiva finalidad y producen *uti singuli* efectos jurídicos menores respecto del efecto jurídico principal perseguido, el nacimiento de una sociedad.

(47) Entre otros, vid. SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 1959, pág. 42; Díez PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997, pág. 192, al afirmar que la función del contrato no se agota con la ejecución de las obligaciones de las partes, la cual constituye la premisa de una actividad posterior y la realización de ésta constituye la finalidad del contrato; MARTÍ, «EL contrato de sociedad en el derecho codificado español con especial referencia al Código Civil (reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)», en *RDM*, 1989, pág. 718, quien se refiere a la transustanciación, convirtiéndose de contrato en persona.

(48) Vid. FERRARA, *Empresarios y sociedades*, cit., pág. 215.

(49) Vid. GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 189, para quien la relación contractual originaria se convierte en relación corporativa. El contrato desaparece de la escena y deja paso a un mecanismo jurídico.

(50) Para VIGUERA RUBIO, «Reflexiones críticas sobre la constitución de las sociedades de capital», en *RdS*, 1996, cit., pág. 50, el significado del adjetivo fundación, que califica el término contrato, da idea de que el negocio forma parte de la fundación, pero también que de ésta pueden formar parte otros elementos.

3.1. LA MUTACIÓN DE LA CAUSA DEL CONTRATO SOCIAL EN LA FASE DE CONSUMACIÓN NEGOCIAL

Desde la interpretación de los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio se viene asimilando el elemento finalista del contrato de sociedad con el lucro personal de los socios (51). De modo que la causa aparece incardinada en los móviles subjetivos de los contratantes (52). A través de este presupuesto contractual se ha conferido una significación jurídica a las pretensiones particulares de las partes negociales (53).

Ahora bien, el requisito causal no se manifiesta en el instante de perfección contractual sino con posterioridad, durante la consumación del negocio social. Por lo que los fines económicos de los contratantes determinan la relegación temporal de la causa.

Desde una óptica causal, y dada la identidad del contrato social con el negocio fundacional, se engarzan los aspectos contractual e institucional de las sociedades (54). Ambos aparecen fusionados también a nivel legal por la regulación de los artículos 116 y siguientes del Código de Comercio, en los que se alude indistintamente al contrato de compañía y a las compañías mercantiles (55).

El contrato social abarca pues, la fundación de la persona jurídica, si bien su causa puede transfigurarse cuando alumbra a ésta. En principio, la finalidad jurídica inmediata del contrato social se centra en la constitución de una entidad (56). Con lo que los contratantes aceptan tácitamente la necesidad de una previa personificación del contrato para alcanzar sus propósitos.

Es decir, el contrato social se suscribe por las partes con el fin directo de crear una sociedad, pero con la convicción interna de que la fundación es sólo un medio jurídico para realizar sus objetivos. Si bien los socios al asumir la obligada interposición de un ente, implícitamente tienen en cuenta (o al menos

(51) Aunque PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1324, sostiene que donde acaba el fin comienzan los motivos o razones particulares para impulsar a cada sociedad, que son individuales e intrascendentes.

(52) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág. 537, al referirse a la función justificante de causa.

(53) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1333, para quien los motivos sirven para determinar que hay un interés común. El motivo se convierte en causa, en fin común.

(54) Vid. MARTÍ, *El contrato de sociedad...*, cit., pág. 680.

(55) Aunque MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 684, afirma que el contrato de sociedad no es un *prius* de la persona jurídica.

(56) Sin embargo, vid. MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 693, al señalar que además del lucro, el contrato de sociedad está integrado por otro elemento intencional: el de constituir una sociedad como entidad nueva.

deberían considerar) que éste puede interferir en la consecución de sus pretensiones (57).

La entidad surgida del contrato social adquiere una personalidad jurídica propia e independiente de quienes la engendraron. La voluntad social puede conformar unos fines propios que no siempre coinciden con los de los contratantes. Derivativamente se bifurca la causa, distanciándose la del contrato social de la denominada *causa societatis* (58).

Siguiendo el tradicional criterio causal, y sin perjuicio de cuestionarlo más adelante, el lucro particular de los socios resulta escindible del fin social. Incluso, identificándolo con el lucro de la sociedad, la consecución de éste no garantiza la satisfacción lucrativa de las partes negociales, ya que el reparto de beneficios se somete a las directrices y estrategia de la entidad (59).

Sin embargo, la concepción de la causa como lucro personal de los contratantes ha propiciado que éstos se consideren autolegitimados para ostentar un derecho de copropiedad sobre el patrimonio y ganancias sociales (60). De este malentendido contenido causal surgen numerosas actitudes irregulares respecto del fondo común, al olvidarse que los fines lucrativos de los socios se encuentran mediatizados por las decisiones y finalidad de la persona jurídica (61).

La condición de negocio subyacente que adopta el contrato social, como base jurídica de la formación de la sociedad, y la prioridad de sus fines una vez constituida, motiva una posible disección causal (62). Bajo la causa del contrato social hibernan los móviles subjetivos de las partes negociales y los fines últimos adheridos a la esencia jurídica de este tipo negocial (63).

Según De Castro, la naturaleza del negocio en virtud de su causa se determina no sólo conforme a lo establecido por la Ley para cada tipo, sino también con arreglo a su carácter (64). Y en las sociedades junto al fin

(57) Según FERRARA, *Empresarios y sociedades*, cit., pág. 215, el contrato vincula desde la estipulación y produce ciertos efectos reducidísimos, preordenados a la finalidad de hacer posible la creación de la sociedad.

(58) Al respecto, vid. PLAISANT, «La evolución de la idea de empresa», en *RDM*, pág. 171.

(59) Vid. GARRIGUES, *Tratado...*, cit., pág. 339, al referir la pugna de intereses entre la sociedad y los socios.

(60) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., pág. 211.

(61) Entre otros, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pág. 111, al referir que la sociedad adquiere autonomía patrimonial respecto de los socios; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1324, quien reconoce que la inserción de razones individuales en la causa no depende de la índole material del fin sino de su comunidad.

(62) Resulta esclarecedor DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pág. 28, al señalar que es posible separar el fin jurídico de la totalidad, del resultado real que se busca conseguir con el negocio.

(63) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 200.

(64) Así se manifiesta DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 203.

explicitado por el legislador (el lucro de los contratantes), el contrato social encierra una finalidad social (65). A priori no se trata de causas excluyentes, aunque pueden llegar a ser incompatibles en la práctica (66).

En todo caso, es innegable que se produce una evolución causal debido a que el fin motriz del contrato social se resiente y difumina con el nacimiento de la sociedad (67). Los móviles lucrativos de los contratantes se oscurecen tras la pantalla social (68). La personificación del contrato social desvirtúa esta causa usualmente admitida como legal (69).

En cuanto a ella, Garrigues sostiene que como la de todo contrato habría de servir para diferenciarlo de los demás (70). Pero, a nuestro entender, su habitual asimilación con el lucro particular no singulariza adecuadamente el contrato social. Esta finalidad subjetiva está presente en numerosas modalidades contractuales constituidas onerosamente (compraventa, préstamo, arrendamiento, depósito...), dado el proceso de mercantilización en el que se ven inmersas (71). Con frecuencia, la prestación o promesa de una cosa o servicio erigida en causa genérica de los negocios onerosos por el artículo 1.275 del Código Civil, encierra una animosidad lucrativa capaz de integrar siquiera sea ocasionalmente este elemento. Sin embargo, la concepción objetivista de la causa seguida por el ordenamiento común ha prescindido de incorporar las motivaciones de los contratantes.

Asimismo, la esencialidad intrínseca a la causa y su pertenencia a la estructura contractual la convierten en un requisito aglutinador de los contratos. Pero el carácter contingente del ánimo de lucro ha podido influir en su oscurecimiento como causa de los negocios onerosos. Sólo el contrato social

(65) Destaca LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1989, pág. 45.

(66) Entre otros, vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 245 y 246, al señalar que la incorporación a la causa se produce porque el motivo lucrativo es común y determinante; PAZ-ARES, «Comentario...», cit., pág. 1334, quien sostiene que si se pacta que algunos no participen en los beneficios, el fin común ya no será el ánimo de lucro sino un lucro objetivo: el desarrollo de una empresa.

(67) En este sentido, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1356, al afirmar que la personificación genera una notable modificación del régimen individual de producción de actos e imputación de efectos propio del derecho común.

(68) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1311 y 1312, quien señala que en el plano obligatorio hay un contrato dirigido a un fin común.

(69) Según DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 189, el móvil puede aparecer integrado en la causa (STS de 20 de junio de 1955) o incorporado al contrato (STS de 27 de febrero de 1964); OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, Granada, 1986, pág. 233, al referirse a los móviles fuera del contenido del contrato.

(70) Vid. GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 225, quien entiende la causa como fin común, como ejercicio en común de una actividad económica que da lugar a una ganancia.

(71) Para PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1322, la causa como fin común es un elemento comunitario que diferencia a la sociedad de los demás contratos.

parece haberlo elevado a presupuesto de validez, dada la mención normativa al fin lucrativo en un sentido teleológico (arts. 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio) (72).

No obstante, esta postura causal basada en la dicción legal, al concentrarse en los móviles de los contratantes, en modo alguno es generalizable a todos los contratos sociales. En efecto, los fines que actualmente mueven a suscribir el negocio de sociedad, exceden del reparto de beneficios entre los socios. Otras motivaciones sobre las que incidiremos más adelante, como el ahorro o la especulación sin aguardar a la obtención de ganancias repartibles, pueden determinar la conclusión del contrato social, priorizándose incluso respecto de la idea de lucro tradicionalmente considerada.

De modo que se ha erigido en causa un fin cuyo carácter subjetivo impide extenderlo a cualesquiera contratantes y negocios sociales. Esto, sin duda, contradice la naturaleza esencial del elemento causal y su condición fundamentadora de los contratos (73). Al optarse por una finalidad que no siempre es común a los contratos sociales, se pone en entredicho la noción misma de causa.

Junto a la discutible causalidad del lucro personal de los contratantes, surge su problemática casación con los fines de la sociedad. Se trata, en suma, de la difícil pretensión de conciliar los intereses particulares de los contratantes con el interés social (74). Si bien la aparente preeminencia de aquéllos a nivel causal, colisiona con el efecto legal asignado al contrato social (75).

Entendiendo que si este último consiste en la constitución de una sociedad, es obligado el reconocimiento jurídico de una finalidad social. De forma que la causa del contrato social coexiste con los fines de la persona jurídica que engendra (76). Sin embargo, la subsunción originaria de éstos en aquélla se transforma con posterioridad, provocando la inversión del orden causal a la vez que escinde tal elemento.

(72) Vid. GRAZIANI, *Diritto delle società*, Padova, pág. 28; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 31 y 41.

Destacan las SSTs de 27 de febrero de 1945 y 23 de mayo de 1962.

(73) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1337, al admitir que el contrato de sociedad no consiste en el acuerdo de crear una sociedad, sino en el acuerdo de crear una sociedad para lograr un fin.

(74) Vid. SERICK, *Apariencia y...*, cit., pág. 53, para quien los fines de la persona jurídica sólo pueden alcanzarse con una radical separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios.

(75) Según CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984, págs. 64 y 68, se trata de entes dotados de personalidad jurídica, sujetos de derechos autónomos y ajenos respecto de las concretas personas físicas.

(76) No compartimos la opinión de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Las participaciones en...», en *RDM*, cit., quien sostiene que la condición de aportante social trae consigo un derecho de crédito sobre el beneficio y es connatural a la sociedad.

En cuanto a esta primera consecuencia, y a pesar de que la sociedad aparece después del contrato social, es evidente que la *causa societatis* precede al lucro personal de los contratantes, pues para el reparto de beneficios entre éstos se precisa la obtención anterior de ganancias por la entidad (77). La causa del contrato social pasa entonces a un segundo plano, lo que incluso, permite poner en duda el carácter esencial inmanente a este elemento.

Sobre la desintegración de la causa, se debe a la imposibilidad de alcanzar una plena reciprocidad entre el fin social y el personal de los contratantes (78). Así, la posible discordancia de ambas finalidades ratificaría el desdoblamiento de este requisito (79). Este resultado se comprueba cuando el propósito lucrativo de los socios pugna con la estrategia económica de la sociedad (80).

En efecto, tal y como se acaba de manifestar, el lucro social no garantiza la satisfacción del beneficio individual de los contratantes (81). Para alcanzar éste se requiere una previa ganancia social, aunque también que la política económica de la sociedad decida repartirla (82).

El lucro social actúa, por tanto, a modo de *conditio sine qua non* de la causa en el contrato de sociedad. Sin embargo, su mérito a nuestro juicio, consiste en coadyuvar a establecer un cerco jurídico respecto de las entidades que se desentienden de dicho elemento.

(77) Vid. GIRÓN TENA, *Derecho de...*, cit., págs. 200 y sigs; DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», en *ADC*, 1980, pág. 72; VICENT CHULÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, pág. 93; AA.VV., *Reforma de la Sociedad Anónima*, cit., pág. 340; DE COSSÍO, *Hacia un nuevo concepto...*, cit., pág. 646; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 215, al reconocer que el empresario social surge de un contrato, que tiende a crear una organización de personas a la que se reconoce personalidad jurídica.

(78) Cabe citar a CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, cit., pág. 37, para quien no son iguales las consideraciones ni las consecuencias a que se somete el individuo *uti singuli* que *uti universi*; DE SOLA CAÑIZARES, *Las formas jurídicas...*, cit., pág. 313, afirma que la sociedad anónima como forma jurídica de la gran empresa no puede ser un contrato de sociedad.

(79) Según MOSSA, «Fundación y administradores en el proyecto español de reforma», en *RDM*, 1950, pág. 183, la voluntad de origen en el contrato es la que continúa y vive dominante entre las partes, pero en la sociedad mercantil se renueva y modifica; la unión activa conduce a la consecución de la voluntad en cada momento.

(80) Vid. DE COSSÍO, *Hacia un nuevo...*, cit., pág. 654, quien admite que la sociedad absorbe la individualidad de sus miembros; LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 349, al referir que las sociedades están guiadas por un interés egoísta de conseguir ganancias y distribuirlas entre sí los socios.

(81) Destacan las SSTs de 10 y 18 de noviembre de 1986, de 1 de abril de 1988, de 5 de junio de 1996 y de 21 de junio de 1998.

(82) Sin embargo, CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, cit., pág. 72, mantiene que los intereses colectivos son la suma de intereses individuales de los miembros sociales.

La funcionalidad del fin social radica en su capacidad para desenmascarar desde su sentido negativo, a aquellas sociedades carentes de causa o con causa ilícita. Su instrumentalización como barómetro causal desprovee de fundamento jurídico a los entes sin vida económica o con un tráfico empresarial simulado o ilegal (83). Dado que el afán lucrativo de los contratantes reclama necesariamente un desarrollo empresarial, las entidades que no despliegan actividad comercial alguna (vegetativas a nivel jurídico), pueden considerarse causalmente viciadas (84).

En base a la causa entendida como fin social, y especialmente en su vertiente negativa, se aprecian mejor las sociedades y actuaciones contrarias a la misma. Constituyendo este elemento una de las escasas respuestas jurídicas al fraude cometido en el universo societario (85). Ante el creciente auge de sociedades inertes, tapadera o delictivas, la legalidad societaria se ha mostrado impotente para contrarrestar tal fenómeno (86). Por esta razón y dada la injustificabilidad jurídica de tales entes, parece conveniente acudir al germen de la actual coyuntura, la causa, rescatándola del aletargamiento en que se encuentra mediante una propuesta de renovación que se desenvolverá más adelante.

Ahora bien, la consolidación en el plano societario de este presupuesto de origen civil, pasa ineludiblemente por admitir la dependencia del lucro de los contratantes respecto de los fines sociales (87). Centrándose en éstos, y aún a sabiendas de su amplitud, parece incuestionable que cualesquiera que sean, siempre reclaman un funcionamiento mercantil, en base a la condición empresarial de las sociedades (88).

(83) Sobre esta cuestión, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1302, al referirse a sociedades que no realizan actividad mercantil y adoptan forma mercantil, afirmando que la actividad común es un requisito social, por lo que deben excluirse del ámbito societario las que no la desempeñen.

La STS de 3 de diciembre de 1987 niega naturaleza societaria si la actividad se desarrolla separadamente por los socios sin explotación común.

(84) Así lo establece PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1303 y sigs.

(85) Vid. LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., págs. 354 y 363, al afirmar que la comercialidad de las sociedades dimana de su objeto, consistente en el ejercicio del comercio y no merecen la consideración de mercantiles las sociedades que no lo realicen.

(86) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., págs. 583 y 584.

(87) Más explícito resulta DE COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», en *ADC*, 1954, pág. 650, al afirmar que interesa la organización en cuanto la misma se dirige a una finalidad que no se agota en la utilidad, lucro o ganancia de sus titulares sino que, en cuanto afecta a la producción, está vinculada al interés público.

(88) Entre otros, vid. DE SOLA CAÑIZARES, «Las formas jurídicas de las empresas (la empresa individual limitada, el contrato de sociedad y la institución por acciones)», en *RDM*, 1952, pág. 332; GONDRA, *La estructura jurídica de la empresa*, cit., pág. 497, para quien la obtención de un excedente máximo, el principio de economicidad, es lo verdaderamente consustancial a la empresa; LLEBOT MAJÓ, «Doctrina y teoría de la empresa en el

Esta idea, aunque parte de una concepción subjetivista de la causa al atender a la finalidad perseguida por los socios, se detiene después en una visión objetiva de la misma relacionada con la función económico-social del contrato de sociedad (89). De modo que la causa se subvierte, por adquirir un carácter secundario los fines lucrativos de los contratantes respecto de aquellos correspondientes a la entidad (90).

En puridad, la vertiente institucional (empresarial) aún siendo una derivación del contrato social, se antepone teóricamente a éste desde una perspectiva causal (91). Si bien en la práctica pueden primar los fines lucrativos de los socios sobre los de la sociedad, debido al soporte jurídico que les confiere la noción tradicional de causa (92). El respaldo legal que ésta concede a los intereses personales de los contratantes, parece legitimar el sacrificio del fin social (93). Por lo que el elemento causal es susceptible de argumentar desviaciones jurídicamente insostenibles, como el lucro de los socios a costa de la sociedad (94). Comprobándose entonces los riesgos de llevar hasta sus últimas consecuencias la causa del contrato social y, simultáneamente, desmantelar la denominada *causa societatis* (95).

Derecho Mercantil (una aproximación al significado de la teoría contractual de la empresa)», en *RDM*, 1996, pág. 353; URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1999, pág. 433.

(89) Entre otros, vid. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Nápoles, 1994, pág. 376; LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Madrid, 1991, pág. 331; ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997, pág. 110; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, II, «Obligaciones y contratos», Madrid, 1984, pág. 360; BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág. 167.

(90) Para SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, 1998, pág. 139, la finalidad de la empresa es la obtención del máximo beneficio.

(91) Vid. GONDRA, *La estructura jurídica...*, cit., pág. 356, quien reconoce la doble vertiente contractual y de organización.

(92) Entre otros, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 215; PAZ-ARES, «Comentario...», cit., pág. 1316, quien reconoce en la sociedad un acto unilateral por alienamiento colectivo de intereses.

(93) Aunque SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 226, sólo para la asociación establece la escisión entre el interés de la misma y el de los socios; MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 696, quien no obstante, afirma que una nota peculiar de la sociedad es la promoción por los socios del fin común.

(94) Según SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 216, se exige la colaboración por los socios en el ejercicio de una actividad económica común.

En esta línea, la STS de 25 de abril de 1960 dispone que el contrato atiende al fin que se persigue con el mismo según su especial naturaleza.

(95) Para GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992, págs. 190 y 191, cada parte no proporciona a ninguna de las otras una ventaja, un disfrute inmediato, sino que mediante una sucesiva utilización termina proporcionando un provecho; GONDRA, *La estructura jurídica...*, cit., pág. 503, admite que la empresa no llega nunca a independizarse del sujeto, a objetivarse plenamente; CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, cit., págs. 103 y 131.

3.2. IMPLICACIONES DE LA CAUSA DURANTE EL DEVENIR SOCIAL

Conforme a lo declarado con anterioridad, resulta imposible ceñir la causa al momento de perfección del contrato social (96). Siendo tal singularidad uno de los escollos para la penetración de este elemento en el mapa societario.

No obstante, la coincidencia de la fase consumativa con el alumbramiento de la persona jurídica, puede augurar que la causa del contrato social debe también irradiar la vida de la sociedad (97). Sin embargo, esta afirmación apenas es visible desde la legislación societaria salvo a través del artículo 115 LSA, aunque de una forma genérica (por la remisión a la ley) y puntual (para los acuerdos sociales).

Más explícita resulta la normativa italiana, cuyo artículo 2.373 del Codice civile establece que el derecho de voto no puede ser ejercitado para realizar un interés particular extraño a la causa del contrato de sociedad. Representando, por tanto, esta disposición sin parangón en el Derecho español, un claro exponente legal del influjo continuo del presupuesto causal en el funcionamiento de las entidades (98).

En nuestro ordenamiento, ante el silencio legislativo, sólo la consideración del contrato social como un negocio base de relaciones contractuales posteriores de la sociedad, permite intuir la infiltración de la causa negocial durante el devenir del ente (99).

Asimismo, dicho planteamiento se infiere de la inoportunidad de circunscribir el elemento causal al momento de formación negocial, ya que las partes contratan para producir un resultado jurídico (y no para obligarse) (100). Esta

(96) Aunque algunos autores como GONDRA, *La estructura jurídica...*, cit., págs. 531 y 565, admiten que en las sociedades existe un patrimonio afectado a un fin, y por tanto, la sucesión de actos se halla coordinado por este fin.

(97) Vid. DE ZUALACÁRREGUI MARTÍN-CÓRDOVA, *Causa y abstracción causal...*, cit., Madrid, 1977, pág. 87.

(98) Sobre esta cuestión, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 313; también PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1335, quien asegura que la licitud de la causa debe ser permanentemente observada durante la vida de la sociedad.

(99) En esta misma línea, BROSETA PONT, *Manual de...*, cit., pág. 164, para quien las obligaciones de los socios tienen una función instrumental respecto de la causa del contrato de sociedad; GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 475, al señalar que el juez examinará el carácter del acuerdo, constatará que el acuerdo está en conflicto con el orden de intereses que, en virtud de la norma del artículo 2.247 del Codice Civile, se encuentran en la causa del contrato de sociedad, en fin, examinará si del acuerdo puede resultar perjuicio al patrimonio de la sociedad. Destaca PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1338, para quien la posibilidad de desarrollo del fin común es condición de existencia de la causa.

(100) Vid. CASTÁN, *Derecho Civil Español...*, cit., pág. 641, al manifestar que la causa actúa no sólo en el momento de formación del contrato sino también en el momento de su ejecución, sino contratarían las partes para producir un resultado jurídico.

extendida opinión sobre la causa en general concretada a las sociedades, implicaría la conversión del lucro en un aspecto informador de la vida social hasta su consecución por los contratantes (101). Desde esta perspectiva, se distancia claramente la causa de otro requisito de validez regulado por el artículo 1.261 del Código Civil, el consentimiento, limitado al momento de perfección contractual (102).

Esta difusión temporal del presupuesto causal procede de las peculiaridades inherentes al contrato de sociedad (103). Especialmente, la ya referida naturaleza de tracto sucesivo, que impide apreciar la causa en un instante único de perfección del contrato social (104). De ahí que la presunción de este requisito al suscribir el contrato social, signifique la anticipación de la validez negocial (105).

Igualmente, el contenido de la causa del contrato social contribuye a su prolongación, por ser inadvertible el lucro en el momento de celebrarse aquél. Para el cumplimiento del elemento causal se exige que la sociedad desarrolle una actividad económica, constituyendo las operaciones sociales el medio dirigido a lograr el fin causal (106). Por lo que éste actúa como hilo conductor

(101) Así, vid. DE ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Madrid, 1977, pág. 78, quien citando a Roca y Puig Brutau, admite que la causa opera en dos momentos: perfección y cumplimiento. En el primero, surge por la naturaleza de las cosas y en el segundo, la misión de la causa es alcanzar la finalidad perseguida con la obligación.

(102) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1972, pág. 637, al señalar que la causa no existe en un momento determinado sino que puede ser constante; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., pág. 700.

(103) Para PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1988, págs. 128 y sigs., hay que partir de la distinción entre negocios iniciales o que abren una relación entre las partes, de los de simple ejecución que presuponen la existencia del anterior; las de cumplimiento tienen su causa o su justificación en la existencia del precedente negocio causal y el contrato básico inicial es el que ha de tener su causa.

(104) Vid. AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. ALBALADEJO), tomo XXI, Madrid, 1986, págs. 3 y 10, al matizar que mediante la sociedad no se instaura una relación obligatoria que se agote en el mero intercambio de bienes o servicios, sino que se caracteriza por su duración o perdurabilidad.

(105) Al respecto, vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de...*, cit., págs. 205 y 202, al analizar la presunción de la causa y reconocer que la falta de causa sobrevenida en el cumplimiento de una obligación no es lo mismo que la falta de causa del contrato que se pretende celebrar; una cosa es tener en cuenta la válida formación del contrato y otra distinta es atender a los problemas que suscita su desenvolvimiento posterior (*conditio causa data causa non secuta*).

(106) Entre otros, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pág. 173, al diferenciar los negocios que tienen su causa en otros anteriores y los negocios que tienen su causa en sí mismos. Un negocio jurídico es protegido porque es cauce idóneo para alcanzar finalidades; GALGANO, *Il codice civile. Commentario. Le società per azioni, principi generali*, Milán, 1996, pág. 109; FERRARA, C., *El negocio jurídico*, Madrid, 1956, pág. 192, al analizar la ilicitud del contenido de la deliberación por ilicitud de la causa, o sea, de la función económico-social de la deliberación o ilicitud de los motivos.

común de los actos, negocios o decisiones sociales, cuya causa específica ha de adaptarse a la del contrato social.

En la legislación societaria se observan algunos atisbos de esta directriz (107). Así, el lucro personal de los contratantes parece latir tras determinadas disposiciones (arts. 10, 52 LSRL) (108). Si bien, las actuaciones reguladas en ellas dejan translucir la posibilidad de discordancia entre la *causa societatis* y la del contrato social.

En efecto, legalmente se consiente el favorecimiento directo de los socios sin exigirse la obtención previa o simultánea de beneficio social mediante los negocios tipificados. Tampoco la admisión legal de éstos repara en la lesividad del patrimonio social (siempre considerable como un resultado contrario a los fines sociales) ni establece las cautelas necesarias para la posterior reintegración patrimonial. Además, es difícil imaginar que el lucro obtenible por los socios mediante préstamos, créditos, anticipos, liberalidades..., aunque sea con su abstención, suponga también un beneficio a la entidad (109).

El hecho de que en tales operaciones el lucro de los contratantes se desentienda del correspondiente a la sociedad, unido al posible menoscabo del patrimonio social, son consecuencias que dejan entrever la escisión legal entre la causa negocial y la *societatis*.

Paralelamente, la positivación de estos negocios sociales, ajenos o perjudiciales a los fines de cualquier sociedad, proporciona cierta causalidad a los mismos (110). Es decir, con el reconocimiento legal se causalizan de algún modo si bien su admisión no puede presuponer la intangibilidad de la causa.

En principio, la previsión legislativa de una actuación o contrato es capaz de producir un espejismo jurídico-causal, que arrastre consigo la presunción

(107) En este sentido, vid. CAPILLA RONCERO, *Comentarios al...*, cit., pág. 690, para quien la consecución del fin común se hace así instrumento que persigue la satisfacción del interés individual de cada socio. Luego no cabe escindirlos de manera que conseguido el primero, el socio no perciba el segundo; GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 478, quien afirma que «por ello, es superfluo hablar de invalidez por ilicitud del motivo o por ilicitud de la causa del acuerdo, partiendo del presupuesto de que el acuerdo societario tiene la misma causa que el contrato de sociedad y que la violación a través del acuerdo de la causa del contrato de sociedad, hace ilícita la causa del propio acuerdo». Véase la SAP de Barcelona de 4 de enero de 1995.

(108) Vid. LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1991, pág. 320.

(109) Aunque la RDGRN de 2 de febrero de 1966 reconoce que la sociedad no podría ejecutar los actos contrarios a la causa o fin lucrativo.

(110) Vid. MORALES MORENO, *Voluntad y causa en la teoría del negocio jurídico de F. de Castro*, Madrid, pág. 148, al referir que la celebración de un negocio conforme a las exigencias del tipo, sin desviaciones, permite afirmar que tiene causa (típica).

Por su parte, la STS de 5 de junio de 1945, admite que la inexecución de un acto y la imposibilidad de cumplirlo, no constituye un caso de desaparición de la causa.

de dicho elemento y su licitud. Este factor retrae la efectividad de la causa en aquellos actos o negocios celebrados conforme a su normativa específica. La razón se halla en que la regulación de un contrato le confiere determinada fundamentación jurídica que dificulta la aplicación de la causa.

Ahora bien, en nuestra opinión, la observancia de la legalidad no debe conllevar un juicio apriorístico sobre la concurrencia de causa y de sus requisitos. Más al contrario, en los resquicios de la propia ley suelen anidar conductas sin causa o con causa antijurídica. Por lo que este instrumento general puede reprimir lo que no consigue la legislación particular. Y, concretamente, en las sociedades permitiría reaccionar contra conductas que encuentran amparo jurídico en la normativa respectiva.

Pensemos en un acuerdo social de disolución de una sociedad anónima o limitada tramitado escrupulosamente con arreglo a la ley. Si esta operación persigue dejar insatisfechas las deudas sociales, la finalidad legislativa que el legislador le atribuye (su causa) está siendo defraudada (111).

Desde una óptica general es pues frecuente, la instrumentalización de actuaciones sociales para fines ilícitos o contrarios al lucro causal. En estos casos, el cumplimiento del Derecho societario no garantiza la plena validez o licitud de los negocios realizados por la sociedad. La causa puede entonces contribuir a recuperar el clima de legalidad en el seno social, ante la impotencia de los mecanismos de control ofrecidos por la legislación societaria para restablecer el orden jurídico.

No obstante, esta posibilidad tropieza con la indiferencia hacia el elemento causal, debida a la excesiva y exclusiva atención a las leyes especiales pero también al ambiente de extrema libertad que se respira en las sociedades (112). Sobre este último aspecto, y para evitar que la autonomía de la voluntad reinante en el marco social transfigure a las entidades mercantiles en un coto privado impenetrable al derecho, conviene retomar el discurso causal (113). Mediante dicho resorte numerosos comportamientos arbitrarios

(111) De ahí que una misma actuación pueda atentar contra la causa, y simultáneamente incurrir en el fraude de ley o el abuso de una institución jurídica.

(112) Al respecto, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 167 y 170, para quien la causa es aplicable a todos los negocios jurídicos y quien se obliga no lo hace por placer, sino para alcanzar una finalidad, siendo la razón que justifica que un negocio jurídico reciba protección del ordenamiento jurídico.

(113) En el Derecho español, el artículo 1.261 del Código Civil considera la causa como un requisito esencial de los contratos, y por tanto, también es aplicable al contrato social. Por su parte, el párrafo 241 de la Ley alemana de sociedades, declara la nulidad de los acuerdos ilícitos por ser contrarios a la causa de la sociedad. En la doctrina española, destaca GARRIGUES, «Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima», en *RDM*, 1946, pág. 424, para quien serían nulos los actos contrarios a las leyes o con causa ilícita, e ineficaces los acuerdos que violen los derechos de terceros; MORALES MORENO, *Voluntad y...*, cit., pág. 147.

desarrollados en este ámbito, inasumibles por la normativa societaria pueden tener una respuesta legal (114).

Al margen de la postura que se adopte respecto a la prolongación o no de la causa del contrato social más allá de su perfección, cualquier actuación de las sociedades (sea o no negocial) ha de descansar en una base causal (115). De modo que con el propósito de aunar las opiniones diversas que pueden surgir sobre este punto, cabe fijar una causa común al contrato social y demás relaciones negociales posteriores a él (116). En este sentido, sólo el fin económico permite unificar causalmente el negocio originario de sociedad y los contratos que emergen del mismo (117).

Pese a la amplitud de este criterio de eficiencia, destaca su capacidad para aglutinar el contrato social y las operaciones realizadas por el sujeto que genera (118). Esta opción delimitativa de la causa se justificaría en virtud de la condición empresarial de las sociedades (119). Por lo que desde una perspectiva económica se fundamentan las conductas sociales, y *a sensu contrario* carecerían de razón de ser aquéllas que se desentienden de objetivos empresariales (120).

Ciertamente que esta concepción causal adolece de indeterminación pero facilita la apreciación de los comportamientos incompatibles con ella. Es decir, los contornos de este elemento se observan más nítidamente desde su reverso, a través de los actos contrarios a la rentabilidad económica de las sociedades. Sin embargo, sería erróneo pensar que este contenido causal se

(114) En esta línea, vid. LASARTE, *Principios de...*, cit., págs. 317 y sigs.

Destaca la STS de 24 de febrero de 1992 (Ar. 1425).

(115) Entre otros, vid. GIORGIANNI, «Causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho italiano y comparado», en *RDN*, pág. 69; DE LOS MOZOS, «La causa», en *RDN*, 1961, pág. 284; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, 1963, pág. 12, quien establece que existen algunos contratos que escapan a la tipificación de la causa, como el contrato de sociedad.

(116) Próximo a esta cuestión, GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 478, afirma que por ello es superfluo hablar de invalidez por ilicitud del motivo o por ilicitud de la causa del acuerdo, partiendo del presupuesto de que el acuerdo societario tiene la misma causa que el contrato de sociedad y que la violación a través del acuerdo, de la causa del contrato de sociedad, hace ilícita la causa del propio acuerdo.

(117) En la Jurisprudencia destaca la STS de 27 de febrero de 1945 (Ar. 505), que en el contrato de sociedad limita la causa a la utilidad.

(118) Así, vid. LASARTE, *Curso de...*, cit., págs. 320 y 321; DE ZUMALACÁRREGUI, *Causa y...*, cit., pág. 80; PAZ-ARES, *Animo de lucro y concepto de sociedad*, cit., pág. 106, al afirmar que en nuestro ordenamiento, la función del negocio asume el papel de causa de justificación del desplazamiento patrimonial actuado por el mismo.

(119) Así, vid. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El concepto de causa...*, cit., págs. 11 y 27; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico*, cit., pág. 261.

(120) Así, vid. PAZ-ARES, *Animo de lucro...*, cit., pág. 113, para quien falta causa cuando el negocio celebrado por las partes, no desarrolla una función que el ordenamiento reconozca como idónea para realizar intereses merecedores de tutela.

halla exento de inconveniencias. Lo económicamente favorable no siempre es aceptable jurídicamente, puesto que las relaciones entre la Economía y el Derecho presentan parámetros distintos. Así, un negocio rentable en términos económicos puede contravenir la legalidad (121). Si es lucrativo para la sociedad y los socios aparecerá dotado de causa, aunque ni siquiera ello significa que sea completamente admisible a nivel jurídico. Su validez causal exige además de una potencial rentabilidad, su adecuación a la ley y veracidad (licitud y autenticidad).

No basta, por tanto, la existencia de causa sino que es preciso que sea lícita y no simulada. Ambos requisitos causales permitirían solucionar conductas prácticamente deshauciadas por el legislador mercantil (122). Entre éstas, cabe incluir numerosas prácticas societarias que comienzan con la constitución de la entidad y se extienden a su funcionamiento (123). La actual expansión de sociedades fundadas de acuerdo con la legislación respectiva, pero que permanecen inactivas desde su formación, encuentran difícil sustento a nivel causal (124). Igualmente, la vulneración de este elemento se vislumbra en bastantes operaciones sociales, manipuladas con fines ilícitos o fraudulentos (125).

Por tanto, tras las patologías más usuales y corrosivas del orden social, suele aparecer la causa; de ahí su posible configuración como última *ratio* del ordenamiento privado.

4. DIFICULTADES PLANTEADAS POR LA CAUSA EN LA ESFERA SOCIETARIA

Indudablemente, la naturaleza de la causa como recurso genérico influye en su escasa repercusión jurídica, pero también determina su relegación práctica, pues sólo se acude a este instrumento cuando los mecanismos específicos

(121) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, «El negocio jurídico», cit., pág. 472; DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico», en *RDN*, 1961, págs. 304 y 305.

(122) Entre otros, vid. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El concepto de causa...*, cit., págs. 50 y 212; BETTI, «Teoría general del negocio jurídico», cit., págs. 212 y 158.

(123) A propósito, vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español común y foral*, cit., pág. 636, para quien la causa es el hecho que justifica la creación de una obligación por las partes.

(124) Vid. CAPILLA RONCERO, *Comentarios...*, cit., págs. 127 y 128, al admitir que el nombre de sociedades se reserva para designar a las asociaciones que persiguen un fin lucrativo común a los socios, para ser repartida la ganancia con posterioridad entre ellos mediante el desempeño de una actividad de carácter económico.

(125) Según DE ZUMALACÁRREGUI, *Causa y...*, cit., págs. 26, 28 y 107, cuando los contratantes persiguen un fin lesivo a los terceros y el daño se produce, cabe preguntarse por qué no anular de raíz el contrato teniendo a la vista el elemental principio jurídico que prohíbe el *alterum laedere*.

se muestran impotentes para sancionar una actitud antijurídica. Por lo que la subsidiariedad de la causa, es uno de los motivos de su propia endeblez jurídica.

No obstante, en las sociedades se ha llegado incluso, a un estadio de intranscendencia de este elemento debido a una serie de factores que a continuación se desarrollan, y cuya inconsistencia, sin embargo, puede argumentar la reinserción de la causa en el ámbito social (126).

4.1. IMPOSIBILIDAD DE UN CRITERIO UNÍVOCO

a) *Por razones de diversidad societaria*

La imposibilidad de erigir el ánimo de lucro en causa común a todos los tipos sociales se interpone en su consolidación jurídica (127). De este concepto causal, basado en la dicción de la ley, se desmarcan legalmente algunas sociedades (cooperativas, agrupaciones de interés económico...) (128). Constituyendo estas excepciones dentro del estricto marco social, un obstáculo para la unificación en torno a la causa y un freno para su implantación en las sociedades.

Igualmente, cabe afirmar que la libertad de elección respecto a las diversas modalidades sociales, puede tener una incidencia causal distorsionadora (129). En efecto, la flexibilidad jurídica existente permite optar por

(126) Como la extensibilidad de la forma social a entes cuya finalidad primordial es artística, científica o profesional, desdibuja igualmente la causa lucrativa. Así, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1307.

(127) Por esta razón, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 217, afirma que ha de atenderse más que a la finalidad lucrativa de los socios, a la finalidad estructural del contrato de sociedad, en el sentido de que los miembros sociales pretenden a la creación de una organización que sirva para obtener una finalidad común; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción...*, cit., pág. 139.

(128) En algunas leyes referidas a Sociedades especiales, encontramos cierta tendencia a especificar la causa. Así, la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, en su Exposición de Motivos se refiere a que son creadas con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros. El artículo 2 de este texto afirma que no tienen ánimo de lucro para sí, y son personas jurídicas formadas por entidades no lucrativas y ejerzan profesiones liberales. Por su parte, la LIIC se refiere al fin propio de estas instituciones. Las sociedades laborales tienen como fin crear empleos y participar trabajadores en la empresa y los socios son entidades sin ánimo de lucro (art. 5). Entre otros, vid. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción...*, cit., págs. 217 y 218, al afirmar que se volatiliza el ánimo de lucro, reconociendo un planteamiento de la naturaleza lucrativa del fin perseguido; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1307.

(129) Vid. EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español», en *RdS*, 1996, pág. 29, al referirse a los ámbitos de libertad dejados por la legislación societaria.

cualquier tipo de sociedad, sin reparar en su posible inadaptación al esquema legal (130).

Pero dicha neutralidad legislativa favorece la aparición de auténticos engendros jurídicos, por la inadecuación de la variedad social escogida a su configuración típica (131). Derivativamente, el funcionamiento de estos entes tiende a apartarse de la normativa reguladora del tipo social elegido. Si bien la postura abstencionista del legislador sobre los criterios de selección de las modalidades societarias, parece consentir aquellos comportamientos despreciativos de la correspondiente categoría social (132).

Ahora bien, la permisividad de sociedades disconformes con su verdadero espíritu no puede significar la absoluta tolerancia hacia las mismas y sus consecuencias. Las aberraciones sociales en que pueden incurrir se explican a través de la causa, por lo que ésta se presenta como un instrumento jurídico capaz de combatirlas.

En este sentido, las pretensiones de los contratantes condicionan la elección de la clase de sociedad. De forma que los móviles subjetivos se encuentran en la raíz de las disfunciones que, por esta razón, puedan producirse en el seno social. Aquéllos enlazan con la causa, dada la visión subjetiva de la misma que se establece legalmente para el contrato social, siendo este elemento susceptible de corregir las citadas desviaciones.

b) *Atendiendo a los móviles de los socios*

De los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio se viene deduciendo comúnmente la identificación de la causa con los móviles

(130) La Exposición de Motivos de la LSRL, alude a los factores que deben orientar la elección de la forma en favor de la SRL, señala que «a fin de que la autonomía de la voluntad de los socios tenga la posibilidad de adecuar el régimen aplicable a sus específicas necesidades y conveniencias», refiriéndose a «la garantía de una adecuada elección de las formas sociales». Vid. EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Libertad de configuración estatutaria en el Derecho Español de Sociedades de Capital*, cit., pág. 18, al referirse a tipos sociales con estructuras jurídicas flexibles o intercambiables, y reconocer que el legislador traiciona los principios configuradores del tipo, desdibujando la función que debieran cumplir; DE SOLA CAÑIZARES, *Las formas jurídicas...*, cit., pág. 320.

(131) En este sentido se manifiesta SERICK, *Apariencia y...*, cit., págs. 137 y 138, quien afirma que las normas del Derecho de sociedades intervienen en la determinación de la clase de la persona jurídica, pero a veces surge un conflicto entre la configuración singular de la persona jurídica y su propia personalidad.

(132) URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., págs. 438 y 507, al referirse a la frustración del tipo legal y su determinación por conveniencias y preferencias, y a la necesidad de impedir que los particulares puedan derogar las normas individualizadoras de los tipos.

(lucrativos) de los contratantes (133). Esta posición evidencia una aproximación a la doctrina subjetivista de la causa por el contrato social.

Sin embargo, la consideración causal del lucro supone una visión parcial de los fines perseguidos y por ende, de aquel elemento. Al respecto, aún habiéndose acogido un criterio subjetivo de la causa, el hecho de ignorarse otras motivaciones de las partes al suscribir el contrato social reduce sensiblemente el contenido de este requisito (134).

Además del fin lucrativo, otras pretensiones como la especulación, el ahorro, el poder político, o la persecución de ventajas fiscales, pueden conminar a la celebración del contrato social. Cuando estos objetivos conducen prioritariamente a los contratantes a concluir el negocio de sociedad, parece cuestionable la generalización del lucro como causa contractual (135).

Desde la propia normativa societaria cabe poner en entredicho el tradicional criterio causal. Así, la Ley del Mercado de Valores atiende preeminentemente a los inversores que no persiguen un dividendo anual sino colocar sus ahorros; pasando a un segundo plano el lucro particular de los socios (ya que se prescinde de la ganancia social) (136). De modo que entre los móviles de los contratantes figuran también los admitidos por *lex specialis*, que también debieran componer la causa del contrato social (137). Aunque su exclusión del contenido causal mutila indefectiblemente este elemento, al centrarse sólo en una de las posibles finalidades de los socios.

Otra inconveniencia de la dirección subjetivista de la causa es su probable desarticulación dentro del círculo social. En este sentido, las motivaciones de los contratantes pueden segregarse según se trate de los fundadores, o bien de aquéllos que se incorporan a una entidad ya constituida. Mientras normalmente los fines de aquéllos coincidirán con la típica causa del contrato social (el lucro), los contratantes no originarios podrían suscri-

(133) Así, vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., págs. 531 y 534, al admitir que la causa es el resultado que cada parte pretende conseguir; MANRESA, *Código Civil Español*, cit., pág. 620, al diferenciar entre causa y motivos.

La STS de 26 de abril de 1962 considera que el móvil aparece como causa si imprime a la voluntad la dirección finalista.

(134) Así, vid. PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, cit., pág. 382; LANGLE Y RUBIO, *Manual de...*, cit., pág. 413.

(135) La Exposición de Motivos de la LSA alude a «la conveniencia de proteger la ingente masa de ahorro que se canaliza hacia la inversión en forma de acciones de sociedad». En este sentido, se manifiesta GARRIGUES, *El interés en el Derecho*, Temas de Derecho Vivo, Madrid, 1978, pág. 231, al reconocer que los accionistas pueden tener interés en ejercer influjo en la marcha de la empresa o colocar su capital de manera definitiva o transitoria, o especular con sus acciones.

(136) Vid. DE SOLA CAÑIZARES, *Las formas jurídicas...*, cit., pág. 343.

(137) Según PAZ-ARES, *Comentario...*, pág. 1313, la causa societatis es como en los negocios instrumentales, plural y fungible, encuadrable en distintos fines lucrativos, mutualistas...

bir el contrato social con objeto de invertir sus ahorros o especular con sus acciones, más que guiados por el afán de repartirse los beneficios.

Por otra parte, tampoco el contrato de las sociedades filiales responde necesariamente a un interés lucrativo (138). La fundación de estos entes lleva aparejada la subordinación a la política empresarial de la sociedad matriz, e incluso, la posible renuncia a cualquier lucro propio en vistas a la prosperidad económica de ésta (139). De modo que este estado de sumisión de las entidades filiales puede generar una alienación causal. Es decir, la dependencia respecto de la sociedad matriz desprovee de causa al contrato social de las filiales.

Como consecuencia de este sometimiento, el grupo de sociedades se caracteriza por la concurrencia de personalidades jurídico-sociales condicionadas y un menor grado de autonomía patrimonial interna. Ambos aspectos tienen un alcance causal, pues los entes filiales pueden verse obligados a abdicar de sus fines lucrativos en favor de la sociedad matriz.

Esta posibilidad es normalmente asumida por los socios de las entidades filiales, aunque también cabe que éstos u otros afectados (los acreedores sociales) adopten una postura inconformista al respecto. Aparecen entonces, los conflictos intragrupo, originados por la hipotecabilidad de la causa de las sociedades filiales, y cuya solución remite por esta razón a dicho requisito de validez negocial.

En definitiva, a través de este apartado, se ha comprobado la resonancia negativa de la subjetivación imprimida al elemento causal. La visión reductora de la causa (constreñida al fin de lucro) y su incorrecta generalización (a todos los contratantes, sin distinciones), así como su insignificante presencia jurídica en fenómenos recientes (el grupo de sociedades), argumentan la decadencia actual de este presupuesto (140).

4.2. ALEATORIEDAD. COMPLEJA COMPROBACIÓN DE LA CAUSA

Entre los factores que contribuyen a replegar la aplicación de la causa destaca la aleatoriedad de su contenido (141). Este aspecto resulta de la

(138) Vid. SERICK, *Apariencia y...*, cit., pág. 269.

(139) A propósito, vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, cit., págs. 211 y 212; DE SOLA CAÑIZARES, *Las formas jurídicas...*, cit., pág. 331, quien aduce que en las sociedades de economía mixta, las filiales se forman para actividades que no llevan consigo un fin de lucro, sino en beneficio de la sociedad matriz y quienes compran acciones en bolsa para especular no se proponen repartirse beneficios sociales.

(140) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 6, al admitir la causa como función justificadora de la atribución patrimonial.

(141) Según LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 27, los contratos aleatorios son aquéllos en que la ventaja o contraprestación no es cierta y determinada

imprevisibilidad relativa a la obtención de un lucro o a su reparto (142). Pero también de que la satisfacción de la causa penda de la política económica adoptada periódicamente por cada sociedad (143).

En este último sentido, la incertidumbre causal gira en torno a aquellos acuerdos sociales contrarios al reparto de ganancias, y a las cláusulas estatutarias que advierten de la no distribución de beneficios durante un tiempo determinado. Se trata de excepciones a la causa comúnmente aceptadas dentro de las cuales pueden comprenderse además la admisión legal de sociedades extrañas al fin lucrativo (cooperativas) y las operaciones carentes de esta finalidad (las donaciones sociales) (144).

Ahora bien, los supuestos citados no sólo desatienden al requisito causal sino que permiten dudar de su identificación con el ánimo de lucro. En efecto, el hecho de que el propio legislador exceptúe esta concepción causal, obliga a cuestionar su esencialidad (145). Parece pues, discutible que se haya erigido en causa un fin sorteable a nivel legal.

En nuestra opinión, la permisividad jurídica de sociedades, negocios, acuerdos o cláusulas que marginan el lucro, desmentiría su carácter de *ratio* del contrato social. Si una finalidad no constituye siempre el fundamento de un negocio, debe ser repudiada como causa del mismo.

Otro motivo de la eficacia residual de la causa radica en la imposibilidad de comprobarla en el momento mismo de celebrar el contrato. Los profesionales del derecho intervinientes en el proceso constitutivo (notarios y Registradores), apenas pueden valorar aquel elemento esencial ni, por tanto, detener en base a él la formación del ente.

desde el mismo instante en que el contrato se celebra; MANRESA, *Código Civil español*, cit., pág. 621, para quien puede ser causa un hecho futuro.

(142) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., pág. 544, para quien faltará causa si su cumplimiento deviene imposible.

(143) A propósito, vid. MANRESA, *Código Civil español*, cit., pág. 624, quien afirma que la causa no vicia el consentimiento si no se cumple por imposibilidad sobrevenida.

(144) Vid. BAUDINO/FRANCISNELLI, *Gli amministratori delle società per azione e a responsabilità limitata*, Milán, 1996, pág. 145; GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, «El control de los administradores en la Sociedad Anónima tras la reforma de 1989», en *RDCI*, 1992, pág. 218, al manifestar que los actos a título gratuito son ajenos al fin lucrativo de toda sociedad; RUANO BORRELLA, «Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del RRM, de 19 de julio de 1996», en *RDCI*, núm. 63, al señalar que la propia naturaleza de la sociedad, excluye en esencia los actos a título gratuito...»; LÓPEZ DE MEDRANO, «En torno a la retribución del administrador de la Sociedad Anónima», en *RGD*, 1992, pág. 10141, quien afirma que la liberalidad acordada por la Junta es un acuerdo contrario a la causa del contrato de compañía; AA.VV., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991, pág. 233, al aducir que los actos a título gratuito chocan con el ánimo de lucro de la sociedad.

Véanse también las RSDGRN de 2 de febrero de 1996 y de 24 de noviembre de 1981.

(145) Vid. PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y...*, cit., pág. 385.

Pero tampoco durante la vida de la sociedad el ánimo de lucro resulta plenamente verificable, sea por la necesidad de esperar al cierre del ejercicio, como debido al excesivo respeto de la autonomía privada en las decisiones sociales (146). Aunque sobre todo, lo que impide la apreciación posterior de la causa es la práctica ausencia de controles jurídicos una vez iniciada la andadura social (147).

Paradójicamente, la causa aún siendo un requisito de validez del contrato social parece difícilmente comprobable al concluirse éste, por consistir en un hecho futuro. Cuando se formaliza e inscribe el negocio de sociedad, aquélla escapa a cualquier intento de fiscalización. Sólo al transfigurarse el contrato social en sujeto de derecho y desarrollar su actividad empresarial, puede visualizarse la existencia de causa.

La manifestación del lucro coincide pues, con la metamorfosis del negocio en persona jurídica. De modo que recurrir a la causa para deshacer el nuevo *status quo*, supone dar marcha atrás en la concesión de personalidad a través de un elemento jurídicamente inconsistente. Esta severa medida sería el resultado hipotético de aplicar retroactivamente la causa a las sociedades.

En la realidad, la necesidad de una perspectiva para acreditar la causa del contrato social implica la anticipación de su reconocimiento. Sin embargo, ello no deja de producir cierta perplejidad al tratarse de un presupuesto indispensable de validez negocial (148). En consecuencia, y por las razones apuntadas se adelanta la eficacia contractual, lo que a su vez conduce a relajar la exigibilidad de la causa.

5. ARGUMENTOS ANTICAUSALISTAS RESPECTO DEL CONTRATO SOCIAL

La consagración jurídica de la causa en el marco social tropieza con los resquicios que deja su concepción lucrativa (149). La referida falta de gene-

(146) Vid. DE COSSÍO, *Hacia un nuevo...*, cit., pág. 645; CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica...*, cit., pág. 99, para quien el reconocimiento de personalidad jurídica en el ámbito del Derecho privado, no implica dotar de potestad autonormativa a los supuestos institucionales favorecidos por tal reconocimiento.

(147) Vid. MANRESA, *Código Civil español*, cit., pág. 637, para quien si la causa consiste en un hecho futuro, hay subordinación de la eficacia del contrato a la existencia del hecho y faltando éste la causa no llega a existir.

(148) Incluso, desde un punto de vista fiscal, se confirma la confianza anticipada en la actividad empresarial como acredita una reciente sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, de 21 de marzo del 2000, que permite a las nuevas empresas deducir el IVA aunque no hayan empezado a operar, obligando a la administración tributaria a cambiar la ley.

(149) Vid. MANRESA, *Código Civil español*, cit., pág. 630.

ralización del ánimo de lucro a cualesquiera sociedades y actuaciones contradice su naturaleza esencial (150). Las deficiencias de este criterio afectan a su consideración como requisito de validez (151). De ahí que afloren posiciones anticausalistas en la esfera societaria, tendentes a diluir la causa en otros presupuestos negociales (152).

En concreto, destaca el planteamiento que relaciona la «causa societatis» con el objeto social (153). La noción de éste último como un conjunto de actividades que los socios desarrollan en común *para la obtención de un lucro por la sociedad*, comprende en cierta medida el elemento causal (154). Aunque también la equiparabilidad en los contratos onerosos entre la causa y las cosas o servicios intercambiados, evidencia su conexión con el objeto (155). Asimismo, el beneficio de los contratantes además de la causa, integra una de las prestaciones objeto del contrato social (a modo de *quid debetur*) (156). Por lo que el reparto de dividendos entre los socios consti-

(150) En este sentido, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1312, para quien si el ánimo de lucro tuviese significación causal, si desapareciera llevaría a una desestructuración que haría irreconocible a la sociedad.

(151) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1313, al admitir que la exclusión del ánimo de lucro puede arbitrarse como desarrollo superior de la Ley, desarrollo inmanente a la Ley bajo la forma de corrección teleológicamente fundada en el artículo 1.665 del Código Civil.

(152) Así, vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1322, al señalar que no son distintos sino indisociables y ambos constituyen la causa del contrato social. El fin abstracto es el ánimo de lucro y el fin concreto el objeto social. Por sí solos, ninguno es suficiente para cumplir funciones que está llamado a cumplir la causa dentro del contrato de sociedad.

(153) De esta opinión, BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 167; MANRESA, *Código Civil español*, Madrid, 1967, pág. 620, al afirmar que la relación de la causa con el objeto del contrato es tan íntima que a veces su distinción constituye un verdadero problema; URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 470, quien distingue entre el fin último que es el ánimo de lucro y el fin próximo, identificable con el objeto social.

(154) Vid. CAPILLA RONCERO, en AA.VV., *Comentarios al Código...*, cit., pág. 15; RUBIO, *Curso de...*, cit., págs. 58 y 59; BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 167.

Véase la STS de 11 de octubre de 1983 (Ar. 5318 y la RDGRN de 2 de febrero de 1966 (Ar. 1398).

(155) Vid. LASARTE, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 41; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1337, al manifestar que la doctrina tradicional considera el objeto social como objeto del contrato de sociedad.

La STS de 5 de junio de 1978 afirma que «nuestro ordenamiento jurídico-civil, aun dentro de la inseguridad terminológica que contiene en su normativa sobre el objeto (...), tiende a establecerlo como aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a lo que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato; es decir, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor...».

(156) Vid. OSSORIO MORALES, *Lecciones...*, cit., pág. 235, se confunde la causa con el objeto en los contratos onerosos según la corriente anticausalista; PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro*, cit., pág. 391, al destacar que Girón prescinde de la distinción entre

tuye la finalidad contractual, siendo al mismo tiempo objeto del negocio social (157).

Los anteriores argumentos confirman que ambos requisitos fundacionales (contractual la causa y estatutario el objeto) se muestran legalmente entrelazados (158). Como acredita el artículo 52 LSRL, al incorporar de forma artificial la causa y objeto sociales a determinados negocios. A través de este precepto, se evidencia *a sensu contrario* tal correlación, puesto que la posible falta de lucratividad de las operaciones enunciadas se corresponde con su ajenidad respecto de la actividad social (159). Así, la positivación de los préstamos, créditos, anticipos de fondos, garantías a los socios y administradores, concesión de derechos o liberación de obligaciones, afecta simultáneamente a la causa y objeto sociales (160). Desde esta disposición, se observa el destino común de uno y otro elemento, conclusión corroborada por el artículo 8 LIIC según el cual el objeto garantiza la causa (161).

Por contra, la distinción entre estos presupuestos societarios se presenta complicada (162). Para intentar su deslinde, cabe argüir que el reparto de

objeto social y fin social; BETTI, *Teoría general...*, cit., pág. 182; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1322 y 1337, admite que el fin común como objeto social se lleva al objeto del contrato, y el objeto social como parte integrante del fin común debe ubicarse en la causa; GARRIGUES, «Tratado de...», cit., pág. 249, considera objeto del contrato de sociedad, las aportaciones de los socios.

(157) Sin embargo, PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1310 y 1313, diferencia entre ambos al reconocer la libertad de objeto social y no de fin causal, señalando que no cabe confundir objeto y fin, aunque admite la conexión con el objeto.

(158) Vid. GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 249.

(159) Vid. BROSETA PONT, «Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los Estatutos de las Sociedades Anónimas Españolas», en *RDN*, 1969, pág. 14; GALGANO, *Le società di capitale e le cooperative*, Padova, 1990, pág. 246; BLANQUER UBEROS, «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la junta general», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995, pág. 421.

La RDGRN de 24 de febrero de 1981 mantiene que toda sociedad puede realizar actos aislados fuera del objeto social, pero no puede tratarse de una actividad continuada.

(160) Vid. ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, pág. 137; BAUDINO/FRANCISNELLI, *Gli amministratori...*, cit., pág. 145; MALO CONCEPCIÓN, «De nuevo sobre el objeto social y las facultades de los administradores. Un comentario a las Resoluciones de 1 de septiembre y 8 de junio de 1992», en *CDC*, 1993, pág. 256; LANGLE Y RUBIO, «Administración y administradores de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RDN*, 1955, pág. 20.

Véanse las RSDGRN de 11 de marzo, 27 de mayo y 16 de marzo de 1990, de 8 de junio de 1992, y la STS de 10 de julio de 1987 (Ar. 4273).

(161) Aunque el artículo 18.6 LAIE establece la disolución por no ajustarse la actividad al objeto, pero diferenciando entre fin y objeto.

(162) Según PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1323, ambos no pueden desgajarse pero deben diferenciarse: el fin es inamovible y el objeto es flexible.

beneficios no es consustancial al objeto social (163). De modo que este último puede entenderse cumplido aunque ni siquiera la actividad social desarrollada se dirija a la obtención de lucro (164).

Otra versión de las tesis anticausalistas atiende a la identificación de la causa con el consentimiento. La dirección finalista del contrato social se extiende al consentimiento, definido como el encuentro de varias declaraciones de voluntad dirigidas a un fin común. En las sociedades de capital, este último presupuesto de validez negocial emerge de los artículos 34 LSA y 16 LSRL, bajo la exigencia a los socios fundadores de una voluntad efectiva de crear la sociedad. Este interés de los socios en constituir una sociedad se enfoca normalmente a lograr un lucro (165). Por lo que el consentimiento parece absorber en cierta medida la causa.

Ahora bien, el voluntarismo intrínseco al consentimiento se evanece en aquellos supuestos donde el legislador impone necesariamente la estructura societaria para acometer ciertas actividades empresariales (166). La espontaneidad propia de este requisito se manifiesta entonces condicionada por la imperatividad legal (167). La obligación de concluir un contrato social si se pretende desarrollar determinadas ramas mercantiles, puede generar un consentimiento forzado carente de voluntad. Ello repercute en la causa negocial, probablemente reducida a un medio instrumental más que a un fin dirigido a cumplimentar la legalidad.

(163) Vid. BLANQUER UBEROS, *La retribución...*, pág. 407, al matizar que la correspondencia causal entre la ocupación en la gestión y la remuneración, son independientes de la causa de la sociedad misma.

(164) Para PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1333, el artículo 1.666 del Código Civil establece que la sociedad debe tener un objeto lícito, pero este precepto pide que el fin sea común y no pide que además sea lucrativo.

(165) Según GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., págs. 185 y 186, algunos autores consideran que el contrato social atiende no sólo a la intención de realizar beneficios, sino en la voluntad de cooperar en la obra común y la *affectio societatis* es la voluntad de constituir una sociedad aportando el propio esfuerzo a la consecución del fin social.

(166) La STS de 13 de junio de 1983 (Ar. 3524) afirma que «sin cuya concurrencia (causal) no puede tenerse por producido el consentimiento ni por eficaz el negocio cualquiera que sea su forma, por lo que también en este campo resulta de plena aplicación la normativa sobre los vicios de la voluntad y la de los negocios causalmente defectuosos por simulación, que será relativa cuando la causa aparente no coincide con la real, como acontece en el caso debatido, pues se está en presencia de tal modalidad simulada, toda vez que el negocio verdaderamente querido ha quedado velado o disimulado por la figura aparente de la constitución de una sociedad».

(167) Vid. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 224.

6. LA SUSTENTACION DE LA CAUSA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD

A pesar de todas las inconveniencias expuestas, resulta inadmisibles privar de fundamentación jurídica al contrato social. Sin perjuicio de la fragilidad causal, razones estrictamente legales (art. 1.261 del Código Civil) se oponen a su destierro del panorama contractual societario.

No parece pues, oportuno, prescindir de la causa, sino vivificarla a través de la reinterpretación de su contenido y recurriendo a mecanismos que permitan apreciar su concurrencia y licitud (168). Es decir, la inconsistencia jurídica del elemento causal antes que apartarse de la teoría general de los contratos, ha de conducir a su edificación sobre otros cimientos (169).

El primer peldaño de esta tarea reconstructiva exige elaborar un concepto causal unívoco, partiendo de los artículos 116 del Código de Comercio y 1.665 del Código Civil (170). Aún a riesgo de desembocar en una mayor generalidad y vaguedad de la causa, un criterio amplio y objetivo de este presupuesto ayudaría a superar sus deficiencias (171). En particular, puede contribuir a deshacerse de la subjetividad de este requisito en el marco social y a aglutinar los diversos tipos sociales (172).

(168) Su excepcionabilidad incluso, por algunas disposiciones, evidencia que no puede ser fundamento jurídico aquello de lo que la propia Ley prescinde.

(169) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., pág. 539, quien reconoce la complejidad en determinar causa de la sociedad; JAEGER/DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milán, 1997, pág. 109, al admitir la sociedad como contrato, llevando hasta sus últimas consecuencias las fuentes de las obligaciones; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1322, señala que la causa como fin común es elemento comunitario que diferencia a la sociedad de los demás contratos.

La STS, de 29 de febrero de 1989, afirma que se trata de un «contrato cuya causa es manifiestamente falsa, contra la terminante afirmación del artículo 1.261.3 del Código Civil y no hay contrato donde no hay causa».

(170) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1313, quien considera elemento vertebrador la comunidad de fin, como elemento que ha de situarse en el plano causal.

(171) Aunque MARTÍ, *El contrato de...*, sostiene que el fin de lucro no es la intención de los contratantes sino la causa del contrato, al margen de cuál sea la intención de éstos.

(172) La Exposición de Motivos de la LSA, se refiere a la necesidad de encauzarse por el bien común, «al que, por principio, ha de subordinarse el interés privado por respetable que sea». Según CAPILLA RONCERO, *Comentarios...*, cit., pág. 107, la atribución de personalidad cumple una misma función sin tener en cuenta el tipo social: ser el cauce por el que discurre el poder otorgado a los particulares de generar una separación y afectación patrimoniales para la consecución de ciertos fines, escapando a la aplicación mediata y directa de las reglas comunes.

Se trata de ensanchar el fin que se viene asimilando a la causa del contrato social (173). Para lo que es imprescindible superar el estrecho significado del afán lucrativo (174). Y ello, aunque tal objetivo se traduzca en un incremento de la indeterminación causal (175).

Esta directriz se muestra incluso, congruente con el desdibujamiento progresivo de los caracteres típicos de las entidades mercantiles (176). Al respecto, el carácter asociativo o la finalidad de lucro han dejado de ser elementos estructurales del contrato social (177). Por lo que en este contexto evolutivo, se exige readaptar la causa del contrato social a las nuevas circunstancias jurídicas y sociales desde una visión abierta del fin lucrativo (178).

Esta labor se basaría inicialmente en la mutación del negocio de sociedad durante la fase de consumación contractual en sujeto de derecho (179). Tras la suscripción del contrato social, las partes negociales son reemplazadas por una persona jurídica (180). De modo que al celebrarse aquél, los contratantes asumen tácitamente que a sus fines (lucrativos) se superponen los de la propia

(173) Vid. CAPILLA RONCERO, *Comentarios...*, cit., pág. 22, al señalar que si la sociedad debe perseguir un fin de lucro y esa expresión se entiende restringidamente queda un vacío entre la sociedad y las asociaciones de interés general: las asociaciones de interés particular no lucrativa. Es una vía para alargar la noción de interés general y comprende cualquiera que no fuera intención de obtener una ganancia, porque el lucro no es sinónimo de ventaja sino de ganancia en sentido estricto.

(174) Vid. PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, cit., págs. 398 y sigs.

(175) El propio artículo 1.678 del Código Civil admite que en la sociedad el lucro no tiene por qué traducirse en un incremento patrimonial positivo, sino en el uso de cosas, sin entrar en el reparto en sentido estricto.

(176) Entre otros, vid. SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción...*, cit., pág. 215; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1307, para quien la degradación del fin lucrativo es un rasgo de caracterización del tipo legal.

(177) Destaca PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1308 y 1309, para quien hay que sospechar del ánimo lucrando, pues no es de esencia a la sociedad y se ha erosionado, por lo que es preciso reconstruir un concepto de sociedad al margen del fin lucrativo, ante su desfuncionalización.

(178) Según PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1300 y 1307, debe entenderse en un sentido amplio: constituidas para el logro de una finalidad común. Considera necesaria una interpretación generosa del ánimo de partir las ganancias, para incluir supuestos en que el provecho de socios consiste en economías no relictivas.

(179) Destaca SERICK, *Apariencia...*, cit., págs. 133 y 135, al establecer que la persona jurídica debe actuar sin apartarse de los fines para los cuales el Derecho la ha creado.

(180) Destacan DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999, pág. 184, se refiere a lucro en sentido lato como ventaja patrimonial; LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, cit., pág. 318.

La STS de 21 de febrero de 1969 considera la ventaja como goce de servicios comunes en las asociaciones.

sociedad (181). Constituyendo el fin social un *prius causal* respecto de la finalidad contractual (182).

Ahora bien, cualquier redefinición de los fines sociales debe intentar esquivar los aspectos problemáticos del concepto clásico de causa. Pero ello sólo parece posible recurriendo a una noción causal incontrovertible, como puede ser la eficiencia (183). Este principio rector de las sociedades es identificable con la causa, lo que conllevaría una cierta novación respecto de la correspondiente al contrato social (184).

No obstante, la eficiencia únicamente establece un marco causal mínimo, sin olvidar su carácter demasiado economicista. Por esta última razón, conviene su reconversión en términos jurídicos, lo que se presenta factible por su proximidad con el interés social. La correspectividad entre ambos conceptos es manifiesta, puesto que lo rentable para el ente nunca lesionará sus intereses (185). De modo que el interés social puede configurar la causa del contrato de sociedad, como demuestran las siguientes argumentaciones.

Así se deriva del sustento jurisprudencial conferido a esta concepción, al equipararse judicialmente los fines societarios con el interés social (186). Aunque también se justifica desde una perspectiva legal, por la positivación del interés social (art. 115 LSA).

(181) Para GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 225, el fin es la obtención de la ganancia y su posterior reparto; sin embargo, MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 697, admite que las personas que celebran el contrato de sociedad no asumen la obligación de constituir una entidad nueva, de dar nacimiento a una sociedad.

(182) Según PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1309, el ordenamiento no ha consagrado la correspondencia entre forma societaria y materia lucrativa.

(183) De acuerdo con esta idea, JIMÉNEZ DE PARGA, «La impugnación de los acuerdos sociales en la Ley Reguladora de las Sociedades Anónimas», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995, pág. 1807, para quien el interés social es el que está encuadrado en la propia persona jurídica resultante del contrato social y tendente a la maximalización del beneficio social.

(184) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, cit., pág. 495.

(185) Del Preámbulo del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947 se desprendía la subordinación del interés egoísta al interés superior de la empresa y el enlace del interés social con los intereses de la colectividad. Según PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1308, el artículo 1.666 del Código Civil alude al fin común en interés común de los socios.

(186) Al respecto, la STS de 2 de julio de 1963, permite impugnar acuerdos que lesionen intereses de la sociedad, pues la razón de su nulidad deriva de las consecuencias lesivas para los intereses sociales, siendo ello por lo que si la ejecución del acuerdo, así tachado necesariamente, ha de producir efecto dañoso, el acuerdo ha de declararse nulo, sin esperar a que la lesión se produzca, pues el precepto legal que autoriza la impugnación persigue el exacto cumplimiento de los fines de cada sociedad, permitiendo para evitar desviaciones a ello contrarias, la impugnación del acuerdo. Y las SSTs, de 30 de marzo de 1978 y de 3 de diciembre de 1981, se refieren a la posibilidad de que la mayoría persiga un beneficio propio que pueda ser contrario al interés social.

Igualmente, y en virtud de la práctica coincidencia entre el lucro y el interés, no se produciría ningún traumatismo causal (187). Más al contrario, el interés social (género) integra el fin lucrativo (especie), lo que facilita la penetración de la causa en la esfera societaria (188). Por otra parte, los equívocos que ha podido generar el tradicional criterio causal son corregibles mediante el interés social.

Al respecto, la causa ha proporcionado legitimidad a los fines lucrativos de los contratantes, sin reparar en los intereses de la entidad (189). Pero el lucro personal de los socios no siempre es conciliable con el interés social (190). De ahí que la consideración causal de este último deslegitime las actuaciones sociales que, aún siendo favorables al lucro personal de los contratantes, sean contrarias a los intereses de la sociedad (191). Se trata de supuestos en los que predomina un interés extrasocial, desde el que se atisba mejor la causa (192).

En efecto, pese a las incertidumbres que planean sobre la causa, la vulneración de este requisito resulta más fácilmente determinable (193). Es decir, la delimitación causal en sentido negativo, lo que de ninguna manera puede

(187) En este sentido, se pronuncia GARRIGUES, *El interés en el Derecho*, cit., págs. 226 y sigs., para quien interés es lucro, y tener interés significa tomar parte en un resultado o en las consecuencias económicas de algún asunto, negocio o sociedad. El interés expresa el valor en relación con los fines de un determinado sujeto.

(188) Así se manifiesta GARRIGUES, *El interés en el...*, cit., pág. 232, al afirmar que el interés queda oculto tras el concepto de causa, entendiendo ésta como atribución patrimonial; ALCALÁ DÍAZ, *El conflicto de interés socio-sociedad...*, cit., pág. 125, identifica el interés social con el elemento causal del negocio societario.

(189) Sin embargo, la LAIE establece que los beneficios son de los socios y no de la persona jurídica. Vid. GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 188, para quien el divorcio de intereses comienza en cuanto se trata de dividir el lucro obtenido.

(190) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., pág. 548, para quien el móvil se incorpora como condicionante a la declaración de voluntad o el derecho objetivo le concede repercusión sobre los efectos del contrato.

(191) La Exposición de Motivos de la LSA, advierte de la necesidad de someterse a ciertos esquemas legales insustituibles por el arbitrio individual.

Según DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., pág. 540, en la sociedad cada contratante persigue satisfacer su interés individual.

(192) En este sentido, vid. MESSINEO, *Manual de Derecho...*, cit., pág. 299; PAZ-ARES, *Animo de lucro...*, cit., págs. 96 y 741, quien afirma que el interés extrasocial es un interés extraño a la causa del contrato de sociedad, personal de uno o varios socios o de la mayoría. La causa de la sociedad incluye un triple orden de intereses, todos destinados a ser realizados mediante el contrato de sociedad: el interés a aumentar el volumen de producción, a maximizar las ventajas, y a la maximización del dividendo; PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, cit., pág. 480.

(193) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad Anónima y fin de lucro*, cit., pág. 56; ALBALADEJO, *Comentarios...*, cit., pág. 21; GARRIGUES, *Tratado de...*, cit., pág. 187, para quien fin e interés no son la misma cosa, pues el socio está impulsado por intereses egoístas, y los fines comunes que persiguen los socios no siempre coinciden enteramente con sus intereses.

admitirse como fin común, no parece una tarea tan compleja atendiendo al interés extrasocial, ya que éste siempre debe entenderse *contra causam*.

Sin embargo, la opción por este criterio causal también presenta contradicciones que surgen de la incompatibilidad entre el interés social y los intereses lucrativos de los socios (194). Cuando ello sucede, el problema radica en que la determinación de aquél se halla a expensas de los contratantes, con el riesgo de que éstos al moldear el interés social determinen a su vez la causa (195).

No cabe ocultar que el interés social es un concepto vacío legalmente, que va adquiriendo contenido a medida que se toman decisiones dentro de la sociedad. Suelen ser los contratantes quienes integran a cada instante el interés social, incluso, en los supuestos de incompatibilidad de éste con los intereses de aquéllos. Es posible entonces la manipulación del interés social, y simultáneamente de la causa (196). Su interpretabilidad por los socios a conveniencia induce a la subjetivación de la causa (197). Mediante una mayoría social, los móviles personales de los contratantes pueden incorporarse al interés de la sociedad (198).

Sin duda, esta posibilidad entorpece el afianzamiento causal del interés social, aunque cabe superar sus inconveniencias acudiendo a las tesis objetivistas, basadas en la función económico-social (199). En esta línea, se sitúa la reciente Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas, cuya Exposición de

(194) Vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de...*, cit., pág. 547, al afirmar la escisión artificial entre el resultado que se obtiene en virtud de la propia dinámica del contrato y los fines concretos que mueven a los contratantes; MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 696, quien mantiene la necesidad de fidelidad y anteposición de intereses comunes a los de los particulares de cada socio.

(195) Para PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1314 y 1333 y sigs., los motivos sirven para determinar que hay un interés común. La comunidad del fin no equivale a comunidad de motivación, sino a comunidad de intereses; «no basta con la existencia de un interés compartido que se oriente en la misma dirección».

(196) Vid. ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto y el conflicto de intereses en la Sociedad Anónima», en *RDN*, 1973, pág. 149, quien afirma que en todas las sociedades hay una pluralidad de intereses que pueden calificarse todos como de intereses sociales.

(197) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, cit., pág. 67; DE COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», cit., pág. 650.

(198) Sobre este peligro, vid. JUSTE MENCIA, «Los derechos de la minoría», en *RdS*, 1995, pág. 51, quien sostiene que para llegar a un concepto de interés social hay que observar los sujetos a los que se confía esa consecución y los encargados de manifestar su voluntad, lo que permite afirmar la coincidencia entre las esferas del interés social e interés de los socios; GALGANO, *Il codice civil...*, cit., págs. 77 y 78; MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 717, al afirmar que cuando el fin de la sociedad no sea lucrativo, quienes celebren el contrato de sociedad no podrían alcanzar el beneficio.

(199) Vid. MARTÍ, *El contrato de...*, cit., pág. 707, quien considera que poner en común es unificar el destino de bienes y actividades para la obtención de un fin común también: la ganancia partible.

Motivos aduce textualmente, que el fin último del conjunto de socios, es «la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial».

Esta normativa evidencia un distanciamiento de la causa comúnmente aceptada (el lucro de los contratantes) y una apuesta por su objetivación (200). Se introduce una perspectiva economicista de los fines sociales, válida a nivel causal (201). El interés social en el sentido de rentabilidad empresarial, confiere un soporte jurídico-societario a la causa, facilitando además su comprobación. Si bien penetra en el campo propio de la economía (exteriorizando su intrincada conexión con el Derecho), al medir el interés social en términos de eficiencia (202).

Esta directriz permite actualizar la causa, y reconvertirla en una solución jurídica aplicable a las patologías que afectan a las sociedades (203). Los instrumentos previstos en la legislación de sociedades se han mostrado incapaces de combatir las aplicaciones abusivas de la persona jurídica y los entramados de arquitectura societaria (204). En los resquicios de esta regulación encuentran refugio jurídico las sociedades delictivas o sospechosamente desprovistas de fines empresariales (205).

Desempolvar entonces la naturaleza contractual de las sociedades para reactivar la causa en este campo, abre ciertas expectativas jurídicas a la problemática existente (206). Aunque conviene antes optimizar el elemento cau-

(200) Vid. ALONSO LEDESMA, «Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula de interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 54 y sigs; GALGANO, *El negocio jurídico*, pág. 213; PAZ-ARES, «Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad», en *RDM*, 1977, pág. 567, quien mantiene que el único principio es el de eficiencia de los negocios sociales.

(201) Según GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., pág. 107, es preciso una justificación económico-social del acto de autonomía contractual; GONDRA, «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?», en *RDM*, núm. 226, 1997, pág. 226.

(202) Entre otros, vid. CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, págs. 75 y 76; DE ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción...*, cit., pág. 100.

(203) Así, vid. DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios...*, cit., pág. 527, al señalar que la causa se invoca si se persigue un designio fraudulento o porque el resultado no es equitativo; SERICK, *Apariencia y...*, cit., pág. 134, quien sostiene que «...no puede seguir sosteniéndose la ficción de la persona jurídica cuando es ilegal la finalidad perseguida por la autoridad o por medio de ella»; PAZ-ARES, *Animo de lucro...*, cit., págs. 124 y 127.

(204) Vid. DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ, *Sociedades comerciales...*, cit., pág. 19, al basar la crisis de la persona jurídica en su abuso.

(205) Al respecto, vid. SERICK, *Apariencia y...*, cit., págs. 242 y sigs., al analizar los fines ilícitos de la persona jurídica.

(206) Véase la STS de 13 de junio de 1983, que establece que «será indispensable para la existencia legal del negocio o acto constitutivo de una sociedad... una declaración de voluntad creativa seriamente emitida, con el designio de someter unos bienes que se

sal con objeto de su paulatina inserción en la órbita societaria (207). Con esta finalidad, hasta ahora hemos revisado la noción de causa del contrato social, tratando de adecuarla a la normativa y nuevas exigencias de las sociedades. Pero llegados a este punto, es preciso además idear controles jurídicos que contribuyan a extraer dicho «requisito esencial de validez negocial» de su vigente estado residual.

En este sentido, para superar el desinterés causal en las sociedades, el primer paso sería fijar aquéllas que pueden considerarse organismos vivos por desarrollar una actividad empresarial, descartando los entes inertes y ficticios. A través de estos últimos, parece apreciable la vulneración de la causa, bien por defecto o ilicitud de la misma (208). Al respecto, el desentendimiento respecto de los fines legalmente atribuidos al contrato social o su antijuricidad, suele ocultarse mediante un mecanismo inseparable de la causa: la simulación (209).

Así, la constitución de sociedades o su funcionamiento pueden simularse, mientras permanecen disimulados los auténticos objetivos de los contratantes, desvinculados del ánimo de lucro o tergiversadores de éste (como los entes delictivos o destinados al fraude fiscal) (210). La simulación genera una apariencia de legalidad, cuya falsedad causal resulta indetectable desde

hacen comunes a la disciplina de la sociedad persiguiendo un fin de lucro, que habrá de obtenerse mediante el desarrollo de una determinada actividad a cuyo servicio se ponen aquéllos».

(207) Vid. CAPILLA RONCERO, *Comentario...*, cit., pág. 69.

(208) Resulta extrapolable al campo de la causalidad, la opinión de GIRÓN TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986, pág. 196, al admitir que por eso es tan importante que se vaya al análisis de las fuerzas sociales efectivas y de sus estructuras, de las verdaderas motivaciones, intereses, organizaciones que efectivamente se dan en la realidad social, si se quiere asegurar la validez real de la penetración en el tejido social de la normativa que se crea.

(209) Vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, págs. 338 y 366, al afirmar que la confección artificiosa de una apariencia, el negocio simulado corrientemente está adornado de todos los requisitos externos de legalidad y seriedad, como escritura pública e inscripción en el Registro; SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, cit., pag. 50; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, cit., pág. 1334, quien señala que los fines ilícitos producen una fenomenología amplia, que abraza el campo ilimitado de la perversidad humana; DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ, *Sociedades comerciales...*, cit., pág. 24; MORALES MORENO, *Voluntad y...*, cit., pág. 148; VAQUERIZO ALONSO, «Distribuciones patrimoniales irregulares al socio en la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 230, 1998, pág. 1483.

Por su parte, la STS de 5 de mayo de 1958 declara la disolución de la sociedad por ser su causa ilícita, y la de 24 de diciembre de 1988 alude a la creación ficticia de entidades.

(210) Para VAQUERIZO ALONSO, *Distribuciones patrimoniales...*, cit., pág. 1483, los préstamos hechos por la sociedad a los accionistas para ser compensados con el derecho al dividendo y la sustracción de cantidades con cargo a beneficios futuros, son contratos simulados con causa falsa.

el Derecho de sociedades, por ser su preocupación más formalista que de fondo (211). La desatención a este último aspecto impide el conocimiento exacto del número de entidades operativas en el tráfico mercantil, al ignorar el desfase entre éstas y las admitidas *ex lege*.

La adecuación del derecho a la realidad social exige por tanto calibrar la causa, su concurrencia y licitud. El menosprecio del legislador mercantil hacia este requisito ha imposibilitado que las entidades jurídicas concuerden con las que, en la práctica, actúan como tales. Ahora bien, a diferencia de la normativa societaria, dicha armonización se ve impulsada por la legislación fiscal. Razones estrictamente tributarias conducen a borrar del panorama societario entes sin causa como son aquellos que permanecen inactivos, dada su desprogramación lucrativa. Con una finalidad simplemente impositiva (evitar el pago del Impuesto de Sociedades), ajena a la causa del contrato social, se producen no obstante, efectos relacionados con ella.

La permisividad legal de la baja provisional o definitiva de las sociedades en Hacienda, colisiona con la causa jurídica del negocio social. Fiscalmente, se tolera dejar en suspenso el fin lucrativo (lo que resulta discutible siendo un contrato de tracto sucesivo) o incumplirlo, al consentir la pervivencia de entes sin movimiento empresarial (sin el cual es imposible obtener beneficios) y no obligarles a su disolución (212).

Esta posibilidad tributaria (pública) prescinde de la causa (de naturaleza iusprivatista), perturbando por ello la unidad del ordenamiento jurídico. A pesar de que la baja fiscal revela las sociedades indiferentes al elemento causal, sin embargo, ni repara en la consideración de éste, ni por consiguiente erradica aquéllas totalmente del mapa societario. Se trata de una mera concesión tributaria cuya falta de imperatividad deja entrever la discrecionalidad de los contratantes sociales en su solicitud. De modo que esta voluntariedad favorece la subsistencia de entidades sin una finalidad lucrativa, que conllevan el riesgo de manipulación de la personalidad jurídico-social.

El caldo de cultivo de posibles ilegalidades tiene, en suma, su raíz en la causa y a este requisito puede acudir para exterminarlas. Aunque la obsoles-

(211) Vid. CERONI, «La simulazione e l'interesse a simulare nei contratti», en *Riv. trim. dir. civ.*, 1988, pág. 88; CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, págs. 136 y sigs; DE LOS MOZOS, *El negocio jurídico (estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987, págs. 296 y 297.

Destacan las SSTs de 31 de mayo de 1982 (Ar. 2614) y de 13 de junio de 1983 (Ar. 3524) y la RDGRN de 7 de julio de 1980.

(212) La Disposición Transitoria octava del Reglamento del Registro Mercantil prevé la disolución de las sociedades que no presenten el acuerdo de aumento del capital social al mínimo legal y su cancelación de oficio. Por su parte, el artículo 326.5 RRM regula la disolución de oficio de las entidades financieras y la extensión de una diligencia de cierre por el Registrador.

cencia del presupuesto causal reclama su revitalización, especialmente en la esfera societaria. Esta labor tropieza con el Derecho fiscal, al legalizar operaciones y situaciones como las citadas, dudosas desde una óptica mercantil. El reconocimiento por esta rama jurídica de sociedades sin causa, paradójicamente contribuye a causalizarlas en el ámbito privado.

El ordenamiento tributario está marcando las pautas sociales, y al mismo tiempo, condicionando el presente y futuro de la legislación societaria (213). No obstante, pese al desinterés por la causa, el control ejercido por la Hacienda Pública (aglutinando información, mediante inspecciones...) inconscientemente colabora en la observancia de este elemento. En principio, a través de los datos fiscales sería comprobable tal requisito (y su vulneración), si bien parece necesario su traslación al campo mercantil para que adquieran transcendencia jurídica.

Igualmente, cualesquiera otras inspecciones administrativas (contables, de existencias...) de las sociedades, deberían enfocarse causalmente. Pero, en la actualidad, los órganos de la Administración no funcionan como garantes de la normativa societaria fuera del marco jurídico-público (fiscal y penal). El desarrollo de la causa exige la interconexión entre instituciones para que la información acumulada se reconduzca hacia quienes monopolizan el control privado de las sociedades (registradores y jueces).

En cuanto a estos últimos, habría que otorgarles la facultad de actuar de oficio durante todo el *iter* social, lo que permitiría a los registradores cancelar de *motu proprio* sociedades inertes (sin causa) o calificar abiertamente la validez de las decisiones y operaciones societarias (con causa ilícita) y a los jueces intervenir en las entidades sin necesidad de esperar a que los conflictos intrasociales destapen los desmanes jurídicos cometidos.

Por estos u otros medios de control, la causa podría corporeizarse, diluyendo esa abstracción que obstaculiza su definitivo despegue jurídico en el marco social (214).

(213) Destaca LANGLE Y RUBIO, *Manual de....*, cit., pág. 374, al referirse a los motivos fiscales admite que desde este sector jurídico se pone freno a especulaciones, fraudes y abusos, aunque tiende más bien a la obtención de provechos tributarios; URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 453, al admitir que las sociedades obtienen carta de naturaleza fiscal y laboral para evitar fraude pero son unos *mostrum* jurídicos.

(214) Para DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 370 y 374, si la causa está viciada por el fraude hasta resultar ilícita, habrán de aplicarse las disposiciones propias de esta situación.

7. CONSIDERACIONES FINALES

La expansión del fenómeno societario discurre paralela a la incapacidad de la normativa correspondiente para afrontar la manipulación de los fines sociales. En las sociedades han encontrado cobijo jurídico todo tipo de estrategias ilícitas, cuyo origen suele estar relacionado con la infracción de la causa.

Tras las sociedades tapadera, instrumentales o fantasma y numerosas actitudes abusivas desarrolladas en el ámbito social, se observa una deformación causal. Sin embargo, la particular debilidad jurídica de este elemento en el contrato social, motivada por las singularidades negociales de éste y su indeterminación conceptual, condiciona su aplicabilidad.

Para recuperar su innegable naturaleza de requisito de validez contractual, se ha tratado de remodelar la noción tradicional de causa (entendida como lucro de los contratantes), adaptándola primero a la personificación del negocio de sociedad (a modo de lucro social) y posteriormente, procurando su aproximación a la legislación societaria (a través del interés social).

No obstante, se ha pretendido reavivar el valor jurídico de la causa en las sociedades, siquiera sea aprovechando los controles administrativos actuales, desde los que podría valorarse la concurrencia o licitud de este presupuesto; al margen de apostar por una mayor injerencia externa en la esfera societaria (de registradores, jueces), con objeto de potenciar el desarrollo causal.

En definitiva, el fundamento causal del contrato de sociedad constituye la raíz de las endemias que aquejan a las entidades mercantiles. Por esta razón, consideramos que la fiscalización jurídica de la causa puede actuar como motor propulsor del restablecimiento del orden social.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV.: *Reforma de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1949.
- *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. ALBALADEJO), tomo XXI, Madrid, 1986.
- *Comentario al Código Civil* del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- *Derecho de obligaciones. Parte general. Teoría general del contrato*, Barcelona, 1994.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Las participaciones en el beneficio de la empresa social», en *RDM*, 1949.
- ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto y el conflicto de intereses en la Sociedad Anónima», en *RDN*, 1973.
- ALCALÁ DÍAZ, «El conflicto de interés socio-sociedad en las sociedades de capital», en *RdS*, 1997.

- ALONSO LEDESMA, «Algunas consideraciones sobre el juego de la cláusula de interés social en la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente», *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.
- AVILÉS, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1933.
- BAUDINO/FRANCISNELLI, *Gli amministratori delle società per azione e a responsabilità limitata*, Milán, 1999.
- BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Nápoles, 1994.
- BLANQUER UBEROS, «La retribución de los administradores, su constancia estatutaria y la atribución de facultades de concreción a la Junta general», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, I, Valencia, 1995.
- BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1978.
- «Determinación e indeterminación del objeto social en la Ley y en los estatutos de las Sociedades Anónimas españolas», en *RDN*, 1969.
- CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984.
- CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.
- CASTÁN, *Derecho Civil común y foral*, tomo III, Madrid, 1992.
- CERONI, «La simulazione e l'interesse a simulare nei contratti», en *Riv. trim. dir. civ.*, 1988.
- DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- DE COSSÍO, «Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica», en *ADC*, 1954.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985.
- «Meditaciones sobre la causa», en *RDCI*, núm. 637, 1978.
- DE LA CÁMARA/DE PRADA GONZÁLEZ, «Sociedades comerciales. El empresario individual de responsabilidad limitada. El levantamiento del velo de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Necesidad de escritura pública de constitución de sociedades comerciales y sus modificaciones», en *RDN*, 1973.
- DE LOS MOZOS, «La causa del negocio jurídico», en *RDN*, 1961.
- *El negocio jurídico (estudios de Derecho Civil)*, Madrid, 1987.
- DE SALAS MURILLO, *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español*, Madrid, 1999.
- DE SOLA CAÑIZARES, «Las formas jurídicas de las empresas (la empresa individual limitada, el contrato de sociedad y la institución por acciones)», en *RDM*, 1952.
- DE ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho Civil español*, Madrid, 1977.
- DÍEZ-PICAZO, «El concepto de causa en el negocio jurídico», en *ADC*, 1963.
- *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, 1998.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, «Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma», en *ADC*, 1980.
- EMBID IRUJO, «Perfiles, grados y límites de la personalidad jurídica», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, I, Valencia, 1995.
- EMBID/MARTÍNEZ SANZ, *Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español*, en *RdS*, 1996.
- ESTURILLO LÓPEZ, *Estudio de las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996.

- FERNÁNDEZ RUIZ, «Las causas de nulidad en particular, en la LSRL», en *RDM*, núm. 235, 2000.
- FERRARA, C., *El negocio jurídico*, Madrid, 1956.
- «Empresarios y sociedades», en *RGDP*, vol. XXIV.
- GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, 1992.
- *Il Codice civile. Commentario. Le società per azioni. Principi generali*, Milán, 1996.
- *Le società di capitale e le cooperative*, Padova, 1990.
- GARRIGUES, «Nulidad e impugnabilidad de los acuerdos de la Junta General de la Sociedad Anónima», en *RDM*, 1956.
- «Teoría general de las Sociedades Mercantiles», en *RDM*, 1974.
- *El interés en el Derecho. Temas de Derecho vivo*, Madrid, 1978.
- GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, «El control de los administradores en la Sociedad Anónima tras la reforma de 1989», en *RDCI*, 1992.
- GIORGIANI, *Causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho italiano y comparado*, en *RDN*.
- GIRÓN TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986.
- *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.
- GONDRA, «¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía?», en *RDM*, núm. 226, 1997.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Padova.
- JAEGER/DENNOZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milán, 1997.
- JIMÉNEZ DE PARGA, «La impugnación de los acuerdos sociales en la ley reguladora de la Sociedad Anónima», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995.
- JUSTE MENCÍA, «Los derechos de la minoría», en *RdS*, 1995.
- LANGLE Y RUBIO, «Administración y administradores de la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDN*, 1955.
- *Manual de Derecho Mercantil español*, Barcelona, 1950.
- LASARTE, *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*, Madrid, 1991.
- LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1989.
- LÓPEZ DE MEDRANO, «En torno a la retribución de los administradores de la Sociedad Anónima», en *RGD*, 1992.
- LLEBOT MAJÓ, «Doctrina y teoría de la empresa en el Derecho Mercantil (una aproximación al significado de la teoría contractual de empresa)», en *RDM*, 1956.
- MALO CONCEPCIÓN, «De nuevo sobre el objeto social y las facultades de los administradores. Un comentario a las resoluciones de 1 de septiembre y 8 de junio de 1992», en *CDC*, 1993.
- MANRESA, *Comentario al Código Civil*, Madrid, 1972.
- MARTÍ, «El contrato de sociedad en el Derecho codificado español con especial referencia al Código Civil (reflexiones en torno a su delimitación conceptual y funcional)», en *RDM*, 1989.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad Anónima y fin de lucro*, *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Anónima*, Madrid, 1995.

- MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, V, Buenos Aires, 1979.
- MORALES MORENO, «Voluntad y causa en la teoría del negocio jurídico de F. de Castro», *Conferencias en Homenaje al profesor F. De Castro y Bravo*, Madrid.
- MOSSE, «Fundación y administradores de la Sociedad Anónima en el Proyecto Español de Reforma», en *RDM*, 1950.
- PANIAGUA ZURERA, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, Madrid, 1997.
- PAZ-ARES, *Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna Sociedad Anónima*, en *RDM*, 1977.
- «Animo de lucro y concepto de sociedad. Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea», en *Estudios en homenaje a Girón Tena*, Madrid, 1991.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1997.
- PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil español*, II, Madrid, 1984.
- ROGEL VIDE, *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997.
- RUANO BORRELLA, «Esquema del órgano de administración en las sociedades de capital después de la reforma del RRM de 19 de julio de 1996», en *RDCI*, núm. 63.
- RUBIO, *Curso de Derecho de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1974.
- SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999.
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999.
- SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 1959.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, 1998.
- URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999.
- VAQUERIZO ALONSO, «Distribuciones patrimoniales irregulares al socio en la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 230, 1998.
- VATTIER FUENZALIDA, *Las entidades sin fin de lucro. Estudios y problemas*, Burgos, 1999.
- VICENT CHULÍA, *Introducción al Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990.
- VIGUERA RUBIO, «Reflexiones críticas sobre la constitución de la sociedad de capital», en *RdS*, 1996.
- VISENTINI, *Argumenti di Diritto commerciale*, Milán, 1997.

CATALINA RUIZ-RICO RUIZ

DICTAMENES Y NOTAS

El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales

SUMARIO: 1. EL ORDENAMIENTO LEGAL VIGENTE.—2. LA TRANSMISION DE DOMINIO Y LA CONSTITUCION DE DERECHOS REALES.—3. LA PROPIEDAD NO REGISTRADA.—4. LA PROPIEDAD REGISTRADA.—5. LOS EFECTOS DEL SISTEMA.

1. EL ORDENAMIENTO LEGAL VIGENTE

Como en gran parte de Europa occidental, la regulación del Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales (1) proviene del siglo XIX y también es consecuencia del dismantelamiento de un sistema feudal de la propiedad caracterizado por la acumulación en muy pocas manos, por la complejidad de las relaciones derivadas de los derechos existentes y por la escasez de tráfico jurídico (2).

La primera Ley del Registro de la Propiedad procede de 1862 y, como en el resto de las legislaciones occidentales (3), tuvo como finalidad la extensión de la propiedad privada en un marco de seguridad jurídica. Dicha Ley no fue, sin embargo, un éxito, y todavía en 1925 apenas un 14 por 100 de la población era propietaria de un inmueble. Las razones del fracaso, al decir de los comentaristas ingleses, fueron diversas y no la menor fue que los principales terratenientes del Estado eran los propios representantes del pueblo a quien se dirigía la reforma, amén del hecho de que la legislación era demasiado rígida exigiendo requisitos de exactitud en la identificación de las fincas y de los derechos a registrar que apenas era posible cumplir.

(1) Existen distintos sistemas en Escocia e Irlanda del Norte.

(2) Sólo en dos condados existían registros de títulos (Yorkshire y Middlesex) con apenas importancia jurídica.

(3) Y de aquéllas de los denominados países en transición del Centro y Este de Europa que viven un proceso muy similar al que hace ciento cincuenta años se produjo en nuestra parte del continente.

Los defectos del sistema se pusieron de manifiesto muy pronto, por lo que en 1875 se creó el concepto de linderos generales (4), en 1895 se estableció que la base física para el Registro sería el Servicio Nacional de Topografía, y en 1899 se impuso la inscripción obligatoria. Estas tres reformas constituyeron el armazón de la reforma de 1925 que aprobó la vigente Ley de Registro (Land Registration Act) que, atribuyendo poderes cuasijudiciales a los Registradores de la Propiedad, completó un sistema que ha venido funcionando hasta la actualidad a satisfacción de las personas a quienes iba dirigido junto a otras importantes leyes (Settled Land Act, Trustee Act, Law of Property Act, Administration of Estates Act, Land Charges Act) todas del mismo año.

El Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales comprende aproximadamente dieciséis millones de diferentes titularidades y se encuentra totalmente computerizado; unos tres millones de inscripciones se practican cada año y se atiende unos seis millones de solicitudes de información en cada período de igual duración.

Todo el sistema está en trance de reforma, pues una comisión conjunta del equivalente a nuestra Comisión General de Codificación (Law Commission) y del Registro de la Propiedad han elaborado un documento (Land Registration for the Twenty First Century 1998) que tiene por objeto, nada menos, que una reforma integral, por tanto no sólo del Registro de la Propiedad sino de la Ley Civil en que se sustenta. Los ejes de la reforma serían los siguientes:

- Introducción de la contratación electrónica. Como veremos el sistema actual está basado en el soporte papel que una vez emitido es remitido al Registro de la Propiedad para su registración; hasta ese momento no se produce ni transmisión de dominio ni constitución de derecho alguno. Ese período de tiempo puede crear problemas en determinadas circunstancias por lo que se propone sustituir la contratación en papel por la electrónica, conectada ésta a los terminales del Registro de la Propiedad, evitando así la demora entre la emisión del contrato y su entrada en el Libro de Presentaciones (5).
- Una consecuencia de lo anterior sería que dejarían de existir derechos fuera del Registro de la Propiedad por la propia mecánica del nuevo sistema, a lo que se uniría la obligatoriedad, para todos los derechos, de su creación por vía electrónica.

(4) O, lo que es lo mismo, que el Estado no responde de la exactitud de la identificación de los inmuebles registrados sino de forma general por ser la exactitud un problema entre los particulares contratantes.

(5) Se espera que durante el año 2002 se apruebe la reforma que suprima el soporte papel haciendo todas las operaciones por vía electrónica.

- Otra consecuencia sería la disminución de los derechos absolutamente oponibles incluso sin registración o creación formal que hoy en día, como veremos, son numerosos. El sistema, por tanto, aceptaría menos excepciones al principio de inoponibilidad (6).

2. LA TRANSMISION DEL DOMINIO Y LA CONSTITUCION DE LOS DERECHOS REALES

Es inútil acercarse al Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales sin que se haga simultáneamente una aproximación a su Derecho Civil, en algunos aspectos muy similar al nuestro, pero en otros tremendamente distinto. Veamos, pues, siquiera brevemente, el concepto de propiedad y de derecho real, así como su tráfico jurídico.

Formal y materialmente la Propiedad inmobiliaria de Inglaterra y Gales ha pertenecido a la Corona sin que los particulares pudieran ostentar otros derechos que los que ésta les cediera. Ciertamente, la Corona de Inglaterra fue históricamente la única detentadora de la tierra y aún hoy lo es nominalmente; los particulares ostentaban derechos, algunos muy complejos, sobre los inmuebles que regulaban sus relaciones con la Corona y con otros particulares. Desde 1925 estos derechos históricos quedaron profundamente modificados de modo que, en referencia a lo que nosotros denominamos dominio, la reforma derogó un gran número de variaciones de las que sólo sobreviven dos tipos: la propiedad absoluta y la propiedad a término. Pero antes de estudiar sus características es preciso analizar, siquiera brevemente, el sistema de transmisión del dominio (que es también aplicable a la creación de derechos «legales»).

A diferencia de lo que una primera impresión pudiera sugerir, el Derecho Civil de Inglaterra y Gales es extraordinariamente formal pues sólo se transmite el dominio si se cumplen rigurosamente los requisitos de forma establecidos. No hacerlo equivale a la no existencia de transmisión legal del dominio o de constitución de derechos; sólo habrá una situación de equidad o fiduciaria. Dejemos para un momento posterior esta afirmación y centrémonos en los requisitos formales. El artículo 52 de la Ley de 1925 establece la nulidad de todos los contratos de transmisión de dominio que no estén realizados en documento (deed). Los requisitos del documento para que sea legalmente aceptable son tres (7): los documentos deben estar firmados por las partes,

(6) Se propugna la inscripción de las propiedades a término por más de catorce años, se suprime la oponibilidad absoluta de las servidumbres constituidas expresamente, la de los derechos de ocupación que no sean obvios ni actuales...

(7) La Ley de Propiedad de 1989 cambió los requisitos tradicionales de firma, sello y emisión (signed, sealed and delivered) por los actuales.

deben estar firmados por los testigos y deben estar emitidos. Cualquier documento escrito que no reúna estos requisitos no es considerado legalmente un documento y por tanto no transmite el dominio aunque, como veremos después, tiene su relevancia en equidad. Por otro lado, hay que tener en cuenta que una vez el título ha sido registrado pierde todo su valor, pues es reemplazado por el certificado de Registro que es el único medio legal de acreditar la titularidad de un derecho (8).

Como decíamos al principio subsisten en Inglaterra y Gales, como resultado de la evolución del derecho subjetivo desde la regulación medieval hasta la moderna, dos tipos de propiedad: en primer lugar, la que denominamos propiedad absoluta (*fee simple absolute in possession*) que es la propiedad propiamente dicha. Sus caracteres son los siguientes:

- a) Es una propiedad perpetua, pues se transmite indefinidamente de unas personas a otras. Sólo cuando hay una sucesión intestada, a la que no concurren parientes, la propiedad revierte (pues de ella proviene) a la Corona.
- b) Es una propiedad absoluta (9), pues no puede someterse a plazo o condición.
- c) Es una propiedad actual, pues no puede diferirse su entrega a un futuro más o menos cierto.

Hay que advertir que las especialidades sobre el plazo o la condición son perfectamente legales, pero privan al dominio de su cualidad de propiedad absoluta y, desde el momento en que se introducen, ya no permiten considerarlo como tal. Su regulación es distinta, como veremos, pues sólo pueden ser considerados en equidad.

En segundo lugar, la propiedad a término (*Term of years absolute*) es el otro tipo de propiedad legalmente reconocida, vulgarmente se conoce como «Lease» (10). Sus características son:

(8) No quiere esto decir que los documentos se destruyan, bien al contrario, deben ser conservados para, si se precisa, cotejar el contenido con el del Registro de la Propiedad, si se ha producido algún error; de hecho, ésta es una de las «ocultas» razones por las que el sistema se mueve hacia la contratación electrónica: los operadores (Bancos, fundamentalmente) gastan enormes sumas de dinero en la conservación de los documentos, sumas que pretenden ahorrarse por el simple sistema de suprimir el soporte papel.

(9) Absoluta, pues, en un sentido distinto a como nosotros los entendemos, pues absoluta lo es no sólo en cuanto absolutamente oponible, pero también en el sentido de absolutamente no determinada por circunstancias accidentales.

(10) No es, por tanto, el leasing al que con tanta frecuencia nos referimos en España. Nótese que estamos ante cosas completamente distintas: mientras que en Inglaterra y Gales el Lease es un tipo de propiedad a tiempo que tiende por vocación a extinguirse por su paso, en España denominamos leasing a un tipo de derecho real por el que se va

- a) Es un tipo de propiedad y no un derecho de terceros sobre cosa ajena.
- b) Ha de ser por período determinado que puede ser largo o breve. Puede existir una propiedad a tiempo larguísimo o brevísimo, en ambos casos perfectamente legal, tanto si abarca un período de tres mil años como unos cuantos días. Los derechos concedidos por períodos a determinar no caen dentro de la categoría (por ejemplo, por el tiempo que se tarde en aprobar la carrera o por el tiempo que dure una guerra).
- c) Trae causa, no de la Corona, sino del titular de la propiedad absoluta o bien de un titular de propiedad a término por un plazo superior.

Cualquier otro derecho sobre un bien no es considerado de dominio sino derecho sobre el dominio. Son divididos en dos categorías: los derechos legales o creados conforme a la Ley (legal interests) y los derechos en equidad (equitable interests) o sólo reconocidos por los Tribunales. Veámoslos:

1. Los derechos legales o reconocidos legalmente están contemplados en el artículo primero de la Ley de 1925 y son los únicos reconocidos como tales, cualquier otro derecho sólo puede ser reconocido, en su caso, en equidad. Los derechos legales son los siguientes:

A) Servidumbres (Legal easements). El concepto de servidumbre es el mismo que procede de la tradición del Derecho romano en cuanto derecho que grava un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño; como en nuestro Derecho existe una gran variedad de derechos de servidumbre incluidos aquellos que dan derecho al aprovechamiento limitado sobre los frutos del fundo ajeno (profits a prendre) como pueda ser el derecho a pastos.

B) Cargas reales (Legal rentcharges). Su concepto es similar al del censo de nuestro Derecho en cuanto supone un gravamen que recae sobre un inmueble consistente en pagar una determinada suma a una persona determinada o en beneficio de otro inmueble determinado.

Los derechos contemplados en los dos subapartados anteriores deben establecerse bien a perpetuidad o por un período determinado (exactamente como hemos visto en el dominio) de modo que cualquier derecho que no cumpla este requisito deja de considerarse «legal» y sólo puede ser reconocido en equidad.

C) Hipoteca (Legal Mortgage). El concepto de hipoteca es idéntico al nuestro en cuanto sujeta un inmueble al cumplimiento de una obligación

adquiriendo gradualmente el dominio de una cosa. Es importante que seamos conscientes de esta diferencia, pues corremos el riesgo de considerar que una palabra similar designa realidades idénticas cuando no es así en absoluto.

determinada. La hipoteca legal es, como veremos, uno de los tipos de hipoteca admitidos.

D) Otros derechos. Son muy poco frecuentes y son creados por Ley.

E) Derechos de recobro (Rights of entry). Son derechos que forman parte de una cesión de propiedad a término o de una carga real en virtud de los cuales el propietario que los haya constituido tiene, en caso de incumplimiento de pago de la cantidad estipulada, derecho a recuperar la propiedad absoluta.

Cualquier otro derecho que no sea alguno de los contemplados en el listado anterior no es un derecho «legal» y sólo podría contemplarse como de equidad. Estos derechos son de extraordinaria importancia en el sistema anglosajón y no pueden ser considerados como de segunda categoría o de menor importancia, pues desarrollan una función importantísima en el ámbito de las relaciones jurídicas inmobiliarias. Como veremos es una categoría, a diferencia de la «legal», mucho más abierta.

2. Los derechos en equidad están divididos, a su vez, en dos categorías: los derechos tradicionales y aquellos que se convirtieron en derechos en equidad al perder su condición de legales en la Ley de 1925.

A) Derechos en equidad tradicionales:

- Derechos del beneficiario de una fiducia (11) (Interest of a beneficiary under a trust). La fiducia es un mecanismo utilizado por el derecho anglosajón para regular situaciones de interinidad en las que una persona es titular de un derecho del que no puede disponer libremente y que tiene un beneficiario determinado o por determinar. Su función jurídica es tan importante como la económica, desde luego mucho mayor de la que es en los sistemas continentales de tradición romana en los que situaciones parecidas se resuelven no en el ámbito de la fiducia propiamente dicha sino en el de los derechos reales o, incluso, en el de los derechos personales. La fiducia anglosajona puede crearse directamente por el titular de un inmueble (el caso más tradicional sería el testamentario: el testador nombra un fiduciario en beneficio de sus hijos menores de edad y hasta que alcancen la mayoría) o tener atribuida tal condición por los tribunales (por ejemplo, si la vivienda familiar es adquirida por el marido, en parte con dinero de la esposa, el marido será titular fiduciario reconociendo tal situación la Corte a la esposa que sería beneficiaria —trustee—, en la medida de su aportación, de la fiducia).

(11) Trust se traduce habitualmente como fiducia aunque sólo es correcto si partimos de la base de que el concepto anglosajón es mucho más amplio que el romano.

- Derechos de equidad derivados de contratos de creación de derechos legales (Interests under contracts to create legal estates or interests). Ciertamente es preciso adaptar nuestra mentalidad para comprender ciertas categorías. En el Derecho contractual anglosajón si dos partes celebran un contrato están, ciertamente, forzadas a cumplirlo, pero si una de ellas no lo hace, la otra sólo tiene el remedio «legal» de romper o resolver lo pactado. La otra parte, desde luego, tiene la posibilidad de recurrir al Juez para que se cumpla lo pactado (acción de cumplimiento), pero esto es un remedio de equidad (12) (judicial) no legal y por tanto discrecional mientras que los remedios legales, una vez que están establecidos sus presupuestos, son aplicados sin discusión alguna por el Juez; esto es, si el Juez ante quien se presenta la acción de resolución considera que, efectivamente, hay un incumplimiento de contrato, fallará sin más a favor de la misma, pues la solución al conflicto es legal, no susceptible de discusión y sin ulteriores consideraciones; si por el contrario se ejercita la acción de cumplimiento, el juez puede, discrecionalmente, apreciar si debe cumplirse o no el contrato, pues influyen otros parámetros (que en el Derecho español son categorías jurídicas legales como la buena fe, la fuerza mayor...) que deben ser apreciados y aceptados por el juzgador. Pues bien, en una situación como ésta, el Derecho inglés entiende que si la acción de cumplimiento prospera, el titular legal del dominio seguirá siéndolo hasta que se formalice la transmisión, resultando el adquirente hasta ese momento un propietario en equidad. En realidad se trata de una situación fiduciaria en el sentido que vimos en el apartado anterior, pues el vendedor se constituye en fiduciario y el comprador en beneficiario de la fiducia (trustee).
- Derechos no creados formalmente (Interests which are not created formally). Como vimos anteriormente, cualquier derecho que no haya sido creado en un documento que reúna los requisitos de firma, testificación y emisión, no es legalmente un documento y no es apto, por tanto, para la transmisión o creación de un derecho. El adquirente del derecho puede buscar apoyo judicial para que se obligue al transmitente a realizar un documento que reúna los requisitos legales y será mientras tanto considerado titular sólo en equidad.
- Derechos derivados de restricciones contractuales (Interests arising under restrictive covenants). Dentro de un contrato las partes pueden establecer restricciones o limitaciones del contenido normal de un

(12) La máxima «la equidad contempla como hecho lo que debería haber sido hecho» ayuda a comprender su funcionamiento.

derecho de propiedad que no son oponibles a tercero (como, por ejemplo, no destinar el inmueble a determinadas actividades). En el sistema de Inglaterra y Gales estos pactos, meramente personales, son igualmente inoponibles; no obstante, en determinadas circunstancias (esencialmente el conocimiento del comprador de su existencia) pueden dar lugar a un derecho en equidad contra el tercer adquirente.

B) Derechos en equidad por perder su condición de legales en la reforma de 1925.

Ya dijimos anteriormente que los derechos de propiedad son muy rígidos y que el dominio absoluto sólo puede ser perpetuo y que el dominio a término sólo lo puede ser por tiempo determinado. Esto es una consecuencia de la reforma de 1925, pues hasta esa fecha se admitían variaciones sobre el plazo de los derechos; al modificarse la legislación ya no cabe otras formas de dominio legales que las mencionadas, por lo que cualquier variación no es admitida legalmente, pero será aceptada en equidad aunque siempre como una variedad de la fiducia.

La distinción entre derechos legales y derechos en equidad es, como se ha podido ver, de gran importancia (13) pero aún debemos profundizar un poco más para mejor entenderla. Ya hemos dicho que frente a los derechos legales, los de equidad son discrecionales; tal afirmación implica que los derechos legales, una vez reconocidos, son ejercitables sin más consideración, incluso si existe un abuso de derecho que pueda generar un daño a tercero, lo cual puede producir una solicitud de indemnización pero sin afectar al derecho. Por el contrario, un derecho en equidad sólo será reconocido si quien lo reclama ha actuado correctamente (principio de manos limpias); en consecuencia, las circunstancias meramente personales del ejercicio del derecho son irrelevantes en los derechos legales pero esenciales en los derechos en equidad. En nuestro ordenamiento el funcionamiento es bien distinto, pues la existencia de buena o mala fe no sólo tiene consecuencias en el ejercicio del derecho sino en su propia existencia.

Otra distinción importante entre derechos legales y derechos en equidad es que los primeros son oponibles frente a cualquiera, mientras que los segundos, salvo excepciones muy cualificadas, sólo son oponibles frente a personas determinadas. Ciertamente la regulación moderna del Registro de la Propiedad ha desvirtuado esta distinción en la medida que la inscripción obligatoria y constitutiva de los derechos sólo los hace oponibles al ser inscritos, pero es útil cuando estamos ante algún supuesto de excepción a la regla general de

(13) Incluso hasta 1875, los jueces que conocían de los derechos legales y en equidad eran distintos.

inscribibilidad obligatoria y además nos permite la comprensión del sistema desde nuestra óptica de derechos reales versus derechos personales.

3. LA PROPIEDAD NO REGISTRADA

A pesar de que la Ley de Registro de la Propiedad de 1925 estableció la registración obligatoria, sólo en 1990 se extendió el sistema a todos los territorios de Inglaterra y Gales. En consecuencia, hay todavía mucha propiedad inmobiliaria pendiente de adaptación al sistema en ella establecido y es conocida, precisamente, como propiedad no registrada (14).

El problema de esta propiedad es, evidentemente, el de acreditación de su titularidad y disfrute. La inexistencia de un Registro de la Propiedad que permita conocer indubitadamente la titularidad y el estado de cargas conlleva necesariamente la necesidad de investigar la propiedad. Como vamos a ver, se trata de una operación compleja y llena de dificultades que imposibilita que los particulares la lleven a cabo aun cuando técnicamente sea posible; en la práctica son los abogados quienes se preocupan de realizar los distintos trámites que a continuación vamos a analizar.

Básicamente las operaciones a llevar a cabo son cuatro: Investigación en la autoridad municipal, la investigación en el Registro especial de cargas inmobiliarias, la investigación de los títulos de propiedad y la investigación posesoria o sobre el terreno. Veamos en qué consiste cada una de ellas:

1. La investigación a nivel local se realiza en el denominado Registro de cargas de carácter local creado por una Ley en 1975 (Local Land Charges Act). Se caracteriza por recoger información relativa a limitaciones administrativas de muy variada índole que pueden afectar a una propiedad determinada y comprende desde limitaciones derivadas del planeamiento pasando por declaraciones de protección sobre un árbol concreto, reclamaciones por impago de impuestos locales, declaración de un edificio como de interés arquitectónico, etcétera.

El estado de cargas de la propiedad se averigua solicitando un certificado de la autoridad que lo expide contra el pago de unos derechos. El Registro es puramente informativo, pues si el certificado es negativo no por ello las limitaciones dejarán de afectar al adquirente quien podrá, en caso de certificado erróneo, solicitar una indemnización de la autoridad local.

2. La investigación del título. Para comprar con absoluta seguridad una propiedad es evidente que el título del vendedor ha de ser seguro, pues *nemo*

(14) Se estima que aproximadamente un 15 por 100 de la propiedad está sin registrar en Inglaterra y Gales.

dat quod non habet lo que es imposible de establecer atendiendo exclusivamente al título del transmitente, dado que éste deriva de uno anterior y éste de otro anterior y así sucesivamente. Es imprescindible que el comprador o adquirente tenga la certeza de que la titularidad del transferente se deriva de una cadena regular de transmisiones válidas. Esta *probatio diabólica* suele tener un límite temporal, aquél que se considera necesario alcanzar para tener una razonable seguridad. Hasta 1969 el plazo era de sesenta años, pero en esa fecha la Ley de Propiedad (Law of Property Act) lo redujo legalmente a quince años por considerarlo suficientemente seguro.

La investigación parte de lo que se denomina un «documento raíz» o documento de transmisión intervivos y a título oneroso del que se parte hacia adelante temporalmente. El documento raíz es a título oneroso porque se entiende que en aquel momento el adquirente investigó suficientemente el título de su transferente. Por supuesto todo esto es práctica forense pues, salvo el mencionado plazo de quince años, no existe obligación ni regulación legal que imponga un procedimiento de investigación. Una vez determinado por el abogado del comprador lo que se considera documento raíz el vendedor (o mejor su abogado) pone en manos de su colega, asesor del comprador, el denominado epítome de títulos, que no es otra cosa que un expediente fotocopiado de los documentos que justifican el dominio en el título raíz y de los posteriores. Es el abogado del comprador el que debe leer e inspeccionar este expediente para determinar si la cadena de titularidades es correcta y si no existen posibles vicios que invaliden cualquiera de ellas. Posteriormente, el día fijado para la transacción, se aportan los originales para su cotejo.

3. La investigación de derechos de terceros. Una vez determinado que el vendedor o transferente justifica una cadena de títulos que permite aseverar la seguridad del suyo propio es preciso hacer lo mismo con las cargas eventuales que puedan existir sobre la propiedad, lo cual es más difícil y complicado. Las cargas que pueden existir en el Derecho inglés son muy variadas tanto por su origen como por su eficacia. Con el fin de facilitar su «descubrimiento», la Ley de Cargas Inmobiliarias (Land Charges Act) de 1972 (que ha sustituido a la del mismo nombre de 1925) regula el Departamento de cargas inmobiliarias que tiene por finalidad tanto averiguar el posible estado de gravámenes como establecer la buena fe del adquirente que lo ha consultado. El sistema, sin embargo, no es completo, pues existen cargas registrables y otras que no lo son. Veamos las registrables primero:

A) El Departamento de Cargas Inmobiliarias. Se denominan así a las recogidas en la normativa de 1972 (que ha sustituido a la de 1925) y sólo las recogidas en la misma y su inscripción es obligatoria. El sistema está basado en un Registro informático centralizado (hay uno sólo para Inglaterra y Gales en la ciudad de Plymouth) que se compone de cinco secciones o

Registros distintos en cada uno de los cuales se inscriben solamente un determinado tipo de cargas o gravámenes:

- Sección de acciones judiciales, en donde se inscribe cualquier acción con relevancia inmobiliaria y, muy especialmente, las acciones de quiebra.
- Sección de rentas vitalicias creadas antes de 1926, apenas tiene hoy día importancia.
- Sección de mandamientos judiciales coercitivos (muy similar al embargo).
- Sección de convenios de insolvencia.
- Sección de cargas inmobiliarias. Este Registro o sección se subdivide, a su vez, en seis subsecciones denominadas con letras de la A a la F:
 - Las subsecciones A y B recogen limitaciones derivadas de Leyes.
 - La subsección C se divide en cuatro nuevas subsecciones que comprenden: la subsección de hipotecas sin transmisión de título (15), la subsección de recobro de impuestos (16), la subsección de otros gravámenes (17), y la subsección de promesas de contrato y opciones.
 - La subsección D se divide en tres subsecciones: subsección de impuestos hereditarios debidos, subsección de limitaciones de uso derivadas de contrato (18) y subsección de servidumbres prediales.
 - La subsección E está destinada a las rentas vitalicias anteriores a 1926 y que no son inscribibles en el registro especial que hemos mencionado más arriba.
 - La subsección F está destinada a los derechos sobre el hogar matrimonial (19).

(15) La constitución de una hipoteca de inmuebles no registrados se lleva a cabo dejando en posesión del acreedor, además de su título, el de propiedad del hipotecante, lo que se supone garantía suficiente para el acreedor. Dado que el propietario no podrá exhibir su título, nadie contratará con él. Cuando la hipoteca está así constituida es una carga no registrable por tener suficiente garantía.

(16) Cuando una persona con un interés limitado en la propiedad paga un impuesto de sucesiones de la misma derivado de la transmisión del dominio (por tanto un impuesto del cual no es sujeto pasivo) tiene derecho a recobrarse con cargo a los rendimientos de la propiedad, lo que supone un gravamen real.

(17) Aquí se comprenden otros gravámenes que no tienen una subsección específica y que no están expresamente excluidos de inscripción como son, entre otros: los derechos del beneficiario de una fiducia (trustee), los derechos de indemnización sobre los frutos del inmueble derivados de una ruptura contractual, el derecho del acreedor hipotecario en equidad que tiene en depósito el título de propiedad (sólo si es hipoteca en equidad porque si es legal acabamos de ver en la nota 15 que la carga entonces no es registrable).

(18) Por ejemplo, no criar animales en la propiedad.

(19) El cónyuge titular del inmueble concede al otro un derecho de uso sobre el mismo, derecho que tiene un alcance real.

Este Registro de Cargas Inmobiliarias está a cargo del Registro de la Propiedad y se lleva por personas con la salvedad de que el sistema de registro no atiende al titular del derecho sino al propietario contra el que se constituye. Esto implica un grave problema consistente en que para realizar una búsqueda de cargas hay que preguntar todas las posibles existentes contra el actual propietario y contra los anteriores desde 1925. Dado que el actual propietario sólo ha de demostrar la regularidad de títulos por un período de quince años, se da el caso de que el adquirente de un inmueble se encuentre ante la imposibilidad de averiguar el nombre de todos los propietarios desde 1925 y, por consiguiente, de posibles cargas contra los mismos. Si así ocurre y una carga no es descubierta, pese a constar inscrita, será oponible como veremos a continuación (20). Otro problema importante del sistema personal es derivado de la legislación inglesa que carece de un sistema de identificación personal por lo que no es infrecuente que una propiedad se haya inscrito a nombre de un alias o que la búsqueda se haga por un alias cuando la inscripción es correcta. En ambos casos la divergencia entre el nombre verdadero y el alias producirá una falta de conocimiento del adquirente.

El adquirente de un inmueble que desee conocer el contenido del Registro debe solicitar un certificado del Registro que le será entregado contra pago de los correspondientes derechos. Para preservar la prioridad del que pretende comprar la emisión del certificado «congela» el Registro por un plazo de treinta y nueve días durante los cuales cualquier solicitud de inscripción de una nueva carga no será oponible al comprador. La solicitud de prioridad debe hacerse con una antelación máxima de quince días a la creación del nuevo derecho o transferencia de la propiedad.

El certificado de cargas tiene un carácter no sólo informativo sino también jurídico. El adquirente de un inmueble que esté libre, según el certificado, lo adquiere como tal sin perjuicio de la responsabilidad del Registrador frente al titular de la carga inoponible y que por error del Registro no se comprendió en la certificación.

Las consecuencias de la falta de inscripción no son las mismas en todos los casos, si bien se puede afirmar lo siguiente: La falta de inscripción de los derechos sujetos a inscripción en las subsecciones A, B, C (salvo la subsección de promesas de contrato y opciones que sigue el régimen del siguiente grupo que se dirá), y F los convertirá en inoponibles frente a adquirentes a título oneroso del dominio o de otros derechos sobre la finca.

Los derechos sujetos a inscripción en la subsección D y las promesas de contrato u opciones no inscritas son inoponibles sólo frente al adquirente del

(20) Existe un fondo especial administrado por el Registrador de la Propiedad en jefe destinado a indemnizar a los adquirentes en dichas situaciones. Al parecer esta disfunción se ha producido muy pocas veces.

dominio a título oneroso, pero no frente a ulteriores adquirentes de otros derechos distintos del dominio.

El conocimiento o desconocimiento del adquirente es irrelevante, ya que la oponibilidad viene determinada exclusivamente por la inscripción.

B) Derechos no susceptibles de inscripción. Hay muchos derechos diferentes de los expresados que no son susceptibles de inscripción y que, sin embargo, son de eficacia real como los derechos derivados de la fiducia (trust) o las hipotecas legales o de equidad protegidas por la entrega del título de propiedad al acreedor. Su eficacia frente a terceros depende de su naturaleza legal o de equidad.

Los derechos reconocidos en la Ley como servidumbres legales o propiedades a término legales son oponibles frente a cualquiera. Su eficacia es absoluta con independencia de cualquier otra consideración. Podríamos decir que se aplica el principio romano de absolutividad sin restricción con independencia de si el adquirente conocía o no de su existencia.

Tratándose de derechos de equidad, los mismos serán oponibles siempre que el adquirente sea de buena fe y a título oneroso. El adquirente es de buena fe cuando ha hecho lo razonablemente necesario para adquirir la propiedad y no ha descubierto la carga o limitación que afecta al inmueble. El adquirente es a título oneroso si adquiere la propiedad por contrato en el que haya mediado un precio. La protección sólo se depara al adquirente del dominio no al adquirente de otros derechos.

La consideración de la buena fe como elemento de la protección es, como veremos, una de las diferencias esenciales con la propiedad registrada en la que se prescinde por completo de conceptos subjetivos (21). La buena fe nos lleva al cuarto episodio de la investigación:

4. La investigación sobre el terreno. Se predica sólo de los derechos adquiridos en equidad, pues son los únicos en los que tiene relevancia. Hay que tener en cuenta que estos derechos nacen de una forma muy simple y pueden ser difíciles de detectar. El concepto de buena fe se ensancha sobremanera y exige que el adquirente no haya conocido y que haya hecho una investigación exhaustiva para evitar que se le considere como conocedor de la carga. Un ejemplo será de suma utilidad para ver hasta qué punto es exigible una actuación diligente: en *Kingsnorth Trust Co.Ltd. Versus Tizard*, la situación de protección a un derecho difícilmente detectable nos da una idea de la rigurosa aplicación del principio de buena fe objetiva o buena fe desconocimiento. El señor Tizard compró una propiedad que se

(21) Es preciso adelantar, para evitar confusiones, que en la propiedad registrada la situación posesoria es igualmente relevante aunque por fundamentos jurídicos distintos ya que, como veremos, la oponibilidad de la situación posesoria es totalmente objetiva.

puso a su nombre exclusivo, pese a que su esposa contribuyó a pagarla, lo que la convirtió en beneficiaria de un interés de equidad sobre la finca (trustee). El matrimonio se rompió y la señora Tizard dejó el hogar conyugal al cual, sin embargo, acudía con frecuencia para cuidar a los hijos del matrimonio. El señor Tizard, propietario legal de la vivienda, la hipotecó a favor de un Banco, el cual, tras producirse el impago, exigió la entrega de la posesión de la finca. La señora Tizard se opuso y el Tribunal la amparó en base a que aunque la finca fue inspeccionada al tiempo de constituir la hipoteca por el acreedor, éste debería haber hecho mayores investigaciones, pues sabía de la separación del matrimonio y que la esposa continuaba viviendo cerca.

Una vez que el proceso de compra está finalizado, el adquirente y el transmitente firman el documento que así lo acredita, se procede a la inscripción primera en el Registro de la Propiedad. Recordemos que la inscripción es obligatoria en todo el territorio de Inglaterra y Gales y su falta conlleva la nulidad de la transacción. El plazo para solicitarla es de dos meses y afecta a toda transmisión de dominio o constitución de propiedad a término por período superior a veintiún años. El incumplimiento por parte del comprador provoca que no sea considerado adquirente y su situación se reconduce a la de un mero fiduciario o titular de un derecho de equidad.

4. LA PROPIEDAD REGISTRADA

El Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales sigue un sistema de encasillado dividido en tres partes: una relativa a la finca o mejor, a la titularidad sobre la finca, otra relativa al título y, finalmente, una relativa a las cargas y limitaciones de naturaleza real. Esta división en casillas se predica de cada folio u hoja registral, existiendo una hoja por cada finca. Detengámonos en el contenido concreto de cada una de sus partes:

1. The Property Register o Registro de la Propiedad. En esta casilla se hace constar el tipo de derecho del titular, ya sea pleno dominio o dominio a plazo y, como todo lo demás, muy breve y sencillo, ya sea una cosa u otra. También aquí se hace constar la referencia gráfica que le corresponde por referencia a un plano que acompaña siempre a la hoja registral y en el que se dibuja en tinta roja la delimitación de la finca. La descripción se puede completar con alguna referencia verbal en la que habitualmente solamente se comprende la dirección postal y a veces, sobre todo tratándose de fincas rústicas, con algún elemento descriptivo. Finalmente se hace constar en esta casilla el número registral (title number) que es atribuido directamente por el Registrador. Nótese que el número va referido propiamente al derecho de

propiedad absoluta o a plazo sobre la finca por lo que, como sobre una misma finca pueden recaer simultáneamente diversos derechos de este tipo, cada finca tendrá atribuidos tantos números como derechos dominicales recaigan sobre la misma (22).

NUMERO DE TITULO L2345

N. 1 (16 de septiembre de 1996). Pleno dominio (o dominio a plazo) subrayado en rojo en el plano correspondiente al título archivado correspondiente al número 1 de Stilton Street, London.

En Inglaterra y Gales no existe propiamente la propiedad horizontal (23), tal y como nosotros la concebimos, por lo que la identificación de pisos u otros elementos que puedan pertenecer a distintos titulares se hace en base a un plano aportado en la primera inscripción (plano que es aportado por las partes y no por el Servicio Nacional de Topografía) y que se superpone al plano oficial de la parcela de la siguiente forma:

Si el apartamento ocupa una planta o parte de una planta, la descripción registral podría ser así:

NUMERO DE TITULO L2345

N. 1 (14 de marzo de 1998). Pleno dominio (o dominio a plazo) subrayado en rojo en el plano correspondiente al título archivado (apartamento 6, 32 Lincoln's Inns Fields).

Nota: Sólo el tercer piso está incluido en el título.

Si la propiedad abarca varias entidades o espacios en diversos pisos, la descripción podría ser de la siguiente forma:

(22) Por ejemplo: el titular de una propiedad absoluta constituye a favor de un tercero una propiedad a término por cien años; éste, a su vez, constituye otra propiedad a término por un plazo inferior, y así sucesivamente.

(23) Aunque hay un proyecto para regularla en forma muy similar. En la práctica es frecuente que una compañía, propietaria de la plena propiedad, venda a distintos propietarios la propiedad a término de los distintos elementos susceptibles de aprovechamiento independiente del edificio y a los que cobra una cuota por el mantenimiento de los servicios comunes.

N. 1 (14 de marzo de 1998). Pleno dominio (o dominio a plazo) subrayado en rojo en el plano correspondiente al título archivado (apartamento 6, trastero 8 y garaje D, 32 Lincoln's Inns Fields).

Nota 1: Sólo la parte dibujada en rosa en el plano correspondiente al tercer piso está incluido en el título.

Nota 2: Sólo la parte dibujada en azul en el plano del sótano corresponde al trastero incluido en el título.

Nota 3: Sólo la parte dibujada en amarillo en el plano de la planta baja corresponde al garaje incluido en el título.

Los derechos que deben inscribirse obligatoriamente son el pleno dominio (freehold estate) y la propiedad a plazo (term of years). Con referencia a estos últimos son excluidos como excepciones a la regla general aquellos cuya duración es inferior a veintiún años (24) y los denominados «mortgage terms» (25).

2. Proprietorship Register o Registro del dominio. En esta casilla se especifican, por relación a cada uno de los números de título a que hacemos referencia en el apartado anterior, todas las circunstancias que se consideran relevantes del titular de cada derecho dominical inscrito.

Primero se hace constar su nombre y apellido, así como su dirección. A continuación se hacen constar las restricciones que puedan afectarle y que deriven de su condición personal (por ejemplo, si es un mero fiduciario —trust— o si está en quiebra). Finalmente se hace constar el grado de seguridad de su título, lo que merece un pequeño comentario adicional:

Cuando la titularidad entra por vez primera en el Registro de la Propiedad, el Registrador investiga el título de forma similar a como lo hacen los letrados en la propiedad no registrada, tal y como vimos en el apartado relativo a la misma. De hecho se suele afirmar que el Registrador actúa con mayor cautela, pues a partir de la entrada en el Registro de la Propiedad, el título recibirá la protección del Estado y si hay algún error responderá

(24) El motivo de su exclusión es la intención de no sobrecargar el folio con derechos de duración limitada. Su protección es, sin embargo, absoluta, como veremos al tener la consideración de derechos absolutamente oponibles.

(25) O derechos de propiedad a término por períodos muy largos en garantía de préstamos. Se consideran suficientemente protegidos y de ahí su exclusión.

de esta circunstancia por la vía civil por los daños que hubieran podido causarse.

Existen siete grados de seguridad, o mejor siete grados o categorías de títulos, según la seguridad que puedan deparar. De estos siete grados, tres son predicables del pleno dominio y cuatro de la propiedad a término. La información que sobre ellos proporciona el Registro de la Propiedad permite al interesado decidir si debe o no investigar la realidad extraregistrar, a fin de realizar una adquisición totalmente segura o si se conforma con la que le proporciona el Registro. Veámoslos, a fin de tener una idea aproximada de a qué nos referimos:

A) Relativos al pleno dominio:

- a) Absolute freehold title. Se considera el título de dominio por excelencia por deparar una gran seguridad sobre su validez y regularidad. Una vez inscrito sólo le son oponibles los derechos absolutamente oponibles (más abajo son explicados) y los derechos previamente inscritos.
- b) Possessory freehold title. Es un título basado en la posesión continuada del declarante al Registro de la Propiedad y de sus causantes. Son muy poco frecuentes (en torno al 1 por 100). Si el Registrador accede a la inscripción, sus efectos son los mismos que vimos anteriormente, pero quedando sujeta la titularidad a derechos no inscritos de mejor condición (titulares dominicales de mejor derecho). Si en doce años no surge ningún problema y no es objeto de contradicción, se convierte en un título absoluto.
- c) Qualified freehold title. Son aún más extraños (uno entre cien mil). Se refieren a títulos que no han sido investigados por todo el plazo que legalmente se considera seguro (recordemos que son quince años) por lo que todo derecho que esté comprendido en el período no investigado le es oponible (26).

B) Relativos al dominio a tiempo:

- a) Absolute leasehold title. Es exactamente igual que en el caso del dominio pleno, con una matización importante. Para que el título sea absolutamente seguro es preciso que el propietario del pleno dominio que lo estableció tuviera, a su vez, un título incontestable. De ahí que

(26) Por ejemplo, si un derecho sólo ha sido investigado por ocho años y existen derechos dominicales preferentes y que surgieron entre dichos ocho años y los quince obligatorios de investigación, éstos se imponen sobre el título inscrito.

la investigación se refiere tanto al título del propietario a tiempo parcial como al del pleno dominio.

- b) Good leasehold title. Se refiere al caso en que la cadena de titularidades de la propiedad a término ha sido verificada, pero no así en cuanto al título superior de la que depende. Si este último llega a inscribirse como «Absolute freehold» aquél se convierte también en incontestable.
- c) Possessory leasehold title. Son muy poco frecuentes. Están basados en la posesión y se convierten en «good leasehold title» por la inscripción no contradicha en el plazo de doce años.
- d) Qualified leasehold title. Son prácticamente desconocidos y son *mutatis mutandi*, lo mismo que vimos para el dominio pleno.

El aspecto que podría tener esta parte del registro sería así:

N. 1 (13 de febrero de 1999). Título absoluto. Propietario: Seann Timber, 32 Lincoln's Inns Fields, London L3422.

3. Charges Register. Es aquella parte del registro en la que se hacen constar los derechos de terceros susceptibles de inscripción y que, en virtud de la misma, son oponibles a eventuales adquirentes: a primera vista su estructura es muy sencilla pues en esta parte del Registro de la Propiedad se registran los denominados derechos registrables (registered interests) que son básicamente tres: las hipotecas, las rentas reales (legal rentcharges) y las servidumbres. En los tres casos la inscripción es constitutiva y por ello su creación se culmina con la inscripción en el Registro.

La situación, sin embargo, dista de ser tan sencilla como hasta aquí parece ser por la existencia de otros derechos relacionados con el Registro de la Propiedad y que forman dos categorías distintas a la de los derechos registrables. Se trata de los derechos menores (minor interests) y de los que podemos denominar derechos absolutamente oponibles (overriding interests). Sólo los primeros tienen acceso al Registro, aunque sin considerarse derechos registrables. Los derechos absolutamente oponibles son una excepción al sistema y por eso hablaremos de ellos al tratar de la eficacia del Registro de la Propiedad. Veamos por tanto, en primer lugar, los derechos de terceros que tienen acceso al Registro de la Propiedad y dejemos para un momento posterior los efectos del sistema y sus excepciones:

A) Los derechos registrables:

a) La hipoteca (Legal mortgage). Es el derecho de terceros registrable por excelencia. Su acceso al Registro de la Propiedad tienen carácter constitutivo y por tanto sólo existe como carga legal desde el momento en que accede al folio registral; hasta ese momento sólo es un derecho protegible en equidad. Tres son los tipos de hipotecas legales que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad:

- Hipoteca legal de un dominio absoluto (Legal mortgage of a fee simple). Se constituye mediante la constitución de una propiedad a término a favor del acreedor por un plazo superior al de la deuda que ha de ser satisfecha (27), quien adquiere así determinados derechos sobre la propiedad. La creación de una segunda hipoteca se hace mediante la creación de otro derecho de propiedad a término por un plazo más largo.
- Hipoteca legal de una propiedad a término (Legal mortgage of a term of years). Se constituye también mediante la constitución de una propiedad a término por período inferior, en concreto el período pendiente de expirar la propiedad a término hipotecada menos diez días, lo que permite la creación de otros derechos de hipoteca sobre el mismo derecho, pero por un plazo superior en un día al anteriormente constituido.
- Hipoteca propiamente dicha (charge by deed by way of legal mortgage). Es aquella hipoteca que se crea como carga o gravamen sobre la propiedad absoluta o a término y que se crea como tal carga, sin recurrir al artificio de transferir un derecho de propiedad a término. En la actualidad es el modo de constitución más frecuente, pues tiene la ventaja de que sirve igualmente para ambos tipos de propiedad y permite la creación de ulteriores hipotecas sin atención a las previas. Además con este tipo de contrato no se incumple el pacto de prohibición de constituir subpropiedades a término (muy frecuente en los contratos de constitución por el propietario absoluto de derechos de propiedad a término).

b) Rentas reales (Rentcharges). Se trata de derechos que cargan la propiedad inmueble con el pago periódico de una cantidad de dinero;

(27) Es usual pactar un plazo desproporcionadamente largo de tiempo. En un caso muy específico (si el deudor pretende transferir no el dominio a plazo sino el absoluto) la Ley lo convierte automáticamente en una propiedad a tres mil años.

en caso de falta de pago, el beneficiario actúa contra el titular del inmueble gravado (28). Son de dos tipos: aquéllas que se establecen en beneficio de alguien y que dan lugar a una situación de fiducia (trust) y aquéllas que se constituyen para satisfacer gastos derivados de cierto uso del predio ajeno (lo que las acerca a las servidumbres). En cualquiera de ambos casos, para ser reconocidas como legales, deben establecerse por el mismo período de tiempo que el dominio sobre el que recaen: perpetuamente para el dominio absoluto y por tiempo determinado para el dominio a plazo determinado.

- c) Servidumbres (Legal Esaments). Se comprende dentro del término una variedad de situaciones en las cuales el titular de un predio tiene derechos sobre otro inmueble de otro titular. Se comprenden tanto las servidumbres de paso como las de luces como cualesquiera otras de similar contenido. Como vimos, una variedad la constituyen los denominados «profits a prendre» o servidumbres que implican derechos de disfrute sobre el otro predio como puede ser cortar leña u otros de similar naturaleza.

En todos los casos los derechos de servidumbre han de ser concedidos por el mismo período de tiempo que el derecho sobre el que recaen, ya sea perpetuamente en el dominio absoluto, ya sea por un período de tiempo determinado en el dominio a plazo. Cuando el derecho es concedido por un período de tiempo indeterminado (por ejemplo, durante la vida de X), el derecho no es reconocido por la Ley como tal y sólo puede ser ejercitado en equidad, lo que los hace no inscribibles aunque pueden tener acceso al Registro como derechos menores, tal y como veremos a continuación.

B) Los derechos menores se caracterizan porque son inoponibles frente a terceros adquirentes a título oneroso y porque, dentro de esta categoría, se comprenden una gran variedad de situaciones. A pesar de esta limitada eficacia de principio pueden acceder al Registro de la Propiedad de cuatro formas distintas (ninguna de las cuales se califica como inscripción en cuanto que no hay investigación ni registro en el sentido «legal» del término). Tampoco, como vamos a ver, su constancia se hace necesariamente en el apartado de cargas del Registro, lo cual es otra prueba de su amplio carácter. Se dividen en cuatro categorías, según el tipo de asiento que causen en el Registro de la Propiedad:

(28) La Ley de Cargas Reales de 1977 estableció la caducidad de las existentes a la fecha de su entrada en vigor al tiempo de cumplir sesenta años desde esa misma fecha. Las que se creen a partir de su entrada en vigor deben recoger los requisitos que la propia Ley establece.

- a) **Notificación.** Se hace constar en el Charges Register o sección de cargas del folio. Se hacen constar de esta forma, por ejemplo, los «leases» (29), hipotecas en equidad, los denominados pactos restrictivos (o restricciones convencionales no oponibles a tercero salvo que éste las haya conocido) o la opción de compra, aunque el caso más importante es el de los derechos matrimoniales sobre el domicilio. Procedimentalmente se caracterizan porque es preciso aportar el certificado registral, esto es, no pueden hacerse constar sin que el propietario preste su colaboración aportando su certificado, que es retirado al practicar la notificación y sustituido por uno nuevo. En caso de que sea imposible obtener tal colaboración, estos derechos pueden hacerse constar por vía de advertencia con las consecuencias que veremos a continuación.
- b) **Restricción.** Se hace constar en el Registro del Dominio, pues su intención es evitar la negociación del mismo hasta que se cumplan las condiciones impuestas contractualmente. El caso más típico es cuando el propietario es un fiduciario (trustee) que no puede disponer sin cumplir los requisitos derivados de la fiducia.
- c) **Advertencia.** Se hace constar en el Registro de Dominio. En virtud de la misma resulta que el propietario no puede disponer sin que resulte la notificación al interesado quien, en un período determinado de días, puede solicitar del Registro de la Propiedad que apruebe o no la enajenación planeada; a su vez el Registro de la Propiedad puede decidir por sí mismo o elevar la cuestión a los Tribunales. Hay que advertir que aquí el Registro carece de eficacia protectora en el sentido que si el negocio llega a ser inscrito, el adquirente no se verá perjudicado por la existencia de la advertencia y el perjudicado no tiene otro remedio que demandar al Registro de la Propiedad en solicitud de responsabilidad por el error cometido.
- d) **Inhibición.** Se hace constar en el Registro de Dominio. Es una orden judicial por la que se prohíbe la negociación de la propiedad hasta que se dé un evento determinado o lo autorice la propia corte. El caso más frecuente es el de la quiebra.

El aspecto de un derecho menor (en concreto de unos pactos restrictivos o restrictive covenants) de este tipo sería, más o menos, el siguiente en el apartado de Registro de Cargas:

(29) Caso poco importante porque estos derechos, como veremos, están protegidos como derechos absolutamente oponibles cuando tienen una duración inferior a veintinueve años.

N. 1 (23 de febrero de 1996). Un pacto sobre la propiedad en 1965 fue hecho entre Mary Ribbs y Lucy Breast con el siguiente contenido:

El adquirente solemnemente contrata con el vendedor en beneficio de su propiedad contigua observar y cumplir lo siguiente:

1. Ninguna construcción que pueda realizarse sobre la propiedad tendrá otra utilidad distinta a la residencial.
2. Ninguna actividad será permitida que suponga una molestia o perjuicio para la propiedad contigua o la vecindad.

El aspecto, por tanto, de un certificado registral que, como ya sabemos, es la única forma de acreditar la propiedad y los derechos y en el que constan los distintos aspectos de las tres partes del Registro de la Propiedad, puede ser parecido al siguiente:

NUMERO DE TITULO L2345

A. Registro de la Propiedad

Contiene la descripción de la Propiedad y de la propiedad comprendida en el título

N. 1 (16 de septiembre de 1996) (30). Pleno dominio de la propiedad subrayada en rojo en el plano correspondiente al título archivado correspondiente al número 1 de Stilton Street, London.

B. Registro del dominio

Establece la naturaleza del título, nombre, dirección y descripción del propietario y cualquier entrada que afecte al derecho de disposición

(30) El número 1 se refiere al número de entrada en el Registro particular de propiedad, dominio o cargas y la fecha que existe a continuación se refiere a la de su entrada en el Registro.

N. 1 (13 de febrero de 1999). Título absoluto. Propietario: Seann Timber, 32 Lincoln's Inns Fields, London L3422.

C. Registro de cargas

Contiene cargas, gravámenes... que afecten a la propiedad

N. 1 (23 de febrero de 1996). Un pacto sobre la propiedad en 1965 fue hecho entre Mary Ribbs y Lucy Breast con el siguiente contenido:

El adquirente solemnemente contrata con el vendedor, en beneficio de su propiedad contigua, observar y cumplir lo siguiente:

1. Ninguna construcción que pueda realizarse sobre la propiedad tendrá otra utilidad distinta a la residencial.
2. Ninguna actividad será permitida que suponga una molestia o perjuicio para la propiedad contigua o la vecindad.

FIN DEL REGISTRO

NOTA: El certificado fue oficialmente contrastado con el Registro el 9 de mayo de 1999.

5. LOS EFECTOS DEL SISTEMA

Para entender los efectos del sistema hemos de partir de algunas de las afirmaciones que hemos ido haciendo a lo largo de la exposición: La inscripción sólo se predica de los dos tipos de propiedad reconocidos y de los derechos principales; para estos derechos la inscripción es obligatoria y constitutiva; los derechos menores sólo tienen acceso al Registro de la Propiedad por medio de asientos subsidiarios. Los derechos que no constan inscritos o que no se han publicado no perjudican a los titulares que han inscrito con posterioridad.

Como en cualquier otro sistema, un adquirente que pretenda adquirir con seguridad deberá conocer quién es el propietario y si existen cargas que le puedan perjudicar. La información se obtiene del Registro de la Propiedad en

forma de certificación de contenido que puede obtenerse personalmente o por otros medios como el correo; incluso es posible el acceso directo por medio de ordenador a las personas que tienen suscrito dicho servicio con el Registro de la Propiedad. Si se solicita lo que se denomina una busca oficial (official search) el adquirente dispondrá de un plazo de treinta días desde su emisión durante el cual ninguna solicitud de asiento le perjudicará.

Hay que tener en cuenta que la publicidad que de las cargas proporciona el Registro de la Propiedad es limitada, pues se limitará a la fecha, el nombre del acreedor y el tipo de carga que se ha inscrito sin más referencias que las indispensables. El Registro, por tanto, provee una mera información de la existencia de las cargas, pero no de su contenido. Son los abogados de la parte adquirente los que se han de dirigir al titular y averiguar el contenido y extensión de la carga; centrándonos en las hipotecas, si el Registro de la Propiedad señala la existencia de alguna en la propiedad que nos proponemos adquirir, lo normal será que la misma se cancele al tiempo de la adquisición de modo que los asistentes legales que ayudan al adquirente recibirán garantías del acreedor de que así será al tiempo de la adquisición (a cambio, claro está, de la consecuente satisfacción de la deuda). En el caso excepcional de que la hipoteca vaya a subsistir tras la compraventa, el abogado del comprador deberá recibir del acreedor toda la información que precise respecto al contenido y extensión de la obligación, así como su consentimiento.

Producida la inscripción a favor del nuevo titular, ningún otro derecho le será oponible incluso si tenía conocimiento del mismo. Nuevamente vemos cómo la diferencia entre derechos legales y en equidad cobra toda su importancia: una vez hecha la inscripción y adquirido el derecho objeto de transmisión, la Ley reconoce tal circunstancia sin mayores consideraciones y sin perjuicio de que el perjudicado por una acción desleal pretenda una indemnización (31). Esta es una gran diferencia con los sistemas continentales basados en la buena fe como elemento integrante de la protección del derecho.

Es ilustrativo del funcionamiento del sistema, el ejemplo de la sentencia del caso *Barclays Bank plc v Zaroovabli*, en la cual el supuesto de hecho era el siguiente: un propietario otorgó, junto al Banco, un contrato de préstamo con hipoteca que por alguna razón no tuvo acceso al Registro de la Propiedad. El Banco, conforme al Derecho Civil, no adquirió por tanto hipoteca legal sino sólo una hipoteca en equidad, pero tampoco publicó su existencia en el

(31) En realidad la cuestión no es pacífica en la doctrina absolutamente, pues existe alguna decisión judicial que parece dar a entender lo contrario, aunque también es cierto que la Sala de los Lores, que actúa como última instancia, jamás ha reconocido la posibilidad de que el conocimiento de una carga no inscrita sea oponible al adquirente, salvo para reclamar en equidad. Además parece que la reforma futura de la Ley del Registro de la Propiedad expresamente determinará la irrelevancia de tal conocimiento (*Land Registration for the Twenty First Century*).

Registro de la Propiedad por medio de una «notificación», como vimos más arriba podría haber hecho, dado que una hipoteca en equidad es un «derecho menor». Aunque en el contrato se prohibió al propietario ceder la propiedad por medio de un lease o propiedad a término, aquél lo llevo a cabo casi inmediatamente después de contratada la hipoteca. Impagado el préstamo, el Banco pretendió ejecutar la finca como libre de ese posterior derecho, pero tal pretensión fue desestimada por haberse inscrito con anterioridad.

La regla de la prioridad no juega, sin embargo, con carácter pleno ni con todos los derechos. Más arriba, al hablar de los derechos menores, especificamos que los mismos no son inscritos propiamente en el Registro de la Propiedad, sino solamente publicados en alguna de las formas que explicamos. Esta falta de inscripción en el Registro de la Propiedad equivale a que los derechos menores no son propiamente «derechos legales» sino derechos en equidad, y a este tipo de derechos, por tanto, no le han de ser de aplicación las reglas sobre derechos «legales». En consecuencia, la regla general es la de *prior in tempore potius in iure* («where the equities are equal the first in time prevails») y por tanto un derecho menor entrado en el Registro de la Propiedad no se impone a uno anterior no entrado ni a uno entrado con posterioridad pero de fecha anterior. Por supuesto, un derecho menor no entrado no es oponible a un derecho inscrito posteriormente (ya sea un derecho de propiedad o uno de los derechos legales).

Volviendo a las hipotecas como ejemplo, una hipoteca no publicada no es oponible a otra inscrita aunque sea de fecha posterior y con independencia de si el segundo acreedor conocía o no de la existencia de la primera. Igualmente la hipoteca no publicada no perjudica a un adquirente del dominio pleno o a tiempo que inscriba en el Registro de la Propiedad. Tampoco será oponible una hipoteca no publicada a otra tampoco publicada de fecha anterior.

La segunda de las excepciones es una categoría muy amplia, pues los derechos absolutamente oponibles (overriding interests) engloban una serie de situaciones variadas todas las cuales se caracterizan por ser oponibles aun cuando no consten en el Registro de la Propiedad. Están contemplados, igualmente, en el artículo 70 de la Ley:

- Servidumbres legales. Todas las servidumbres prediales legales, en cuanto constituidas conforme a la Ley, son absolutamente oponibles aún cuando no hayan sido inscritas (pues se trata de derechos registrables por inscripción, como vimos). Dentro de esta especie se incluyen cualquier tipo de servidumbres ya sean de paso de personas, de ganado, de desagüe, u otras cualesquiera. Nótese que las servidumbres en equidad no tienen la consideración de derechos absolutamente oponibles.

- Derechos adquiridos o en curso de ser adquiridos en base a la Limitation Act de 1980. Se trata de situaciones posesorias caracterizadas por el transcurso del tiempo sin oposición del dueño. En realidad se trata de una situación de usucapión por el transcurso del tiempo, ahora bien, debido al sistema adquisitivo de Inglaterra y Gales, todo propietario registral continúa siéndolo hasta que es sustituido por otro, de ahí que el contradictor no adquiriera el dominio de la finca poseída sino un derecho absolutamente oponible en tanto no solicite y obtenga una inscripción a su favor. En el ínterin, el titular registral por un lado se constituye como fiduciario del usucapiente y por otro este adquiere un derecho que es oponible frente a cualquier eventual posterior adquirente con inscripción en el Registro de la Propiedad. El plazo para adquirir una posesión de este tipo (adverse possession) es de doce años, aunque existen plazos especiales.
- Derechos posesorios actuales y efectivos o que conlleven percibo de rentas. La Ley declara la prevalencia de cualquiera que tenga un derecho que le legitime para poseer o que perciba rentas del inmueble. Para ser mantenido en la posesión es preciso ser poseedor con posesión actual y efectiva y tener un derecho legal o en equidad (por definición no inscrito ni publicado) por lo que no serán mantenidos en la posesión los que no tienen posesión efectiva a pesar de ostentar un derecho ni los que teniendo posesión material carecen de un título que les legitime. Ilustrativo para entender la situación es el caso *Strand Security Ltd. v Caswell* en el que un señor ostentaba un derecho de propiedad a término por 39 años no inscrito sobre un piso en el que guardaba algunos muebles pero que no ocupaba físicamente por sí sino que era ocupado por su hijastra como mera precaria. El propietario de la propiedad plena la vendió a un tercero que reclamó que ni la propiedad a término le era oponible ni la situación de posesión. Ambas alegaciones fueron apreciadas por el Juez quien consideró que el derecho no inscrito no era oponible, pero tampoco la situación posesoria, pues el titular de la propiedad a término no ocupaba la finca y la ocupante en precario carecía de título para hacerlo. Cosa distinta habría ocurrido si el titular de la propiedad a término no ocupante hubiese percibido una renta, pues en tal caso la Ley le habría equiparado a un ocupante efectivo.
- Derechos de Propiedad u otros que cualquiera pueda ostentar frente a un titular registral que obtuvo su inscripción en base a un título no plenamente seguro. Como vimos más arriba, la primera inscripción en el Registro de la Propiedad conlleva la calificación por el Registrador de la Propiedad de la calidad del título, por lo que si la inscripción se hace en base a un título no seguro del todo, es lógico que no pueda

prevalecer frente a otros títulos que discutan su contenido y que sean preferentes en el tiempo.

- Limitaciones derivadas de regulaciones locales. Básicamente limitaciones urbanísticas.
- Propiedades a término por plazo inferior a veintiún años. Recordemos que al no ser derechos legales no son susceptibles de inscripción. Son, sin embargo, absolutamente oponibles en base al artículo 70.
- Otros derechos. Es un cajón de sastre en el que caben todo tipo de restricciones derivadas de las Leyes especiales sobre autopistas, minas, caza, pesca, etc.

La existencia de estos derechos, algunos indetectables, provoca que el sistema no otorgue una protección completa al adquirente lo que, por otra parte, no tiene nada de particular, pues no existe ningún sistema realmente que otorgue tal protección integral, señaladamente de las restricciones derivadas de las leyes urbanísticas o planes o de las legislaciones especiales.

Con todo, a un adquirente normal lo que más debe preocuparle es la existencia de eventuales poseedores en la finca que, como hemos visto, puedes ostentar una situación inatacable, amén de que pueden existir servidumbres no inscritas o incluso propiedades a término hasta veintiún años. De ahí que la práctica forense aconseje siempre la inspección física del inmueble e incluso la investigación sobre el terreno mediante la inquisición a vecinos con el fin de descubrir cualquiera de las situaciones descritas.

Ya hemos dicho que la protección al adquirente de un derecho legal se hace independientemente de su situación de conocimiento respecto a situaciones oponibles no inscritas o publicadas. A la inversa, el tercero es perjudicado por situaciones desconocidas no inscritas que son absolutamente oponibles, de ahí la necesidad de la inspección e investigación sobre el terreno.

6. LA ORGANIZACION DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

El Registro de su Majestad (Her Majesty Land Registry) tiene su oficina principal en Londres y está dividido en veintidós oficinas regionales responsables del Registro en su área concreta.

El «Chief Land Registrar» es el responsable máximo y depende directamente del Ministro de Justicia. Cada oficina regional está dirigida por un District Registrar con poderes para las decisiones relativas al Registro y por un Director de Area (Area Manager) responsable de la administración de la oficina.

El Registro de la Propiedad es una organización separada dependiente directamente del Ministro de Justicia.

No hay integración con otras administraciones, pero el Registro de la Propiedad se basa en los mapas de la Agencia de Mediciones que le proporciona la base gráfica a la que satisface un canon o pago por la información. Este organismo proporciona la base gráfica, no sólo para el Registro de la Propiedad, sino también a la Oficina de valoraciones, Ministerio de Agricultura y a los Ayuntamientos.

Los registradores tienen competencias cuasijudiciales para decidir sobre cuestiones de Registro. Sus decisiones pueden ser apeladas al Chief Land Registrar; a su vez, las decisiones de éste pueden ser apeladas ante la High Court.

Los honorarios son establecidos por el Ministerio con la asistencia del Ministerio de Hacienda. El sistema se autofinancia.

BIBLIOGRAFIA

- Land Law. Cavendish Publishing Limited. Second Edition. 2000.
- Textbook on Land Law. Judith-Anne McKenzie & Mary Phillips. Blackstone Press Limited. 2000.
- Land Registration. Experience and Evolution in England and Wales. John Manthorpe. WPLA. 1999.

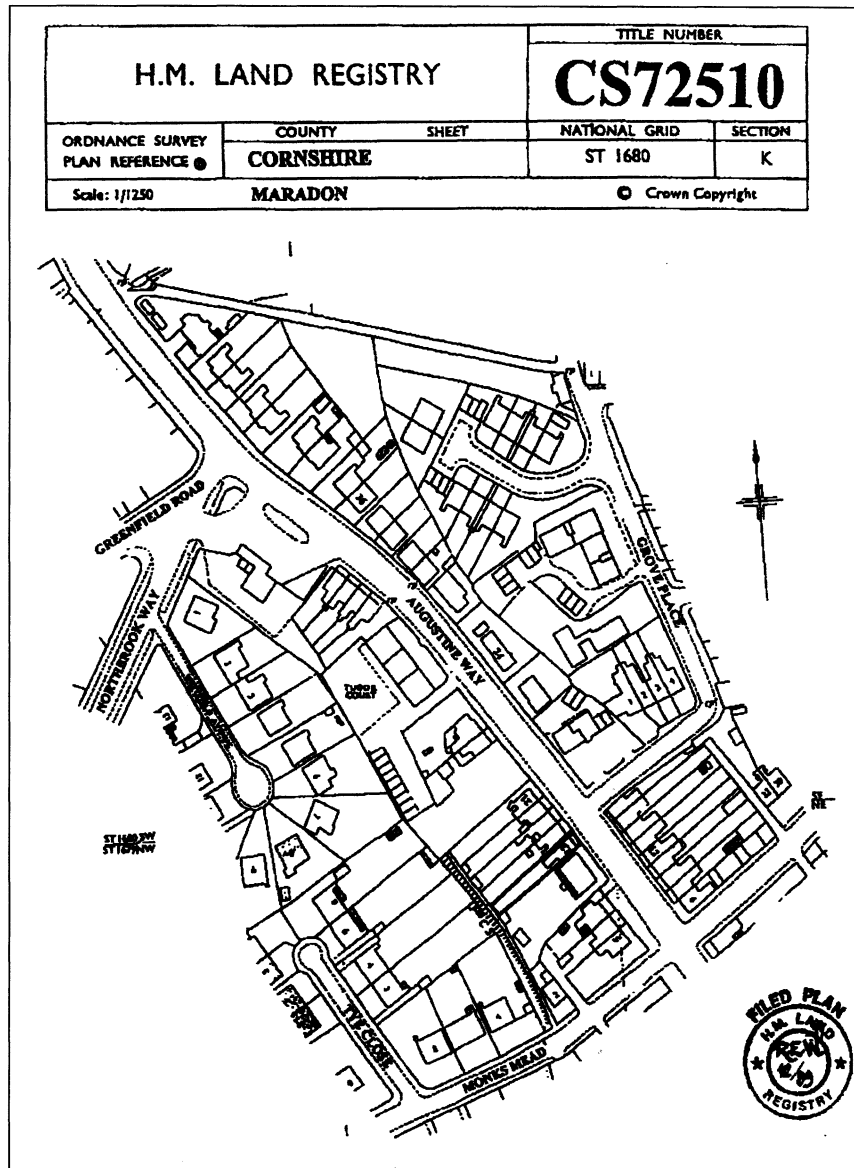
ANEXO

Appendix - Document 1: Register

HM Land Registry 	Specimen Register Title Number : CS72510 Edition Date : 30 October 1998
A: Property Register <i>containing the description of the registered land and the estate comprised in the Title.</i> CORNESHIRE : MARADON 1. (19 December 1989) The Freehold land shown edged with red on the plan of the above Title filed at the Registry and being 13 Augustine Way, Kerwick, (PL14 3JP). 2. (19 December 1989) The land has the benefit of a right of way on foot only over the passageway at the rear leading into Monks Mead.	
B: Proprietorship Register <i>stating nature of the Title, name and address of the proprietor of the land and any entries affecting the right of disposal</i> Title Absolute 1. (31 August 1990) PROPRIETOR: PAUL JOHN DAWKINS and ANGELA MARY DAWKINS both of 13 Augustine Way, Kerwick, Maradon, Cornshire PL14 3JP. 2. (2 April 1996) RESTRICTION: Except under an order of the registrar no disposition by the proprietor of the land is to be registered without the consent of the proprietor of the Charge dated 23 March 1996 in favour of Weyford Building Society referred to in the Charges Register.	
C: Charges Register <i>containing charges, incumbrances etc. adversely affecting the land</i> 1. (19 December 1989) The passageway at the side included in the title is subject to rights of way on foot only. 2. (31 August 1990) A Transfer of the land in this title dated 29 July 1990 made between (1) John Edward Charles Brown and (2) Paul John Dawkins and Angela Mary Dawkins contains restrictive covenants. NOTE: Copy in Certificate. 3. (2 April 1996) REGISTERED CHARGE dated 23 March 1996 to secure the moneys including the further advances therein mentioned. ----- 4. (2 April 1996) PROPRIETOR: WEYFORD BUILDING SOCIETY of Society House, The Avenue, Weyford, Cornshire CN12 4BD.	
END OF REGISTER NOTE A: A date at the beginning of an entry is the date on which the entry was made in the Register. NOTE B: This certificate was officially examined with the register on 30 October 1998.	
Page 1	

LRQ1 2001

Appendix - Document 2: Filed Plan



NOTE: This plan is a reduced copy of the original and has been produced for illustrative purposes only.

LRQ1 2001

Lo que tenemos en las dos páginas anteriores es una reproducción de un certificado registral de una finca; no es un certificado auténtico, sino la reproducción de una muestra extraída de un manual para empleados de Registros de la Propiedad. Nos sirve para explicar más ampliamente el sistema inglés y galés.

Como se puede observar, la hoja del certificado tiene dos partes bien diferenciadas: una, la primera, en la que se contiene la información literaria relativa a la finca, y una segunda que recoge la gráfica. En esta última la finca a que se refiere el certificado debería aparecer delineada en color rojo, circunstancia que no ha sido posible reflejar en esta reproducción. Lo importante es que podemos ver cómo se limita a reflejar la situación de la parcela en la calle a la que pertenece, pero sin publicar otros detalles (a diferencia de las certificaciones emitidas por el Catastro español que a lo anterior une los datos relativos a la superficie del suelo, a la superficie construida, a la fecha de la construcción y otros datos relevantes).

Centrémonos en la hoja literaria donde podemos distinguir los tres apartados a que nos hemos referido anteriormente:

En primer lugar —A—, el Registro de la Propiedad, en donde se lee lo siguiente:

1. (19 de diciembre de 1989). El pleno dominio marcado con rojo en el plano del título más arriba reseñado (se refiere al número de título que identifica el pleno dominio) archivado en el Registro correspondiente al 13 de Augustine Way, Kerwick (PL14 3JP, este código tiene finalidad postal).
2. (19 de diciembre de 1989). El terreno tiene el beneficio de un derecho de paso sólo a pie en el pasaje trasero que lleva a Monks Mead.

Vemos cómo la sencillez es máxima, pues la descripción literaria de la finca se limita a su dirección postal y a la referencia al plano, pero sin hacer mención alguna de los linderos (lo cual, ciertamente, podría considerarse superfluo si se dispone de una identificación sobre plano) (32) y sin referencia alguna a si el terreno se encuentra o no edificado, como efectivamente ocurre, según el plano, y en este caso al número de plantas y a la superficie construida y demás circunstancias que permiten no sólo identificar indubitadamente la finca, sino también conocer sus características.

(32) Sólo podría porque en realidad no se puede en absoluto ya que como ha reiterado nuestro Tribunal Supremo en un gran número de ocasiones son precisamente los linderos los que definen el contorno físico de una propiedad inmueble.

El Registro también hace referencia a la titularidad inherente a una servidumbre de paso. El hecho de que se trate del predio dominante disculpa, en cierta manera, lo parco de su descripción.

En segundo lugar —B—, el Registro de dominio, en el que leemos lo siguiente:

Título absoluto (lo que implica que el Estado asume que el título inscrito es absolutamente seguro y responde, por tanto, de cualquier evicción que perjudique al titular registral).

1. (31 de agosto de 1990). Propietario: PAUL JOHN y ANGELA MARY DAWKINS, los dos del número trece de Augustine Way, Kerwick, Maradon, Cornshire PL14 3JP.

2. (2 de abril de 1996). Restricción. Salvo autorización del Registrador, ninguna disposición del propietario puede registrarse sin el consentimiento del propietario de la carga datada el 23 de marzo de 1996 en favor de la Weyford Building Society, referida en el Registro de Cargas.

Sorprende a un jurista español que la referencia al título sea exclusivamente al título material, al derecho que ostenta el *dominus* de la finca sin referencia alguna a su causa. Una vez publicado el dominio en el Registro de la Propiedad, no por ello el sistema deja de ser causalista, como lo es, pero resulta evidente que se considera una información superflua, ya que las únicas titularidades que importan son las vigentes según Registro.

Nuevamente sorprende la parquedad en la constancia literaria de datos, esta vez de los propietarios de quienes sólo se dice su nombre y su dirección sin referencia alguna a su estado civil u otras circunstancias identificadoras (33). Se deduce, sin embargo, que los titulares están casados entre sí, pues la esposa ha adoptado el apellido del marido. Como se recordará, esta circunstancia no afectaría al caso de que el marido fuese el único titular de la finca, pues si existen derechos sobre el hogar familiar estos sólo limitarían las facultades dispositivas si se hace constar un aviso en la sección de cargas mediante una «notificación» que cierre el Registro a actos dispositivos unilaterales. Otra posibilidad es que la finca sea de uno sólo de los cónyuges, pero se haya adquirido con dinero de ambos; en este caso la existencia de una fiducia a favor del no titular (trust) sólo impedirá la inscripción de actos dispositivos si se hace constar su existencia en el

(33) La mayoría de edad no es un dato que sea preciso, pues en el Derecho inglés y galés un menor de edad no puede ser propietario más que con un fiduciario que ejerza los derechos por él; es un supuesto de existencia legal de fiducia (trust). La razón para que un menor de edad no pueda ser propietario legal es histórica: como el menor no podía cumplir las obligaciones feudales derivadas del título se interponía un adulto que aparecía como titular formal de la tierra.

Registro de la Propiedad como derecho menor mediante una «restricción» en el Registro de dominio.

Como se observa, existe una restricción al poder de disposición consistente en el necesario consentimiento de un tercero, que en este caso es el acreedor hipotecario de la finca.

En tercer y último lugar —C—, el Registro de cargas dice lo que sigue:

1. (19 de diciembre de 1989). El pasaje lateral incluido en el título está sujeto a un derecho de paso a pie sólo.
2. (31 de agosto de 1990). Una transmisión del inmueble de este título, de fecha 29 de julio de 1990 entre (1) John Edward Charles Brown y (2) Paul John Dawkins y Angela Mary Dawkins contiene pactos restrictivos. Nota: copiados en el certificado.
3. (2 de abril de 1996). Carga registrada de fecha 23 de marzo de 1996 para asegurar el dinero, incluidos préstamos adicionales en ella mencionados.
4. (2 de abril de 1996). Titular: WEYFORD BUILDING SOCIETY, de Society House, la Avenida, Cornshire CN12 4BD.

Hay tres cargas inscritas: la primera hace al derecho de paso del cual, asimismo, disfruta la finca sobre el pasaje que se encuentra al fondo de la propiedad registrada y de las que con ella lindan; como se ve no hay especificación del contenido concreto de la servidumbre más que se trata de un derecho de paso sólo a pie.

La segunda carga es un derecho menor que se hace constar mediante una «notificación» para vincular a eventuales terceros. Se trata de pactos restrictivos con efectos reales cuya finalidad es que el transmitente de una finca que conserva la propiedad de las colindantes asegure el respeto a las limitaciones que estime conveniente en el uso de los terrenos; el certificado se limita a decir que deberían estar copiados en el mismo el contenido de dichas restricciones (34). En realidad su contenido puede ser variadísimo, pues puede ser desde la prohibición de poner vallas separadoras de las propiedades hasta la obligación de satisfacer un porcentaje en los arreglos que exija el acceso común o la obligación de mantener un determinado estilo de fachada. Es una materia vastísima que la doctrina considera debe reformarse por ser excesivamente amplia y por restringir desorbitadamente los derechos dominicales. Hasta que tal cosa ocurra se hacen constar en el Registro de la Propiedad en la forma dicha.

La última carga es una hipoteca de la que es titular una inmobiliaria (en derecho inglés al titular de un derecho se le denomina propietario del derecho

(34) Vimos un ejemplo en el apartado 4 relativo a la propiedad registrada caracterizado, una vez más, por una gran indeterminación.

a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento donde reservamos esta denominación para el titular del dominio utilizando el genérico «titular» para los que detentan cualquier otro derecho). Como ya vimos más arriba, el Registro de la Propiedad se limita a publicar la existencia de la hipoteca en una forma tan parca que difícilmente podemos entenderlo desde nuestra perspectiva. A esta enorme indeterminación que obliga a acudir a fuentes extra-registrales para conocer el alcance del derecho inscrito se une, en el ejemplo, un elemento todavía más distorsionador, pues la hipoteca no sólo cubre el préstamo incluido en el título sino que incluso incluye futuras entregas de nuevos préstamos entre el acreedor y el deudor. El artículo 30 de la Ley del Registro contempla esta posibilidad cuando la hipoteca se constituye precisamente para garantizar futuras entregas en cuyo caso éstas tendrán la preferencia que se derive de la hipoteca aunque se hagan con posterioridad a la misma (el ejemplo sería el siguiente: un propietario de terreno desea construir una casa y financiarla con cargo a un préstamo, si bien las entregas de dinero se irán haciendo a medida que se le vaya requiriendo por el constructor el pago de las obras realizadas).

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad. Notario

La infidelidad conyugal como causa de separación: análisis y valoración

INTRODUCCION AL TEMA

El artículo 82.1 de nuestro Código Civil establece que es causa de separación matrimonial, entre otras que enumera, «*la infidelidad conyugal*».

No se ha empleado, como puede apreciarse, el término de «*adulterio*» para incorporar esta causal al corpus civil. Este hecho es importante y, aunque parezca trivial, merece la pena resaltarlo e intentar explicar las motivaciones que tuvo nuestro legislador al hacerlo así.

La infidelidad conyugal es, efectivamente, causa de separación matrimonial en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil. Aunque pudiera parecer que es más bien una causa que enlaza con los aspectos éticos y/o morales de la institución matrimonial, si se analiza en profundidad se observa que su incorporación al elenco de causales está más que justificada. En todo caso, es el intérprete del Derecho el que ha de valorar esta causal y, por supuesto, será la Jurisprudencia la encargada de destacar los aspectos prácticos de la misma.

Comencemos realizando una delimitación del término de «infidelidad conyugal» frente al más restringido de «adulterio».

LA INFIDELIDAD CONYUGAL: ALCANCE Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA. SU DELIMITACIÓN FRENTE AL ADULTERIO

Lo primero que hay que tener en cuenta es que tanto el adulterio como el amancebamiento fueron, en nuestro país, despenalizados por la Ley de 28 de mayo de 1978, que suprimió la sanción penal que pesaba sobre estos hechos. Subsistió, sin embargo, la sanción civil, al ser causas de separación y desheredación, en su caso, ex artículos 852 y 855.1 del Código Civil.

Si nos detenemos en el término «infidelidad conyugal», salta a la vista que es algo impreciso, quizá porque es más amplio y abierto que el de adulterio. Habría que considerar, en un primer momento, qué es la fidelidad conyugal, partir del lado opuesto a la infidelidad, al objeto de realizar una más perfecta delimitación de la causal objeto de estudio.

La fidelidad —nótese que es un concepto que recoge ciertas raíces religiosas— puede ser definida como la lealtad en el cumplimiento del matrimonio o en los deberes que corresponden a esta institución y que los esposos han de asumir. San Agustín la definía como uno de los bienes del matrimonio, sin aludir a su condición de deber u obligación jurídica.

En la Encíclica «Casti connubi», en su Capítulo 20, se dice que la fidelidad exige unidad del matrimonio, un solo hombre y una sola mujer.

Si vuelvo a la causal que me ocupa, se observa cómo PUIG FERRIOL expresaba que el término de «adulterio» lo acogieron el legislador de 1870 y el anterior artículo 105 del Código Civil (1). Por su parte, el artículo 82, número 1, del Proyecto del Gobierno hablaba, al respecto, de «relaciones sexuales extraconyugales». Como consecuencia de una enmienda, la número 236 del Grupo Parlamentario Centrista, se propuso y así se aceptó sustituir este giro por el de «infidelidad conyugal», por ser éste «*un concepto mucho más amplio, dentro del cual se pueden entender englobadas las relaciones sexuales*».

Ya CARLOS VÁZQUEZ IRUZUBIETA afirmaba que el deber de fidelidad tiene por objeto preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental, que es, en la fenomenología tradicional de las sociedades de nuestra civilización, el que tiene mayor peso específico, siendo su conculcación la causa más reiterada de separaciones y divorcios. Este autor sostenía que el matrimonio en Occidente, pese a la evolución experimentada, sobre todo en lo que respecta a adquisición de derechos por parte de la mujer, se fundamenta, en gran medida, sobre la base, cierta o encubierta, de la fidelidad matrimonial (2).

Mucho se ha discutido sobre si el deber de fidelidad, dentro del matrimonio, es una auténtica obligación jurídica o puede configurarse sólo como un deber moral. En este sentido, hay que recordar que muchos autores han mantenido la tesis de que estamos ante una obligación que posee caracteres éticos o morales, restando importancia y relevancia al carácter puramente jurídico de aquélla. Para ALBERTO G. SPOTTA (3), el deber de fidelidad que recae sobre los esposos es una auténtica obligación jurídica y no sólo un

(1) PUIG FERRIOL, LUIS, «De la separación», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

(2) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, «Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio», en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1981.

(3) SPOTTA, ALBERTO, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 2, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

deber moral, y supone una conducta limpia que obste, tanto a toda relación adulterina, como a toda actitud que, sin implicar esa relación, lesione el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio.

O'CALLAGHAN MUÑOZ plantea un concepto amplio de fidelidad, entendiendo que es la entrega corporal mutua y exclusiva que, en su aspecto positivo, implica la mutua disponibilidad corporal de ambos cónyuges y, en su aspecto negativo, es la abstención de toda relación íntima, sexual o no, de un cónyuge con tercera persona, sea de distinto sexo o del mismo (4). Este concepto tan amplio del citado jurista introduce, a mi juicio, un elemento discordante, ya que suscita dudas a qué clase de relación íntima se está refiriendo al citar una relación que no sea la sexual, ya que parece lógico suponer, como en otra ocasión tuve oportunidad de manifestar (5), que cada cónyuge puede tener sus amistades propias, íntimas o menos íntimas, y no por ello se puede afirmar que esté violando el deber de fidelidad. Estimo que si no se trata de una relación sexual o que, al menos, tenga potencialidad suficiente para convertirse en sexual, no puede afirmarse que se haya transgredido este deber de fidelidad entre los esposos. El derecho a la libertad y, en concreto, el derecho a mantener amistades y relaciones con otras personas no quebranta el deber de fidelidad desde el punto de vista jurídico.

En la doctrina española ha prevalecido un concepto de fidelidad amplio, pues se ha entendido, con acierto, que el vocablo «infidelidad» no trasunta necesariamente imputación de adulterio, ya que, aún cuando la inversa sea verdadera, no toda infidelidad conyugal constituye adulterio.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (6), la infidelidad conyugal es un término más amplio que el adulterio y de difícil delimitación, a cargo, sin duda, del arbitrio judicial, si bien tiene la ventaja de permitir la separación cuando, aún sin prueba contundente, el Juez adquiera certeza moral de que existe adulterio y también, seguramente, se pueden incluir en esta causal las aberraciones sexuales, ya equiparadas al adulterio en la Jurisprudencia canónica.

Estos autores son partidarios, efectivamente, de dar a la idea de fidelidad un amplio sentido, quizá para aproximarla a la idea de respeto. En mi opinión, en esta causa de separación entran, asimismo, distintas conductas que infringen el deber de fidelidad, lo cual reafirma la tesis de que realmente los

(4) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia», Tomo IV, en *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1983.

(5) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paterno-filiales. Estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 82 del Código Civil*, Ediciones Dijusa, Madrid, 2001.

(6) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, fascículo segundo, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

artículos 67 y 68 del Código Civil han elevado ciertos valores, en principio morales, a la categoría de deberes jurídicos, cuyo incumplimiento puede acarrear una reacción del legislador civil. Entre estas conductas, yo he hecho mención de la heteroinseminación artificial de la mujer sin el consentimiento del marido. Es un concepto amplio, en efecto, que no se reduce a los límites, más estrechos, del adulterio.

A la infidelidad conyugal heterosexual, según afirma FOSAR BENLLOCH (7), hay que asimilar la homosexual y, en general, cualesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí.

En la discusión del Proyecto en el Congreso de los Diputados se puso de manifiesto, en las intervenciones, cómo la fidelidad conyugal no queda reducida al adulterio. En este orden de cosas, el señor MOSCOSO DEL PRADO apuntó que *«tenemos de este deber un sentido mucho más amplio que el simple sentido de finalidad sexual; no estamos pensando exclusivamente en el adulterio, sino en una fidelidad más amplia, más ética, más moderna, diríamos más gráficamente»*.

Es oportuno, a la vista de estos planteamientos, intentar dar una definición de adulterio, en cuanto este concepto le pareció estrecho o restrictivo al legislador español a la hora de delimitar esta causa de separación. El Diccionario Enciclopédico de Espasa define el adulterio como «ayuntamiento carnal ilegítimo de hombre con mujer, siendo uno de ellos o los dos casados». Antiguamente se consideraba, en virtud de los postulados machistas imperantes de nuestro país, que, desde el punto de vista jurídico, era un delito que cometía la mujer casada que yace con un varón que no fuera su marido, y el hombre que yace con mujer casada sabiendo que lo es. ¿Quid del hombre casado que yace con mujer, sea soltera o casada?

El problema estriba, en definitiva, en realizar una delimitación, en la actualidad, y con arreglo a los patrones que el legislador parece haber querido describir o definir, pero que, en realidad, no lo ha hecho, ya que la indeterminación en el concepto de «infidelidad conyugal» está fuera de duda. Sin embargo, es posible, desde mi punto de vista, establecer una cierta concreción, aunque siempre, naturalmente, con la certeza de que estamos jugando con conductas que presentan una compleja interpretación. No podía ser de otro modo si lo que pretendía el legislador en nuestro país era desmitificar un poco la noción, siempre machista, de adulterio, con sus connotaciones penales, fruto de tiempos pasados, dictatoriales, que no venían acomodadas a la realidad de los años ochenta, tanto desde el punto de vista político, como social, en España. De este

(7) FOSAR BENLLOCH, ENRIQUE, «Estudios de Derecho de Familia», Tomo II, vol. 1, *La separación y el divorcio en el Derecho español vigente*, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

modo, la consecuencia fue obvia: Se sacrifica el término de «adulterio», que casi todo el mundo entendía y sabía, más o menos, interpretar, y se establece un término nuevo, más amplio, más abierto, más acorde con la realidad social y política que vive nuestro país en ese momento de la reforma del Código Civil. Con anterioridad a esa fecha de 1981, nuestra Jurisprudencia había acogido, tímidamente, una concepción algo más abierta del adulterio. Así pareció entenderlo, efectivamente, una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1975, que declaró lo siguiente: *«Pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que llegan a la categoría del ayuntamiento carnal, constitutivo de adulterio, puedan entrañar una conducta inmoral y deshonorosa de uno de los cónyuges que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales, que haga insoporrible para el otro cónyuge la continuación de la vida común»*.

A través de esta sentencia, lejana ya en el tiempo, se observa cómo nuestra Jurisprudencia fue evolucionando en materia de adulterio y tomando una concepción más progresista con respecto a las relaciones de los cónyuges y a los deberes y derechos de los mismos. Sin embargo, aún no se había abierto la vía de una manera plena para llegar a lo que, más tarde, supuso la igualdad de los esposos. Se vislumbraba, naturalmente, un cambio que había de ser importante, yo diría que trascendental. Se anunciaba, asimismo, el despliegue del concepto de «dignidad» de la persona, también de la persona casada y, sobre todo, se ponían las bases para que la mujer casada, tantas veces discriminada por la legislación, ostentara los mismos derechos que su marido.

Con la promulgación de la Constitución de 1978, las esperanzas se recrudecen aún más. Así, su artículo 10, ubica en el Título I, «De los derechos y deberes fundamentales», proclama que *«la dignidad de la persona —no se hacen distinciones y, por tanto, tanto se refiere a la persona casada como a la que no lo está, al hombre como a la mujer—, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»* (apartado 1).

Se sitúa, por tanto, a la dignidad de la persona humana en la cúspide de este basamento constitucional que protege, reconoce y quiere garantizar la igualdad y que los derechos fundamentales no se vean conculcados. Sin duda, la infidelidad conyugal, analizada desde este aspecto, conculca gravemente la dignidad de la persona casada y su autoestima.

El artículo 32 del citado Texto Constitucional da un paso más, esta vez en sede de matrimonio: *«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»* (apartado 1).

«La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (apartado 2).

Como ya expresaban, con gran acierto y agudeza, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), puede que la especificidad del respeto mutuo o recíproco se relacione con el deber de fidelidad, como obligación de cada esposo de evitar cualquier conducta suya depresiva para la dignidad del otro e, igualmente, podría reconducirse la exigencia, en una situación de trato íntimo y permanente, a la consideración recíproca. En este sentido, es evidente que el Código Civil no podría obligar a cada cónyuge a amar al otro, pero sí, en lo externo, a una conducta considerada y cortés en el trato.

Parece claro que, entendido de esta forma el concepto, amplio, de fidelidad conyugal y su opuesto, el de infidelidad, cabría encuadrar, como causa de separación, conductas que atentan gravemente contra ese deber de respeto recíproco y que, sin duda, no se circunscriben solamente al adulterio. El propio artículo 68 de nuestro Código Civil expresa que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad. Como yo expresaba en otra ocasión, hace años (9), podría entenderse que tal obligación se despliega en una actitud negativa: No cometer adulterio con otra persona. Pero, en realidad, esta obligación quedaría muy restringida si la conceptuáramos de este modo. Por ello, hay que estimar que la expresión «guardarse fidelidad» viene referida al total comportamiento de los cónyuges, implicando una conducta social sin equívocos, reveladora de la recíproca entrega personal que preside la emisión del consentimiento en el matrimonio. El incumplimiento de este deber tiene el efecto civil de permitir al otro cónyuge instar la separación.

Según PUIG FERRIOL (10), cuando el artículo 82.1 del Código Civil acoge, como causa de separación, la infidelidad conyugal, con esta expresión debe entenderse que el legislador alude al quebrantamiento del deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio y que, en expresión del artículo 82, número 1.º del Proyecto del Gobierno, consistía en «las relaciones sexuales extraconyugales». Pero como el legislador no se vale aquí del término tradicional de adulterio, sino de la expresión más genérica, «infidelidad conyugal», le es lícito al intérprete ir un poco más allá del concepto estricto de adulterio, pudiéndose incardinar en esta causa de separación del artículo 82.1 del Código Civil no sólo toda relación sexual habida con persona de distinto sexo fuera del matrimonio, sino que habría también «infidelidad conyugal» cuando uno de los cónyuges tuviera relaciones sexuales con personas del mismo sexo, tal como ha admitido la generalidad de la doctrina que se ha ocupado de este precepto, aparte de facilitar, en la práctica, la difícil

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, citado, fascículo primero.

(9) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas. Problemática civil y procesal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1990.

(10) PUIG FERRIOL, LUIS, *De la separación*, citado en nota 1.

prueba del adulterio, porque, tal como se ha puesto de relieve, el giro «infidelidad conyugal» tiene la ventaja de permitir la separación cuando, aún sin prueba contundente, el Juez adquiere la certeza moral de que existe adulterio.

Hay que recordar que la ponencia rechazó la enmienda número 33 del Grupo Parlamentario Coalición Democrática que, por lo que al tema que estoy analizando concierne, proponía que las relaciones sexuales extramatrimoniales no serían causa de separación cuando «el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado». El rechazo de esta enmienda, quizá conflictiva, supuso, en consecuencia, que siempre será posible el ejercicio de la acción de separación, si bien cuando el actor haya consentido, facilitado o perdonado esta infidelidad conyugal, el Juez deberá tomar en consideración este hecho a la hora de establecer los efectos de la sentencia de separación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 91 y siguientes de nuestro Código Civil.

Si sigo ahondando en el concepto de fidelidad —para llegar, por esta vía, a la noción contraria, la infidelidad—, se observa que es interesante reseñar la tesis mantenida por BROMLEY, al afirmar que el derecho mutuo al trato sexual prosigue cuando el matrimonio se consuma, con tal que sea razonablemente ejercitado, ya que un cónyuge no está obligado a someterse a las exigencias del otro, que sean desordenadas o no razonables, o que puedan acarrear un perjuicio para la salud. Según este autor, la esposa tiene derecho a realizar su natural deseo de tener hijos, de modo que su marido no puede insistir en el uso de anticonceptivos o de otros artificios (11).

Expone LACRUZ BERDEJO que el cumplimiento de estas obligaciones no puede ser coaccionado por el cónyuge. Una antigua sentencia inglesa, país en donde el marido no puede incurrir en delito de violación frente a su mujer, aclara que no le está permitido emplear la fuerza para tener relaciones sexuales con ella, pudiendo, en otro caso, ser convicto de *assault*, incluso si no ha aplicado más fuerza que la necesaria a sus fines.

Sin embargo, la corriente dominante en los últimos años viene trasladando a un primer término la necesidad de respetar cualquier intromisión en el aspecto íntimo de esas relaciones conyugales, que las hace inabordables para el Derecho. En este sentido, cita LACRUZ BERDEJO a WACKE, porque este autor afirma que cada cónyuge no tiene obligación estricta de trato sexual con el otro y que un proceso dirigido a este extremo sería algo penoso e inelegante, ya que el Estado no puede dictar a los cónyuges instrucciones sobre su vida íntima. Por su parte, algunos autores italianos rechazan el antiguo *ius in corpus*, en homenaje a las exigencias de la personalidad del individuo, que no legitiman una reducción del propio individuo y de su

(11) BROMLEY, *Family law*, Londres, 1966.

cuerpo a objeto de una situación jurídica subjetiva y, en definitiva, de un derecho real, según FURGIUELE (12).

Hay un aspecto importante y que no conviene pasar por alto, si bien es bastante problemático. Me refiero al tema de la relación sexual entre los esposos orientada, o no, hacia la procreación. Si nos centramos en fidelidad conyugal, cabría quizá llevar este deber a sus últimas consecuencias, afirmando que uno de los cónyuges tiene derecho a que el otro coopere para tener hijos. La respuesta afirmativa parece desprenderse, en un principio, de la propia naturaleza del matrimonio, tal como opina un sector de la doctrina española. Sin embargo, en la doctrina alemana, con WACKE a la cabeza (13), piensa que no son contrarios a las buenas costumbres los convenios entre los esposos para impedir la procreación, aunque en un país de natalidad particularmente escasa, como Alemania, no sean deseables. También estima, contra la postura mantenida por BROMLEY, que, cambiando de opinión una de las partes, la otra puede insistir en mantener el acuerdo. Y va aún más en su postura, afirmando que la interrupción del uso de medios anticonceptivos sin comunicarlo a la otra parte es igualmente contraria a la ética matrimonial en cuanto representa un engaño, y lo mismo el uso unilateral de anticonceptivos después de la decisión común de tener un hijo, o bien la esterilización o el aborto contra la voluntad del otro cónyuge o sin ella.

Estas conductas enunciadas, a mi juicio, no son constitutivas de infidelidad de un esposo hacia el otro. Desde mi punto de vista, entran en un ámbito de privacidad tan enorme que habría que impedir de modo absoluto que trascendieran, de alguna manera, al exterior. No es factible pensar que esas conductas, encuadradas en el marco íntimo matrimonial, vayan a constituir fundamento legal para instar la separación por esa vía. No creo que sean equivalentes los conceptos de «infidelidad conyugal» y «mala fe matrimonial».

Según LACRUZ, para el Derecho español, aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica y, por tanto, tampoco cabe atribuir consecuencias a su infracción, mientras que la negativa de un cónyuge a la generación fecunda, una vez demostrada por medios permitidos, puede ser relevante a efectos de la separación de los cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales, siempre que el hecho pueda apreciarse por el Juez sin entrar en valoraciones éticas o de conveniencia de la familia, que parecen reservadas a los esposos. La exclusión del *bonum proles* no es causa de nulidad. Diferente es, sin duda, el caso de aquellos hechos, como la esteriliza-

(12) FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milán, 1979.

(13) WACKE, *Münchener Kommentar*, Munich, 1978.

ción o el aborto, que se manifiestan al exterior, de modo que la infracción puede ser demostrada fuera del ámbito de las relaciones íntimas (14).

A mi juicio, es evidente que el órgano judicial no debe entrar a valorar conductas que se enmarcan claramente dentro del ámbito reservado, privado, en definitiva, de los esposos. La excesiva juridificación de las relaciones familiares no debiera llegar hasta sus últimas consecuencias. No hay que negar a cada esposo un marco en el que desenvolver no sólo su fundamental derecho a la libertad, lejos de injerencias extrañas, sino también su derecho a la intimidad, derecho éste que no puede negársele a nadie, esté o no casado.

En este sentido, es interesante reseñar cómo algún sector de la doctrina italiana, con ALAGNA a la cabeza (15), ha mantenido que hay que dar un nuevo sentido —un nuevo alcance, entiendo yo— a la obligación de fidelidad, al haber perdido ésta el originario carácter de deber formal impuesto desde afuera y tutelado como valor jurídico autónomo y relevante en el plano privatístico (separación por culpa) y en el plano penal (adulterio y concubinato), para asumir significado sustancial, desenganchado del deber de exclusiva sexual y adherido, en cambio, al recíproco vínculo de responsabilidad de los cónyuges; la armonía entre ellos y también la estabilidad familiar en interés de los hijos, porque la importancia radica en la voluntad de plena unión de los cónyuges, con independencia de la exclusiva sexual, por lo que habrá que valorar en cada caso si las eventuales relaciones físicas de un cónyuge con tercera persona quebrantan o no esa unidad.

Esta doctrina sostiene, asimismo, que en el derecho del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización, garantizados por la Constitución, entra el derecho a la propia vida afectiva, a realizar la propia personalidad también en el plano afectivo y ese plano afectivo puede desvincularse del de la unidad familiar, que no se podría perseguir individualizando una serie de límites a la unidad física y psíquica de los cónyuges, ni menos incentivando un espíritu de reivindicación en el cónyuge ofendido, según ALAGNA.

En nuestro Derecho, la acción de separación basada en la infidelidad conyugal no podrá ejercitarse, a tenor del apartado 2.º del artículo 81.1 del Código Civil, si existe previa separación de hecho libremente consentida o impuesta por el que la alegue.

Este apartado del precepto, objeto de análisis, plantea algún problema. Como ya tuve ocasión de exponer hace años (16), en la práctica será difícil

(14) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, «Los deberes recíprocos del artículo 68 del Código Civil y su significado actual», en *Libro Homenaje a Luis Martín Ballesteros*, Zaragoza, 1983.

(15) ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo Diritto*, Milán, 1979.

(16) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El matrimonio y sus crisis jurídicas*, citado en nota 9.

determinar si la separación de hecho devino previa a la infidelidad o a la inversa.

El origen de esta disposición debe buscarse, probablemente, como ha puesto de relieve PUIG FERRIOL (17), en la postura comúnmente seguida antes de la Reforma en los supuestos de separación de hecho convenida por los cónyuges, cuando era frecuente pactar que cada uno de ellos reconocía plena libertad al otro en cuanto a su vida sexual y que no se perseguirían judicialmente por el quebrantamiento del deber de fidelidad. Y, del mismo modo, el legislador habrá tenido en cuenta también la despenalización del adulterio en virtud de lo dispuesto en la Ley de 28 de mayo de 1978, y que, de alguna manera, vino a reconocer la libertad de los cónyuges en esos casos de separación de hecho, en los que el mantenimiento del deber de fidelidad no tiene una justificación clara desde el momento en que el adulterio ya no se tipifica como delito, aunque anteriormente se le calificara de privado.

Estimo que si el legislador no hubiera dicho nada a este respecto, cabría entender que el deber de fidelidad, absurdamente, persistía en esas situaciones, aunque su justificación sólo podría tener lugar por la vía de la moral y, más en concreto, por los postulados de la religión católica, que considera que mientras vivan los esposos y el vínculo no haya quedado nulo —o declarado nulo— subsiste el deber de fidelidad entre ambos.

Con buen criterio ahora, el legislador español hace ver que la infidelidad conyugal no va a operar como causal de separación de los cónyuges cuando entre los mismos medie una separación de hecho, consentida por ambos, o cuando el que pretenda ejercitar la acción haya provocado, de modo unilateral, la separación de hecho, no consentida por el otro, ni siquiera tácitamente, con base a lo dispuesto en el número 5.º del artículo 82 del Código Civil. En consecuencia, solamente el esposo que no haya provocado la ruptura de hecho de la convivencia conyugal podrá ejercitar la acción de separación con fundamento en la infidelidad conyugal del otro, o valerse, por la vía de la reconvencción, de esta misma causa.

Al hilo de esta cuestión, PUIG FERRIOL plantea el problema que puede producirse si el cónyuge «inocente» insta la separación con base en la infidelidad conyugal del otro, aún en el caso de que el actor hubiera perdonado o consentido el adulterio. El precepto hay que interpretarlo en el sentido de que, en los supuestos de separación de hecho consentida por ambos cónyuges o impuesta unilateralmente por uno de ellos, los dos cónyuges, en el primer caso y el que haya impuesto unilateralmente la separación conyugal, en el segundo, consienten y acaso perdonan la infidelidad conyugal del otro, concediendo el legislador relevancia a ese consentimiento o perdón, pues les

(17) PUIG FERRIOL, LUIS, *De la separación*, citado en nota 1.

impide accionar por la vía de la infidelidad conyugal. De ahí que, como expresa con acierto pleno este autor, debe seguirse que el consentimiento o el perdón de la infidelidad conyugal sólo ha de tener relevancia en el supuesto de que medie una separación de hecho entre los cónyuges, pero no en otro caso. Este mismo autor, PUIG FERRIOL, pone de manifiesto, sin embargo, que esta solución es bastante discutible, ya que se da relevancia a un consentimiento o perdón tácitos o presuntos la mayoría de las veces y, en cambio, se niega toda trascendencia al consentimiento o perdón expresos que se manifiestan cuando no haya separación de hecho, todo lo cual no tiene una justificación clara.

Pienso que el legislador no debe intervenir tanto en esas situaciones, a efectos de evitar, en la medida de lo posible y deseable, la excesiva juridificación y judicialización de las relaciones familiares. Si una esposa, por poner un ejemplo, consiente y perdona que su esposo le haya sido infiel en reiteradas ocasiones, parece evidente que, más tarde, no accionará contra su esposo por esta causa, porque ello, en cierta manera, supondría ir contra sus propios actos. En cualquier caso, el perdón y el consentimiento de un esposo con respecto al otro que le haya sido infiel no tienen relevancia jurídica, efectivamente, por lo cual estas conductas, que pertenecen a la esfera íntima de las relaciones conyugales, no tienen una trascendencia pública. En este sentido, se ha negado la conveniencia de la intervención del Juez en asuntos tan íntimos como los referidos al incumplimiento de este deber de fidelidad, porque la comunidad familiar, sólo dentro de ella misma, encuentra las razones de su unidad. Por ello, algún sector doctrinal ha propugnado la mediación de un operador social, de un consejero experto en problemas familiares. En realidad, sería ésta una solución bastante más acorde con la tesis que, desde mi punto de vista, habría que mantener con respecto a las relaciones conyugales y a sus vicisitudes.

La doctrina italiana, muy progresista por lo que a este tema se refiere, pero escasamente sensible, ha pretendido dar un giro diferente a la obligación de fidelidad, como ya apunté anteriormente, manteniendo esta doctrina que en el derecho del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización, garantizado por la Constitución, entra el derecho a la propia vida afectiva, a realizar la propia personalidad también en el plano afectivo, entendiendo, desde este punto de vista, ALAGNA, que este plano afectivo puede desvincularse del de la unidad familiar, que no se podría perseguir individualizando una serie de límites a la unidad física y psíquica de los cónyuges, ni menos aún incentivando un espíritu de reivindicación en el cónyuge ofendido.

Para sustentar esta tesis, discutible, sin duda, y polémica, la doctrina italiana se basaba en una sentencia de la pretura de Pontedera, dictada en el año 1972, dictada en un caso en el que la esposa, ante la constitución de un segundo hogar por su marido, se negó, de manera obstinada, a aceptar con

dignidad la «hoy definitiva ruptura», «abandonando entonces el marido el domicilio conyugal, no por capricho, no por ir en busca de fáciles y placenteras diversiones sentimentales con mujeres acaso más alegres o más jóvenes que la suya, sino asumiendo prácticamente el peso de otra familia y, al unirse con una ex prostituta, madre de tres hijos y separada de su marido que se encuentra en la cárcel, ha afrontado una realidad dramática que nada de placentero ni de divertido puede ofrecer».

La sentencia declaró, a estos efectos, que «no se puede culpar al demandado que está enamorado de otra mujer, porque se trata de hechos que escapan al control de la voluntad humana», pues el marido, abandonando su casa, «eligió la solución moralmente más sana y ventajosa para todos los componentes de la familia, a los cuales continuó prestando la debida asistencia material». Esta solución «viene abonada por razones sentimentales que pueden fundadamente considerarse serias, profundas, meditadas y, en definitiva, insuprimibles», por lo que la sentencia razona estimando que frente a estas razones no cabe esgrimir obligaciones relacionadas con la responsabilidad familiar, si se exceptúa, naturalmente, la debida asistencia económica. Como expresa graciosamente LACRUZ (18), lo afirmado en esta sentencia supone erigir en regla jurídica que «el corazón tiene razones que la razón no entiende».

Si me detengo en los razonamientos expuestos, cabe, en principio, afirmar que, en efecto, el Derecho no puede obligar a un cónyuge a que ame al otro, a que le tenga una devoción sincera y ardiente, ni le puede exigir una entrega amorosa y/o afectiva sin límites. Estas actitudes entran de lleno en el ámbito de los sentimientos, de las sensaciones y emociones. Lógicamente, en ellas sería inviable que el Ordenamiento Jurídico se tomara atribuciones. Pero esto no quiere decir que haya que esgrimir, como bandera, unos comportamientos, por parte del esposo, en este caso, que queden absoluta e íntegramente desconectados de su relación conyugal y familiar. Cuando una persona, en nuestro país, contrae matrimonio hoy en día, no cabe duda que está asumiendo una serie de deberes, deberes que son jurídicos —lo he afirmado e insistido muchas veces en la misma idea—, no solamente éticos o morales, y a ellos ha de estar, por ellos ha de pasar. Los derechos a la libertad y a la realización afectiva encuentran, en muchas ocasiones, su adecuado desenvolvimiento en el hecho de contraer matrimonio con una persona a la que, en ese momento y en esas circunstancias, se la estima idónea para su adecuada satisfacción. Si más tarde, por las razones que sean, no es así, es lógico que el Ordenamiento Jurídico prevea sus consecuencias, permitiendo la separación, en un principio, y, después, llegado el momento, el divorcio.

(18) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

La persona que contrae matrimonio asume unas cargas, unas ciertas limitaciones a su fundamental derecho a la libertad. Son limitaciones que acepta y cuya infracción comporta unas consecuencias jurídicas. No se trata, en ningún modo, de penalizar esas situaciones de infracción. Esto me parece absurdo, propio de épocas pasadas, ya superadas por fortuna, enraizadas en una mentalidad estrecha, anticuada de miras y acorde con determinados postulados religiosos y políticos. DE LOS MOZOS afirmaba que el incumplimiento de la exclusividad sexual entre los esposos, en la actualidad, no tiene consecuencias penales, lo que podía dar la impresión de una cierta libertad para infringir ese deber (19). Sin embargo, el hecho de que no tenga consecuencias penales —lo cual, reitero, es acertado—, no significa que no las tenga civiles y, precisamente, la consecuencia civil más destacada y relevante la constituye la posibilidad de instar la separación conyugal por esa causa.

Ya en la doctrina española, FRANCISCO VEGA SALA afirmaba que esta causa de separación comprende tanto el adulterio del hombre como el de la mujer, pues la diferenciación que existía fue superada en la Reforma de 24 de abril de 1958 y, en la actualidad, no podría volverse a ella, pues sería abiertamente contraria al artículo 14 de nuestra Constitución, que proclama la igualdad de todos los españoles ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón, entre otras circunstancias ahí enunciadas, de sexo (20).

Este mismo autor estimaba que por infidelidad conyugal debe entenderse el adulterio, es decir, la realización de la cúpula carnal. Las otras relaciones de afecto o erotismo no constituyen, a su juicio, adulterio. La sodomía, la bestialidad y la homosexualidad son equiparables, según dicho jurista, al adulterio.

Desde mi punto de vista, como expuse en otra ocasión (21), equiparar la infidelidad conyugal al adulterio no me parece, siempre y en todos los casos, admisible. En la práctica, qué duda cabe que pueden producirse relaciones cargadas de infidelidad y sin que éstas constituyan, por sí mismas, adulterio, si entendemos que el adulterio propiamente dicho es la realización del acto sexual con persona distinta al cónyuge.

De acuerdo con la equiparación efectuada por VEGA SALA con respecto a la infidelidad conyugal y el adulterio —equiparación que, insisto, no me parece correcta—, VEGA SALA se refiere a los requisitos del adulterio, estimando que ha de ser consumado, es decir, que se realice la cópula carnal, no bastando otros actos más o menos lúbricos. Si la cópula no se probara, no

(19) DE LOS MOZOS, «Despenalización del adulterio y nuevo significado de la fidelidad conyugal», en *La reforma del Derecho de Familia*, tomo 2, Salamanca, 1978.

(20) VEGA SALA, F., *Síntesis práctica sobre la regulación del divorcio en España*, Editorial Praxis, Barcelona, 1981.

(21) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *La separación matrimonial por causa de transgresión de los deberes conyugales y paterno-filiales*, citado en nota 5.

habría adulterio. Sin embargo, estimo que sí podría haber infidelidad conyugal, siempre y cuando se tratara de actos eróticos encaminados a lograr una satisfacción de tipo sexual.

La prueba de la cópula carnal es compleja y difícil, ya que estamos ante actos íntimos que, de ordinario, se verifican en secreto, a puertas cerradas. De todos modos, sería susceptible su prueba a través de presunciones vehementes.

El adulterio ha de ser, además, culpable, entendiéndose por tal que se realice libremente y a sabiendas de que se comete. No comete adulterio, por ejemplo, la esposa violada, ya que la realización con ella de la cópula carnal ha sido por parte, de otra persona que no fuera su esposo, incontestada.

Para JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (22), la fidelidad conyugal no se puede agotar en la valoración de la solidaridad conyugal, sino en la *FIDES* creada por el matrimonio-contrato, entre los propios cónyuges y los hijos, si los hubiere, vista como una manifestación de la idea de unidad de familia que ha de servir de término de valoración en cada caso concreto, para determinar el alcance de las consecuencias que produce, en casos de alteración patológica de ese proyecto de vida en común de los cónyuges que ha quedado roto y del que no quedan más que aquellas consecuencias que, por ello mismo, han de ser tratadas como verdaderos fragmentos de una unidad.

La extensión del deber de fidelidad al ámbito afectivo en general estimo que es, hoy en día, un hecho que debe acogerse sin reservas. Tal como ha reseñado la doctrina alemana (23), al reducirse el vigor de la tutela, se extiende el contenido del deber, que abarcaría, por ejemplo, el recelo infundado y los celos de un cónyuge que destruyen la relación de mutua confianza, o incluso su conducta equívoca, que crea una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro.

La extensión del deber de fidelidad y su no encasillamiento en límites estrechos ha propiciado que nuestra Jurisprudencia, efectivamente, marcara unas pautas en este sentido, que pueden resultar esclarecedoras para el tema tratado.

Según la sentencia de 24 de septiembre de 1992, la obligación que impone a los esposos el artículo 68 del Código Civil no comporta sólo la fidelidad material que se vulneraría por el adulterio, sino la fidelidad moral que significa la ausencia de intrigas y manejos amorosos que van en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva. En este sentido, *«la parte demandada solicita la revocación de la sentencia y que se dicte otra por la que se declare no haber lugar a la separación matrimonial de los litigantes por no haber acreditado la*

(22) DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *Despenalización del adulterio y nuevo significado de la fidelidad conyugal*, citado en nota 19.

(23) WACKE, *Münchener comentar*, citado en nota 13.

aciora la causa 1.ª del artículo 82 del Código Civil que invocaba para ello, y que fue acogida en la resolución impugnada. Este motivo está argumentado en base a que el testigo, compañero de trabajo del marido, no ha presenciado actos inequívocos de una relación amorosa ajena al matrimonio, pero esta cuestión, que si bien por su carácter íntimo impide la existencia de testigos directos, ha quedado suficientemente acreditada en la prueba, pues tanto el aludido compañero del esposo como el hijo mayor del matrimonio han visto a éste en compañía de una mujer que es la demandante en circunstancias que inequívocamente, por el conocimiento que tienen del demandado, muestran una relación entre ellos que no es compatible con la obligación que a los esposos impone el artículo 68 del Código Civil que comporta no sólo la fidelidad material que se vulneraría con el adulterio, sino la fidelidad moral que, sin precisar llegar a tanto, significa la ausencia de intrigas y manejos amorosos que van en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva que el hombre y la mujer formulan con ocasión del matrimonio, y de lo que es testigo de excepción el hijo mayor de edad que convive en el domicilio familiar».

En esta sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, se alude a diversos conceptos: Cohabitación exclusiva, que se impone por el Código Civil en el artículo 68, y que implica, según doctrina de la citada sentencia, dos tipos o clases de fidelidad: De un lado, la fidelidad material, que se transgrede claramente con el adulterio y, de otro, la fidelidad que denomina moral, que supone la ausencia de intrigas y manejos amorosos con otra persona. Esta fidelidad moral es más amplia que la material y no supone, necesariamente, el adulterio. Es, por tanto, un concepto amplio que merece un comentario más pormenorizado. Es evidente, a mi juicio, que la infidelidad conyugal del artículo 82.1 del Código Civil no está referida solamente al quebrantamiento del deber de cohabitación exclusiva que se deriva del matrimonio. No creo que fuera ésta la intención del legislador al redactar esta causal de separación conyugal. Al contrario, pienso que la fidelidad conyugal se puede quebrantar de muchas maneras y no solamente faltando al deber de cohabitación. En este sentido, pensemos en el cónyuge que, aún cohabitando con su consorte, mantiene relaciones sexuales con otra persona y sin que su esposo/a tenga conocimiento de dichas relaciones.

En este supuesto, que, probablemente, sea bastante común, se está violando el deber de fidelidad que se exige a los esposos y, a pesar de ello, se mantiene la convivencia matrimonial.

En este intento de delimitación o concreción del deber de fidelidad —y de su correlativa transgresión o violación, la infidelidad conyugal—, parece oportuno detenerse en aquellos aspectos o situaciones que, efectivamente, pueden darse en la práctica y que suponen una relación más o menos afectiva de uno de los cónyuges con tercera persona, sin llegar a quebrantar ese deber

de fidelidad matrimonial y sin que, por tanto, exista o se dé la causal del artículo 82.1 del Código Civil.

En este sentido hay que concluir en que una simple comunicación, aunque sea afectiva, con una tercera persona, no constituye infidelidad conyugal. Una sentencia de 7 de febrero de 1984 así lo estimó, resolviendo un supuesto en el que la esposa había acusado a su marido de infidelidad conyugal y, para demostrarlo, había contratado a unos detectives, al objeto de que éstos emitieran un informe sobre el comportamiento de aquél. La sentencia desestimó la demanda de la actora, en base a que, de las pruebas practicadas, entre las que se encontraba un informe de los detectives, sólo se deducía la comunicación y la relación puramente profesional del esposo con una compañera de trabajo, así como una consiguiente amistad entre ellos, que derivaba del hecho de trabajar juntos en la misma oficina y sin que se llegara a probar que entre ambos existiera una relación de carácter erótico o amoroso, por lo que no cabía instar la separación conyugal tomando como fundamento la infidelidad no demostrada.

Ya ha quedado explicado anteriormente que cada cónyuge es libre de tener sus propias amistades. Esto quiere decir que no es preciso ni se exige que esas amistades hayan de ser comunes, es decir, de ambos esposos. Es ésta, sin duda, una cuestión importante, porque cada cónyuge, en el libre desarrollo de su personalidad y ejercitando su fundamental derecho a la libertad, derecho que a nadie se le puede negar, esté o no casado, puede entablar amistad con determinadas personas, sin que en ese círculo amistoso haya de incluir, de modo necesario, a su consorte. No se puede invocar la causal de infidelidad conyugal por mantener una amistad en el círculo laboral en el que uno de los esposos se mueve. Tampoco por mantener una amistad íntima con alguna persona, sea varón o mujer, que no tenga como finalidad u objetivo la satisfacción erótica. Como ya expresé en otro lugar, al tratar las causales de separación matrimonial (24), cada cónyuge es libre en la medida que el vínculo matrimonial lo permite. En este sentido, hay que resaltar que hay deberes que sólo los esposos han de cumplir, como el de respeto mutuo. Pero, fuera ya del marco propiamente conyugal, cada esposo goza de un ámbito de autonomía y, en consecuencia, de libertad, que es preciso para el desenvolvimiento del libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10 de nuestra Constitución. En este marco, ya previamente delimitado, es evidente que cada esposo decidirá personalmente sobre sus amistades y afectos, íntimos o no, sus relaciones sociales, laborales o profesionales, sin la interferencia, continua, persistente y molesta, llegado el caso, del otro esposo y sin que, por esta circunstancia, se pueda estimar que se ha incurrido en causal de separación.

(24) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «La falta de amor conyugal, ¿es causa de separación?», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, diciembre de 2000.

En todo caso, siempre el ámbito de afectividad que cada esposo elija para sí mismo, en el marco de su derecho a la libertad, habrá de estar presidido por el respeto hacia el otro cónyuge. De este modo lo entendió y precisó, igualmente, la sentencia de 27 de febrero de 1996, dictada por la Audiencia Provincial malagueña, resolviendo la apelación que el esposo había interpuesto, pidiendo la revocación de la sentencia de primera instancia y la estimación de la demanda de separación fundada en la infidelidad conyugal en que, a su juicio, había incurrido la esposa y que había quedado suficientemente probada, *«el marido, en su recurso, hace valer como causa de la pretendida separación la infidelidad conyugal de su esposa, que entiende ha quedado probada; sobre este punto es de tener en consideración que si bien no se ha demostrado la presencia de infidelidad conyugal por la esposa actora, en su sentido último, es decir, el de adulterio —y el propio esposo así lo admite en su contestación a la demanda o reconvencción implícita—, sin embargo, las probadas y públicas muestras de amistad íntima entre ella y su compañero de actividad —que excede de la necesaria colaboración en el quehacer profesional— constituyen una vejación grave del honor del marido, que naturalmente ha de sentirse humillado por tal actitud de su esposa. Estas muestras externas de afectividad con un tercero no son meras presunciones, sino que se encuentran adverbadas por la declaración de dos testigos y por la de la señora esposa del compañero de trabajo de la actora, y constituyen causa de separación prevista en el número primero del artículo 82 del Código Civil, bien se las considere como constitutivas de infidelidad al menos en sentido espiritual, pero demostrada por actos externos, o bien y en todo caso, si se les califica como conducta vejatoria del honor del marido. Procede, por tanto, estimar la reconvencción del esposo demandado y con revocación de la sentencia de instancia acordar la separación de los cónyuges, por causa imputable a la esposa»*.

En algunas sentencias, efectivamente, no se aprecia la alegada infidelidad de un cónyuge hacia el otro. Dificultades probatorias, unido a la ausencia de actos que, propiamente, hubieran constituido infidelidad conyugal. Es obvio que las muestras externas de afectividad y cariño entre dos personas, casada una de ellas o ambas, no constituyen causal de separación. En cambio, sí se podrá accionar, como se hizo en esta última sentencia citada, por la vía del artículo 82.1 del Código Civil, *«conducta vejatoria»*, ya que esas demostraciones de afecto pueden provocar una situación de humillación en el otro consorte, definido en la sentencia enunciada últimamente como *«vejatoria del honor del marido»*. La terminología empleada no muy afortunada, pues es bastante anticuada y estrecha de miras, pero, en el supuesto citado, cumplió, al menos, su finalidad y se decretó la separación solicitada.

Del mismo modo, podría accionarse, en supuestos similares al citado, por la vía de la falta de respeto hacia el otro cónyuge, falta de respeto que implica

una falta de amor, por lo que sería susceptible de instarse la separación fundándose en el último inciso del artículo 82.1 del Código Civil: «*Violación grave o reiterada de los deberes conyugales*». Nadie duda, hoy en día, que uno de los deberes de los esposos es respetarse mutuamente, ayudarse y socorrerse y, desde luego, nunca lo es humillar, vejar o agredir psicológicamente al otro.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL A LA CAUSAL DE INFIDELIDAD CONYUGAL

En nuestro país, muchas han sido, últimamente, las sentencias que se han dictado resolviendo en supuestos en los que se planteaba la causal de infidelidad conyugal como fundamento de la separación invocada. La selección de estas sentencias la he realizado en función de su interés a la hora de complementar el estudio aquí abordado.

La sentencia de 30 de julio de 1999 recayó en recurso de casación por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

En este recurso de casación se formuló un único motivo, denunciando, como infringidos, concretamente los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1.101, y se argumentó, en síntesis, que, si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio, sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese, de alguna forma, recogido tal posibilidad entre los efectos propios de la separación o el divorcio, añadiendo que no sólo no lo ha hecho así, sino que ha procurado, en lo posible, descausalizar tanto la separación como el divorcio. A juicio de la Sala 1.^a del Supremo, la infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68 del citado corpus legal, al establecer que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. El legislador, como indica la Sala, ha elevado a la categoría de Derecho Positivo el criterio, moral y social, de la fidelidad, al que se refiere la sentencia, en el sentido de que la conducta de la demandada apelante merece el reproche ético y social, siendo, además, infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68. El deber de fidelidad, según declaró esta Sala, es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que la esposa venía obligada a cumplir. Si no lo cumple, se incurre en causa de separación.

La sentencia, en su Fundamento de Derecho Tercero, declaró algo muy interesante y que no quiero pasar por alto. Lo transcribo literalmente por la

importancia que tiene como doctrina: *«Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82, pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo, es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar».*

La doctrina mantenida en esta sentencia del Tribunal Supremo concluyó, efectivamente, que el daño moral que se había generado a uno de los cónyuges, al esposo, concretamente, por la infidelidad del otro consorte, no era susceptible de reparación económica alguna.

Como tuve oportunidad de reseñar en otro lugar (25), esta sentencia puede parecer muy dura, a primera vista, para los intereses del esposo y, sin duda, lo fue. La infracción del deber de fidelidad —además del engaño— fue un hecho por parte de la esposa. Pero esa infracción sólo encontró su contrapartida en la petición o demanda de separación conyugal. El Código Civil no contempla la posibilidad de otorgar al cónyuge traicionado o engañado una indemnización. Si esta posibilidad no tiene encuadre en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil en la actualidad, no sé en qué razones pudiera sostenerse la pretensión que fue solicitada por el esposo.

Con relación a la prueba de la infidelidad conyugal, es interesante reseñar la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 19 de febrero de 1994. En la sentencia de instancia se había estimado acreditada la infidelidad de la ex-esposa recurrente a causa de su relación con tercera persona. En apoyo de esta afirmación se presentó el resultado de una investigación privada. Dicho informe no fue ratificado y, además, la testifical del detective arrojó como resultado que se le había efectuado un solo seguimiento a la recurrente, sin más seguimientos posteriores. En ese seguimiento se había constatado el encuentro de la recurrente con tercera persona desde las 21,50 horas del día 24 hasta las 2 horas del día 25, en el piso de la recurrente, en Castro Urdiales. La Sala estimó que era excesivo, con ese solo dato, concluir en que se había

(25) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «¿Es indemnizable la violación de los artículos 67 y 68 del Código Civil?», en la *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, noviembre de 2000.

producido una situación de infidelidad conyugal, a los efectos del artículo 82.1 del Código Civil, porque la infidelidad conyugal sancionada en el artículo 68 se conecta con el deber de respeto mutuo que se traduce en su vertiente de incumplimiento, en la relación, casual o no, con terceros, pero en una valoración que abarque la realidad social que en este aspecto puede ofrecer criterios distintos. En este sentido, la sentencia matizó que *«ciertamente que deben incluirse las relaciones de adulterio o amancebamiento, hoy equiparadas y con incidencia sólo en la esfera civil, caracterizadas por una estabilidad, pero en el caso de la relación esporádica y aislada estima la Sala que no tiene la virtualidad de integrar un supuesto de infidelidad a los efectos de la causa del artículo 82.1; será preciso indagar, además, si dicha relación extramatrimonial es causa del cese de la convivencia o consecuencia de un efectivo cese anterior.*

En el caso de autos, la esposa, a su vez, interpuso otra demanda que se podría calificar de respuesta, posterior a la de su esposo, alegando reiterada y grave violación de los deberes que le correspondían. Tal valoración no consta acreditada y, en cuanto al quebrantamiento de la fidelidad, la única prueba objetiva está constituida por la declaración de la detective en los términos ya estudiados. Con estos datos y vista la grave nota de disvalor que conlleva la infidelidad, no puede estimarse por acreditada la misma con la única reunión habida entre la esposa y el tercero, aun teniendo en cuenta las horas en que se efectuó y, menos aún, puede precisarse si para entonces la convivencia entre los esposos había ya cesado al tiempo —aunque compartiesen el mismo techo— o el cese fue a raíz de la cita...»

Esta interesante sentencia hace referencia a una cuestión que, sin duda, parece importante a efectos prácticos: No basta con un acto aislado de, en este caso, la esposa, que se reúne con tercera persona en su domicilio, para tener por acreditada —probada— la infidelidad conyugal. A un tiempo, la sentencia alude a la duda de si la convivencia matrimonial ya había cesado cuando la esposa se reunió con esa tercera persona. Es éste un extremo importante y que, como ya he apuntado en páginas atrás, de difícil valoración por parte del Juzgador. Hay, en cambio, otros supuestos en los que resulta claro discernir si la infidelidad fue posterior a la cesación efectiva de la convivencia conyugal, en cuyo caso dispone el párrafo 2 del artículo 82, causa 1.ª, que *«no podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue».*

Sobre este aspecto, la sentencia de 18 de abril de 1994, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, declaró que *«lo único que aparece indiscutido y admitido por ambas partes es que desde agosto de 1991, cuando la actora-apelante sorprendió a su marido saliendo del Hotel S. de esta capital en compañía de su secretaria, los esposos viven en dormi-*

torios distintos de la propia vivienda familiar (así lo reconoce el apelado en la contestación a la demanda)».

En algunas ocasiones se plantean problemas graves cuando uno de los cónyuges, al objeto de probar la infidelidad del otro, se vale de determinados medios que pueden resultar atentatorios al derecho a la intimidad, reconocido y regulado en nuestra Constitución en su artículo 18. Así, la sentencia de 15 de febrero de 1993, que dictó la Audiencia Provincial de Toledo, en la que se resolvió que la prueba de la pretendida infidelidad de la esposa radicaba en unas grabaciones efectuadas a través de un sistema, no bien determinado, de escucha telefónica realizado por el esposo en el domicilio conyugal, que interceptó diversas comunicaciones supuestamente mantenidas por este medio entre la esposa y un tercero. La parte demandada impugnó, en su contestación, la validez de dicha prueba, por estimar que se había obtenido vulnerando derechos fundamentales de la interesada, en particular el derecho al secreto de las comunicaciones, de conformidad con el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia, efectivamente, declaró que la interceptación y el registro por el actor de dichas conversaciones telefónicas a las que era ajeno, supuso una clara e ilegítima violación, no sólo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que, salvo resolución judicial, garantiza el artículo 18.3 de la Constitución Española, sino también el derecho a la intimidad protegido en el artículo 18.1 de la misma, el cual tiene, además de una dimensión familiar, que pudiera no verse afectada en este caso, por estar referida a intereses de titularidad compartida entre los esposos, otra estrictamente personal, que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de todos los demás, incluidos los familiares o parientes más próximos que convivan con el interesado, como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), cuya efectividad hace necesaria la presencia de un derecho a la reserva o al secreto, basado en el interés de la persona de que no se investigue o divulgue su vida privada.

Esta sentencia se refiere al artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, considerando como un supuesto de intromisión ilegítima en la intimidad ajena la utilización de aparatos de escucha para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones «no destinadas a quien haga uso de tales medios», así como su grabación, registro o reproducción. Dicha sentencia, muy importante a los efectos que estoy tratando, declaró que las cintas magnetofónicas aportadas por el esposo constituían una prueba ilícitamente obtenida, con directa vulneración de los mencionados derechos fundamentales.

La sentencia de 29 de septiembre de 1997, dictada por el Tribunal Constitucional, efectivamente, declaró «algo tan privado como es la propia rela-

ción conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española. Este artículo protege ese núcleo de relaciones, no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la acción ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción a los comportamientos desarrollados en el área de intimidad (...)

El hecho de que estas conductas íntimas tengan trascendencia externa, no las sitúa, sin más, fuera del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar, aunque sí puede justificar el establecimiento de ciertos límites específicos en cuanto a su protección constitucional (...)».

Llegados a este punto, me parece interesante analizar la cuestión de la «culpabilidad» de uno de los cónyuges en sede de infidelidad matrimonial.

VALORACION DE LA CULPABILIDAD EN LA CAUSAL DE INFIDELIDAD CONYUGAL

El sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges, frente al otro, «inocente», ha informado la mayoría de los Códigos Civiles del siglo XIX. Ya en el siglo XX, a partir de la Segunda Guerra Mundial, fueron frecuentes las modificaciones legislativas inspiradas en un sistema objetivo que prescinde de la culpa y se funda en la ruptura de la convivencia conyugal, sin indagar las motivaciones que la hayan producido.

El sistema objetivo no trata de indagar la culpabilidad de uno de los esposos, sino de constatar, simplemente, la ruptura de su vida en común, el fracaso de su matrimonio, preocupándose sólo de constatar que la ruptura es definitiva, no motivada por cualquier dificultad pasajera, como ha puesto de manifiesto ESPÍN CÁNOVAS (26). El sistema objetivo, por tanto, sitúa la cesación de la vida común como expresión inequívoca de esa ruptura.

Por ello, el factor decisivo en este sistema objetivo se sitúa en el tiempo, como medida de la ruptura; ya que, conforme es más prolongada la falta de convivencia, la Ley prevé que será más difícil la reconciliación. Igualmente, a mayor tiempo de no convivencia, la Ley exige menos requisitos para obtener unilateralmente la separación.

(26) ESPÍN CÁNOVAS, MANUEL, *La separación y el divorcio en la Ley de 7 de julio de 1981, en las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983.

La Ley Española de 7 de julio de 1981, que introdujo en nuestro país, tras muchos debates, el divorcio, y que reformó el sistema de separación matrimonial, incluyó, en el artículo 82 del Código Civil, causas inculpatorias y causas objetivas. Entre las inculpatorias, cabe citar, como fácilmente puede advertirse, la que ha sido objeto de estudio, la infidelidad conyugal, permitiendo y posibilitando que el otro esposo, es decir, el que no ha incurrido en infidelidad, pueda accionar judicialmente solicitando la separación. La infidelidad conyugal, en este sentido, se configura y se considera por el legislador español como una violación de los deberes conyugales, ex artículos 67 y 68 del citado Código Civil. Junto al elenco de causas inculpatorias, también da cabida el corpus legal a las causas objetivas.

Se trata, en consecuencia, de un sistema complejo, subjetivo y objetivo, en el que se conserva la posibilidad tradicional de la inculpación —difícil de suprimir en nuestro país—, con el resultado de un cónyuge legitimado activamente y otro pasivamente.

Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, dictada el 4 de mayo de 1994, al hilo de estos razonamientos, declaró que *«...esta Sala tiene que reiterar la consolidada doctrina que entiende que la trascendental reforma operada en nuestra legislación a partir de la Ley de 7 de julio de 1981, ha supuesto un radical cambio en la configuración de esta materia. Así, frente a la anterior legislación que aparecía impregnada fuertemente de criterios ético-religiosos, y exigía un culpable de la crisis familiar, configurando la separación sanción, en la actual no se distingue, en principio, entre cónyuge culpable e inocente, produciendo la separación los mismos efectos para ambos, prescindiendo de su conducta en la ruptura matrimonial, lo que doctrinalmente se denomina separación remedio»*.

De todas formas, y a pesar de los términos contundentes de esta última sentencia, hay que decir que, en nuestro país, permanece vigente la idea de la «culpabilidad» de un cónyuge frente al otro «inocente». Que esto es así se observa claramente en causales como la que ha sido objeto de atención en mi estudio, la infidelidad conyugal, asociada a una violación de determinados deberes que aparecen regulados en los artículos 67 y 68 de nuestro Código Civil y que, por mucho que se haya insistido en su carácter puramente ético o moral, son deberes jurídicos y, como tales, su infracción o transgresión genera una consecuencia jurídica: La de poder accionar judicialmente el cónyuge no incurso en tal causa para obtener la separación matrimonial.

ACTUALIDAD JURIDICA

I. Información legislativa

A) Tratados internacionales y Derecho europeo

1. *Convenio sobre Seguridad Social*.—En el *BOE* del 26 de diciembre se inserta el firmado entre España y Túnez el 26 de febrero de 2001.

2. *Medidas contra el terrorismo*.—En el *BOE* de 23 de noviembre, con corrección de errores el 9 de enero, se publica la Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 28 de septiembre de 2001, sobre medidas para combatir el terrorismo.

3. *Derecho europeo*.—En el Boletín de Información del Colegio de Registradores del mes de noviembre pasado se da cuenta de que la Comisión Europea estudia el establecimiento de un cuerpo normativo único para la imposición de las sociedades en Europa.

B) Leyes nacionales

- Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Real Decreto-ley de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.
- Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos para 2002.
- Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

C) Normas Autonómicas

Andalucía.—Ley 11/2001, de 11-12-2001. Modificación de la Ley 9/1983, de 1-12-83, del Defensor del Pueblo Andaluz.

Aragón.—Ley 26/2001, de 28-12-2001. Medidas tributarias y administrativas.

Baleares.—Ley 14/2001, de 29-10-2001. Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de servicios sociales y Seguridad Social.

— Ley 16/2001, de 14-12-2001. Atribución de competencias a los Consejos Insulares en materia de carreteras y caminos.

— Ley 18/2001, de 19-12-2001. Parejas estables.

— Ley 20/2001, de 21-12-2001. Medidas tributarias, administrativas y de función pública.

Cantabria.—Ley 6/2001, de 20-11-2001. Protección a las personas dependientes.

Castilla-La Mancha.—Ley 16/2001, de 20-12-2001. Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

Castilla-León.—Ley 14/2001, de 28-12-2001. Medidas económicas, fiscales y administrativas.

Cataluña.—Ley 21/2001, de 28-12-2001. Medidas fiscales y administrativas.

Extremadura.—Ley 12/2001, de 15-11-2001. Caminos públicos de Extremadura.

— Ley 14/2001, de 29-11-2001. Impuesto sobre Depósitos de las Entidades de Crédito.

La Rioja.—Ley 7/2001, de 14-12-2001. Medidas fiscales y administrativas.

Madrid.—Ley 14/2001, de 26-12-2001. Medidas fiscales y administrativas.

Navarra.—Ley Foral 22/2001, de 27-11-2001. Modificación del artículo 273 de la Ley Foral 10/1994, de 4-7-84, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Valencia.—Ley 7/2001, de 26-11-2001. Reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

— Ley 9/2001, de 27-12-2001. Medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalidad Valenciana.

II. Información de actividades

1. Colegio de Registradores

A) *Seminario sobre «El arbitraje societario».* Ha tenido lugar el día 23 de enero, con el siguiente programa:

— *Presentación*, por don FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

— *El momento actual del arbitraje y su reforma*, por don BERNARDO CREMADES, Presidente de la Corte Española de Arbitraje. Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

- *El convenio arbitral en estatutos (Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2001)*, por don JUAN ENRIQUE PÉREZ MARTÍN, Registrador Mercantil.
- *El procedimiento arbitral y el Registro Mercantil*, por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Director del Servicio de Previsión Colegial del Colegio de Registradores.
- *Clausura*, por don JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ NORNIELLA, Presidente del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

B) *Jornadas sobre «La sociedad europea»*. Ha tenido lugar también en el Colegio de Registradores en los días 26, 27 y 28 de febrero, con arreglo al siguiente programa:

- *Inauguración*, por el Ilmo. señor don TOMÁS GONZÁLEZ CUETO, Director General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional.
- *El reglamento comunitario de la sociedad europea en el marco del Derecho comunitario de sociedades*, por don LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Catedrático de Derecho Mercantil y Socio de Garrigues Andersen.
- *Características generales de la sociedad europea y jerarquía de normas aplicables*, por don LUIS VELASCO SAN PEDRO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *Registro, domicilio y transferencia a otro Estado miembro*, por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Vocal de la Junta de Gobierno y profesor de Derecho Mercantil.
- *La sociedad europea y el control de concentraciones económicas*, por don ALBERTO ALONSO UREBA, Catedrático de Derecho Mercantil y Abogado.
- *Participación de los trabajadores: el problema en el ámbito comunitario y los principios inspiradores de la Directiva*, por don FERNANDO VÁZQUES, Director de Unidad de Derecho del Trabajo. Servicios Jurídicos de la Comisión Europea.
- *Participación de los trabajadores: procedimiento de negociación y los distintos modelos de implicación*, por doña MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE, Catedrática de Derecho del Trabajo y Magistrada del Tribunal Constitucional.
- *La solución en caso de falta de acuerdo en la negociación: las alternativas del legislador español*, por don FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Catedrático de Derecho del Trabajo.
- *Constitución por fusión*, por don ALFONSO SEQUEIRA MARTÍN, Catedrático de Derecho Mercantil.

- *Constitución por holding y por filial*, por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador Mercantil.
- *Estructura de la administración: las distintas opciones*, por don GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil.
- *La asamblea general de accionistas*, por don FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, Catedrático de Derecho Mercantil.

2. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

El día 17 de diciembre se celebró sesión solemne para que don RAMÓN LÓPEZ VILAS leyera su discurso de ingreso como Académico de Número, bajo el título «La Jurisprudencia y su función complementaria del Ordenamiento Jurídico». Le contestó el Académico don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

Y el 18 de febrero tuvo lugar el ingreso de don GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, que leyó su discurso sobre «Delito y pena en la jurisprudencia constitucional». Le contestó don EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ CARANDE.

3. Encuentro sobre arbitraje

Se ha celebrado en Madrid durante los días 30 y 31 de enero. Se han estudiado los siguientes temas:

- Nueva Ley de Arbitraje.
- Criterios que deben tenerse en cuenta para recurrir al arbitraje como fórmula de resolución de conflictos.
- La redacción de la cláusula compromisaria o sumisión al arbitraje.
- Ventajas del arbitraje para la proposición de prueba frente a la rigidez de un juicio.
- Cuestiones prácticas para asegurar la eficacia de los laudos arbitrales.
- Resolución de conflictos a través del arbitraje virtual.
- La opinión de los árbitros en la práctica habitual.
- Transacciones en Internet mediante el arbitraje.
- Cómo se hace un arbitraje comercial.

Se han desarrollado dos mesas redondas, una sobre las principales instituciones arbitrales, y la otra sobre la prohibición de que determinadas profesiones ejerzan como árbitros. En esta última ha representado al Colegio de Registradores de la Propiedad su Decano-Presidente, don FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ.

4. Seminario de Derecho Privado en La Rioja

A partir del inicio del curso 2000-2001 ha comenzado sus actividades en Logroño el Seminario Permanente de Derecho Privado, colaborando la Universidad de La Rioja y el Centro de Estudios Registrales de dicha Comunidad.

Se celebran sesiones mensualmente y en ellas se tratan problemas y cuestiones relacionadas con materias de Derecho Privado y Registral, con intervención de Profesores y Registradores. Como puntos más salientes se han estudiado la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y las sentencias sobre las reformas del Reglamento Hipotecario de 1998.

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUENAS

Sentencia de 27 de marzo de 2000.—INDEFENSION.—Se vulnera el derecho a la tutela judicial cuando falta la notificación del recurso de apelación interpuesto por la contraparte.—Sala 2.^a—Ponente: Señor Viver Pi-Sunyer.

Antecedentes.—Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La señora Moreno Navarrete fue demandada por la Comunidad de propietarios de la calle Condesa de Venadito, 12-14-16, de Madrid, en solicitud de la demolición de la obra de cerramiento realizada en la terraza de su propiedad. La diligencia de emplazamiento por cédula a la demandada se practicó en la calle Condesa de Venadito, 16. La actual recurrente nombró como Procurador a don Ignacio Corujo Pita. Antes de recaer sentencia en la instancia, dicho Procurador fue sustituido por don Juan Corujo López-Villamil. El 20 de diciembre de 1990, el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Madrid, dictó sentencia desestimando la demanda.

b) Tanto la demandante de amparo como la Comunidad de propietarios interpusieron recurso de apelación. Por providencia de 8 de enero de 1991, se tuvieron por interpuestos ambos recursos. El Juzgado, al intentar notificar la providencia anterior, tuvo conocimiento de que el Procurador, señor Corujo López-Villamil, había fallecido, por lo que se dictó providencia de 7 de febrero de 1991, requiriendo a la señora Moreno Navarrete a fin de que nombrara nuevo Procurador. El requerimiento se efectuó por correo certificado a la dirección antes mencionada, pero fue devuelto. El Juzgado intentó la notificación a través de la oficina común de notificaciones en el mismo domicilio. La diligencia fue negativa, constando que «dicha persona no reside en este domicilio, desconociendo sus señas». La parte demandante aportó nuevo domicilio de la demandada: calle Príncipe de Vergara, 97, donde se practicó la siguiente notificación: «Requerir a la demandada... para que nombre nuevo Procurador, bajo apercibimiento, de no verificarlo se le dará por desistida de la apelación de la sentencia...». La cédula se entregó al conserje del edificio, don Alejandro Gómez, quien no la firmó.

c) Por providencia, de 3 de noviembre de 1992, habiendo transcurrido el plazo para nombrar nuevo Procurador sin que ello se efectuara, se tuvo por desistida a la señora Moreno Navarrete de la apelación. La Audiencia dictó sentencia, de 13 de marzo de 1995, estimando en parte el recurso interpuesto por la Comunidad de propietarios y revocando parcialmente la sentencia anterior, declarando que procedía la demolición de la obra realizada en la terraza.

d) Consta en las actuaciones que dicha sentencia le fue notificada a la señora Moreno Navarrete a través de la Letrada doña Josefa Sanz de Frutos. Esta parte interpuso contra la misma recurso de casación que fue inadmitido mediante Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1997, por razón de la cuantía litigiosa.

En la demanda de amparo se aduce indefensión lesiva del artículo 24.1 CE, de una parte, por la defectuosa realización de los actos de comunicación procesal en relación con el recurso de apelación interpuesto y, de otra parte, por la imposibilidad de solicitar, no obstante concurrir dos de las causas legalmente previstas, la recusación del Magistrado Ponente del Auto de inadmisión que se impugna.

En relación con lo primero, advierte la recurrente que, tras haberse interpuesto recurso de apelación, ninguna de las notificaciones a ella dirigidas se practicó con arreglo a la normativa procesal, ni llegó tampoco a su conocimiento, sin que en ningún momento del procedimiento el órgano judicial intentase siquiera comunicarle la existencia de un recurso de apelación interpuesto por parte de la Comunidad de propietarios demandante y, en consecuencia, de la posible situación de rebeldía en que podría quedar, impidiéndose así la defensa, como parte apelada, de sus derechos e intereses en segunda instancia y, en particular, la posibilidad de alegar la prescripción de la supuesta infracción denunciada por dicha Comunidad.

Y en cuanto a lo segundo, subraya la demandante la imposibilidad de denunciar la existencia de causa de recusación en el Magistrado del Tribunal Supremo, señor Almagro Nosete, ponente del Auto de inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la resolución recaída en apelación, por cuanto hasta el momento de su notificación no se tuvo conocimiento de su identidad. Como quiera que, en su calidad de Presidenta de la Comunidad de propietarios del garaje de la calle María de Molina, número 56, de Madrid, la recurrente habría interpuesto demanda judicial contra la señora Castillo Rodríguez, esposa del señor Almagro-Nosete, a la sazón Magistrado Ponente de la referida resolución, se estiman concurrentes las causas de recusación séptima y décima del artículo 189 LEC. Atendida la falta de previsión legal de una exigencia de previa comunicación a las partes de la identidad del Ponente en supuestos de inadmisión (art. 1.710 LEC), y dado que el propio Magistrado no se ha abstenido voluntariamente, la recurrente solicita el otorgamiento del amparo a fin de que la admisión del recurso de casación pueda ser enjuiciada por un Magistrado en el que no concurra causa de recusación.

En todo caso, y sin perjuicio de esta subsidiaria petición, se suplica del Tribunal la retroacción del procedimiento al momento en que debió haberse comunicado a la recurrente la interposición del recurso de apelación por parte de la representación procesal de la ya referida Comunidad de propietarios.

Fallo.—El Tribunal Constitucional ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por doña Esperanza Moreno Navarrete y, en su virtud:

1.º Reconocer que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, anular la sentencia, de 13 de marzo de 1995, de la Audiencia Provincial de Madrid, dictada en apelación de sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Madrid (rollo 786/92), así como de la providencia, de fecha 3 de noviembre de 1992, con retroacción de las actuaciones, a fin de que se comuniquen a la recurrente la interposición del recurso de apelación por parte de la Comunidad de propietarios de la calle Condesa de Venadito, números 12-14-16, de Madrid.

Fundamentos jurídicos.—1. El presente recurso de amparo, aunque formalmente se dirige sólo contra el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 1997, que declaró no haber lugar a la interposición del recurso de casación interpuesto contra la sentencia número 123/95 de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio declarativo de menor cuantía número 627/88, en rigor también impugna la providencia de la citada Audiencia Provincial, de 3 de noviembre de 1992, que tuvo por desistida a la recurrente de su recurso de apelación, y la referida sentencia número 123/95, que estimó el recurso de apelación interpuesto el 13 de marzo de 1995 por la Comunidad de propietarios.

Concretamente, en relación con la providencia y la sentencia de la Audiencia, la recurrente alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por la defectuosa práctica de los actos de comunicación procesal en relación con el recurso de apelación. En cuanto al Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la recurrente denuncia la conculcación de su derecho a un Juez imparcial, al no haber podido recusar al Magistrado Ponente de la resolución inadmisoria dictada por dicha Sala del Tribunal Supremo.

La recurrente solicita la anulación del procedimiento a partir del momento en que se le debió notificar la interposición del recurso de apelación por parte de la referida Comunidad de propietarios y, subsidiariamente, que se anule el Auto del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 1997.

Según se desprende de las actuaciones, los actos de comunicación procesal con la recurrente se habrían venido cumplimentando de modo eficaz hasta que, interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia recaída en primera instancia, se produjo el fallecimiento del Procurador de la actual demandante de amparo. Desde entonces —sostiene la recurrente—, las notificaciones dirigidas a ella, no practicadas conforme a Derecho, no habrían llegado en ningún momento a su conocimiento, impidiéndole así el órgano judicial la defensa de sus derechos e intereses en la segunda instancia. La demandante denuncia asimismo que, dada la imprevisión legal de comunicación a las partes de la identidad del Ponente en supuestos de inadmisión, no le ha sido posible intentar apartar de la decisión relativa a la admisión del recurso de casación a quien, una vez notificada la resolución, ha resultado ser Magistrado Ponente, pese a que, en su opinión, en el mismo concurren dos causas de recusación (arts. 189.7 y 10 LEC), que debieron llevarle a abstenerse voluntariamente de conocer del asunto.

El Ministerio Fiscal interesa, por su parte, la desestimación del amparo solicitado porque, sin perjuicio de la razonable probabilidad de que la recurrente conociese de la comunicación, habiéndose desentendido del proceso durante casi cinco años, la pretendida indefensión padecida únicamente sería imputable a la actitud de desinterés de la propia recurrente o de su Letrado. Y, en cuanto a la alegada parcialidad del Juez, la desestimación vendría obligada por la falta de justificación del perjuicio causado por la intervención del Magistrado supuestamente incurso en dos causas de recusación.

Por último, la Comunidad de propietarios de la calle Condesa de Venadito, números 12-14-16, opone, en una perspectiva formal, la falta de invocación en la demanda del derecho supuestamente vulnerado o la errónea referencia a los artículos 54 y siguientes de la Constitución, la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, por no haber promovido la demandante el recurso extraordinario de revisión antes de venir en amparo. Y, en cuanto al fondo de la pretensión, se afirma, de una parte, que la indefensión pretendidamente causada por la práctica defectuosa de los actos de comunicación procesal únicamente podría imputarse a la pasividad y falta de interés de la recurrente y, en su caso, de su dirección letrada; y, de otra parte, que ni a lo largo de las actuaciones se ha mencionado el nombre del Magistrado Ponente que se pretende recusar ni, por lo demás, concurre causa alguna de recusación, por cuanto, dado que el señor Almagro Nosete no figura como demandado por la Comunidad de propietarios de la calle María de Molina, número 56, no existe pleito pendiente con la recusante, ni se constata tampoco la pretendida enemistad manifiesta. En cualquier caso —se dice—, no sería éste el momento procesal oportuno para instar un incidente que, con arreglo a lo establecido en el artículo 192 LEC, ha de interponerse nada más tener constancia de las posibles causas de recusación.

2. Puesto que la representación procesal de la Comunidad de propietarios de la calle Condesa de Venadito, números 12-14-16, de Madrid, ha opuesto a la presente demanda de amparo la causa de inadmisión basada en el artículo 44.1.a) LOTC que, caso de ser acogida, haría innecesario todo pronunciamiento por nuestra parte sobre la cuestión de fondo planteada, antes de entrar a conocer de la misma ha de quedar descartada una falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial que, según se denuncia, resultaría de no haberse interpuesto el recurso extraordinario de revisión antes de venir la recurrente en amparo ante este Tribunal.

Como es notorio, las causas de inadmisibilidad de un recurso de amparo, no habiendo sido apreciadas *in limine litis*, pueden ser consideradas en sentencia al examinar el fondo del asunto, ya sea en virtud de alegación de parte, ya sea *ex officio* (SSTC 124/1991, de 3 de junio; 39/1993, de 8 de febrero, por todas) pues, no siendo el recurso de amparo un medio ordinario de tutela de los derechos fundamentales, no cabe acudir directamente a este Tribunal sin desconocer al propio tiempo su naturaleza subsidiaria (SSTC 82/1991, de 22 de abril; 211/1992, de 30 de noviembre, por todas).

A tal efecto conviene subrayar, de entrada, tanto la necesaria compatibilización que, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, ha de existir entre la prohibición de artificiosa dilatación del plazo para recurrir en amparo mediante la interposición de recursos claramente improcedentes y el requisito de agotamiento de la vía judicial (SSTC 122/1996, de 8 de julio; 228/1999, de 13 de diciembre, por todas), como el hecho de que este último requisito ha de ser interpretado de manera flexible y finalista, en el sentido de que dicha

exigencia no equivale tanto a la exhaustiva utilización de todos los recursos legalmente previstos e imaginables cuanto al empleo de «aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales y, además, que dada su naturaleza y finalidad sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (SSTC 364/1993, 377/1993, 27/1994, 140/1994, 56/1995 y 84/1999, entre otras muchas)». (STC 169/1999, de 27 de septiembre, FJ 3).

3. En el presente caso, el recurso supuestamente preterido habría sido el extraordinario de revisión. Ahora bien, no se trata sólo de que no haya existido indicación alguna relativa a las posibles vías de recurso frente a una resolución «contra la que no se dará recurso alguno» (art. 1.710.1.5 LEC), sino de que, denunciándose en lo sustancial la vulneración del artículo 24 CE, tanto por indefensión lesiva de tutela judicial efectiva como por lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un Juez imparcial, no se advierte bien cuál habría podido ser el engarce de esta doble pretensión de amparo en las causas tasadas establecidas en el artículo 1.796 LEC. No parece, pues, razonable, atendida la naturaleza y finalidad del recurso de revisión, que ésta fuese una vía procesal exigible como previa al efecto de reparar o remediar la doble vulneración de derechos que la recurrente imputa a las resoluciones impugnadas (sentencia 60/1994, de 28 de febrero).

En consecuencia, y sin prejuzgar su viabilidad, a falta en aquel momento de una vía útil al efecto de obtención de la nulidad de actuaciones pretendida, cabe aceptar que la recurrente no disponía de otro cauce para obtener la defensa de sus derechos que el amparo ejercitable ante este Tribunal.

4. Despejada la duda de admisibilidad, podemos entrar ya a analizar el fondo de las cuestiones a debate. Procede abordar, así, en primer término, la denuncia relativa a la indefensión, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que la actora dice haber padecido como consecuencia de la práctica defectuosa de la comunicación procesal seguida por el órgano judicial a partir del momento en que, una vez interpuesto el recurso de apelación contra la resolución dictada en la primera instancia, se produjo el fallecimiento de su Procurador.

A propósito de la tacha denunciada, cumple recordar que, según jurisprudencia bien asentada, la indefensión material lesiva del artículo 24.1 CE, implica un impedimento por parte del órgano judicial del derecho de la parte a alegar y defender en el proceso los propios derechos e intereses (sentencia 89/1986, de 1 de julio, por otras). A los órganos judiciales corresponde, pues, asegurar que los actos de comunicación efectivamente lleguen a conocimiento de las partes (SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 65/1999, de 26 de abril, entre otras), quienes no podrían aducir indefensión material alguna, aún en supuestos de procesos seguidos inaudita parte, cuando de las actuaciones se deduzca que quien la denuncia no ha observado la debida diligencia en la defensa de sus derechos porque el apartamiento del proceso al que se anuda dicha indefensión sea la consecuencia de «la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o profesionales que les representen o defiendan» (SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994 y 262/1994) (SSTC 18/1996, de 12 de febrero, FJ 3, y 78/1999, de 26 de abril, FJ 2).

De ello se desprende que la aludida obligación judicial limita con la exigencia de que los interesados han de observar, por su parte, un *mínimum* de diligencia. La respuesta a la cuestión que aquí se plantea no es posible, por tanto, sino a la vista de las concretas circunstancias del caso.

5. Pues bien, en el presente supuesto la recurrente denuncia una indefensión material lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto, al no haber tenido noticia, en particular, de la interposición del recurso de apelación por parte de la ya referida Comunidad de propietarios, no ha podido utilizar las posibilidades de defensa disponibles mediante el acceso al proceso en segunda instancia.

A esta queja oponen, según queda dicho, tanto el Fiscal como la Comunidad de propietarios de la calle Condesa de Venadito, números 12-14-16, de Madrid, que la incomparecencia de la recurrente en apelación, en último extremo, responde a la propia decisión, sea de la recurrente, sea de su defensa letrada, reveladora, cuando menos —dice el Fiscal—, de culpa concomitante en la producción del efecto denunciado, dada la actitud pasiva, desinteresada y falta de diligencia de la actual recurrente.

Consta en autos que, tras la sentencia dictada el día 20 de diciembre de 1990 por el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Madrid, favorable a los intereses de la recurrente de amparo y debidamente notificada a los Procuradores de ambas partes, tanto la recurrente como la otra parte interpusieron sendos recursos de apelación. Sin embargo, al intentar el Magistrado Juez notificar la providencia que ponía en conocimiento de las partes la interposición de dichos recursos, teniéndolos por interpuestos en tiempo y forma, advirtió que el Procurador de la recurrente en amparo había fallecido, por lo que dictó una nueva providencia en la que únicamente se la requería para que nombrase nuevo Procurador, con la advertencia de que de no hacerlo así se la tendría por desistida de su recurso. Esta providencia fue remitida por correo al domicilio que la recurrente había hecho constar en la demanda, pero fue devuelta. El Juzgado acordó de inmediato una nueva notificación a la demandada, esta vez por medio de la Oficina Común de Notificaciones y Embargos. Constituido el Secretario en el referido domicilio, se hace constar en la diligencia el nombre de una persona que afirma que la recurrente no reside en el mismo y que se desconocen sus nuevas señas. Ante esta situación, el Juzgado acuerda requerir a la actora para que facilite el nuevo domicilio de la demandada, extremo que ésta pone en conocimiento del Juzgado mediante escrito de 21 de septiembre de 1992. Constituido el día 22 de octubre el Oficial del Juzgado en el nuevo domicilio, y no hallándose en él a la recurrente, se entrega «cédula comprensiva de todos los requisitos legales» al conserje de la vivienda, «haciéndole saber la obligación que tiene de entregársela así que regrese, o darle aviso si sabe su paradero bajo las prevenciones de Ley». El conserje no firmó la referida cédula en la que se reiteraba el requerimiento para que nombrase Procurador bajo admonición de tenerla por desistida de su recurso. Por providencia de 3 de noviembre, el Juzgado tiene por desistida a la recurrente.

No consta en autos, por el contrario, que se intentase notificar la providencia por la que se ponía en su conocimiento la interposición del recurso de apelación por parte de la Comunidad de propietarios.

6. Al aplicar la *ratio decidendi* establecida en el fundamento jurídico anterior a los hechos relativos a la notificación de la providencia, por la que se requiere a la recurrente para que nombre Procurador, la respuesta de este Tribunal no puede obviar que, sin perjuicio de que pueda haberse producido alguna irregularidad en los actos de comunicación —no causante, en sí misma, de indefensión material alguna—, cuando —como aquí ocurre— se ha llevado a cabo un cambio de domicilio, estando pendiente un litigio ante los

órganos judiciales la obligación de leal cooperación ínsita en el artículo 24 CE, exige, en todo caso, de la parte interesada, su inmediata puesta en conocimiento del Juzgado; poner en conocimiento del órgano judicial esta circunstancia es, sin duda, «un mínimo de diligencia» exigible a la parte (SSTC 52/1998, 12/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Por lo demás, de las actuaciones resulta que no está en discusión que el domicilio aportado por la referida Comunidad de propietarios, una vez fallida la comunicación en el anterior domicilio conocido de la demandante, es realmente el domicilio en el que en efecto habitaba la recurrente y en el que se intentó la notificación. En estas circunstancias, cabe dudar de lo fundado de pretender que se hubiese debido decretar una comunicación edictal —modalidad de citación, por definición, supletoria y excepcional, utilizable sólo previo el agotamiento de las (más eficaces) modalidades ordinarias (SSTC 234/1988, de 2 de diciembre; 174/1990, de 12 de noviembre; 312/1993, de 25 de octubre; 65/1999, de 26 de abril, por todas)—. Tampoco se discute que el conserje de la vivienda de la recurrente haya recibido la cédula de citación (sentencia 219/1999, de 28 de diciembre, FJ 4), ni se aduce elemento o circunstancia alguna que —como en otros casos (sentencia 275/1993, de 20 de septiembre, FJ 4)— hubiese permitido a este Tribunal entrar a valorar en amparo la eventualidad de la aducida existencia de indefensión porque se hubiese imputado a la recurrente el riesgo del incumplimiento por parte de una tercera persona de la carga de comunicar la citación en observancia del deber de colaboración con la justicia.

Debe destacarse, igualmente, que entre su interposición y la notificación de la sentencia transcurrieron más de cinco años, período durante el cual la recurrente se desentendió por completo del proceso, reaccionando tardíamente, con invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, una vez que sus intereses patrimoniales resultaron menoscabados (STC 137/1996, de 16 de septiembre). Las alegaciones de la demandante no pasan, en este extremo, de la mera negación de haber tenido noticia de la comunicación referida, centrándose su atención sobre las irregularidades procesales advertidas. En tales circunstancias —y en línea con lo aducido por el Fiscal y la Comunidad de propietarios—, no cabe sino imputar a la propia conducta de la parte afectada —la actual recurrente— la indefensión aducida en este punto.

7. Otra ha de ser, en cambio, nuestra conclusión por lo que respecta a la indefensión que se invoca en relación con el recurso interpuesto de contrario. En efecto, no parece posible admitir desde la perspectiva constitucional y sin que ello suponga negar cuanto queda dicho acerca de la actitud procesal de la parte, la inobservancia por parte del órgano judicial de su deber de asegurar que la señora Moreno Navarrete llegase a ser, efectivamente, notificada de la propuesta de providencia, de 8 de enero de 1991, mediante la que se tiene por interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera instancia, número 2, de Madrid, por parte de la Comunidad de propietarios y respecto del que ulteriormente se la tiene por desistida, por providencia de 3 de noviembre de 1992, ya que, como queda dicho, respecto de esa providencia nunca se intentó siquiera su comunicación, no pudiéndose presumir, por otra parte, un conocimiento de la interposición de recurso por la Comunidad de propietarios, puesto que no resulta de las actuaciones. La queja de la recurrente no carece, pues, de relevancia constitucional.

En consecuencia, y en la medida en que la indefensión material que se aduce es imputable a la inobservancia por parte del órgano judicial de la

obligación de asegurar la efectiva comunicación de los actos procesales a las partes —en este caso, de notificar a la recurrente la interposición de recurso de apelación de contrario—, procede declarar la existencia de la denunciada vulneración del derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE.

8. Constatado lo anterior, y sin perjuicio de su contenido y relevancia constitucional, es ya innecesario que este Tribunal se pronuncie en relación con la imposibilidad de recusar al Magistrado Ponente del Auto de inadmisión del recurso de casación, pese a la pretendida concurrencia en el mismo de dos causas de recusación (arts. 189.7 y 10 LEC) que, según piensa la recurrente, debieron llevarle a abstenerse voluntariamente de conocer del asunto.

F. C. D.

II. Resoluciones de la Dirección General

A) RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por FERNANDO CURIEL LORENTE

Registro de la Propiedad

Resolución de 25 de septiembre de 2001
(*BOE 12-12-2001*)

URBANISMO. PROYECTO DE COMPENSACION: DOCUMENTO HABIL.

No es precisa escritura pública para la inscripción de un proyecto de compensación, aun cuando se realicen segregaciones en determinadas fincas, ya que es bastante el documento administrativo en el que se formalicen las segregaciones efectuadas y el proyecto de compensación.

Resolución de 27 de septiembre de 2001
(*BOE 10-12-2001*)

HIPOTECA. NOVACION. CUENTA CORRIENTE DE CREDITO.

El que la Ley 2/1994 se limite a contemplar el supuesto de novación de préstamos hipotecarios, no es obstáculo para inscribir la novación de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, ya que la Ley 2/1994 no contiene la regulación general de la novación, que se contiene en el Código Civil y legislación hipotecaria, sino, exclusivamente, los requisitos de la novación y subrogación para poder gozar de determinados beneficios fiscales y arancelarios.

Resolución de 28 de septiembre de 2001
(BOE 8-12-2001)

HIPOTECA. CANCELACION. FUSION POR ABSORCION.

Para cancelar una hipoteca concedida por entidad hoy extinguida por su absorción por otra, que es la que otorga la escritura de cancelación, no es imprescindible la previa inscripción de la fusión por absorción si a la escritura de cancelación se acompaña testimonio suficiente de la fusión que permita practicar la inscripción de cancelación y transmisión intermedia por el mecanismo del tracto abreviado.

Resolución de 29 de septiembre de 2001
(BOE 11-12-2001)

TRACTO SUCESIVO. CANCELACION DE INSCRIPCION.

No procede la cancelación de determinada inscripción si no consta que en el procedimiento en que se ordena han sido demandados todos los titulares registrales.

Resoluciones de 1 y 17 de octubre de 2001
(BOE 11 y 10-12-2001)

HIPOTECA. EJECUCION. PLURALIDAD DE FINCAS. DETERMINACION DE LA CANTIDAD RECLAMADA Y DEL SOBRANTE.

La obligada distribución de responsabilidad entre las diferentes fincas hipotecadas no determina una división del crédito único en cuya garantía se constituye la hipoteca. No puede, por ello, exigirse al acreedor que, llegado el caso de la ejecución de la hipoteca, deba determinar la cantidad reclamada por cada una de las fincas. Lo único que el Registrador debe calificar es que del precio del remate no se detraiga mayor cantidad de la que responde la finca y que lo detraído se destine, efectivamente, al pago del actor.

Resolución de 2 de octubre de 2001
(BOE 12-12-2001)

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDACION DE TRACTO. NOTIFICACION AL TITULAR REGISTRAL.

Para la inscripción de un expediente de dominio, el Registrador puede y debe calificar el cumplimiento de los requisitos derivados de la necesaria protección de los derechos del titular registral, por lo que no puede procederse a la inscripción si, teniendo la última inscripción de dominio menos de treinta años de antigüedad, sólo se ha realizado una notificación mediante edictos en contra de lo prevenido en el artículo 202 LH.

Resolución de 3 de octubre de 2001
(BOE 11-12-2001)

SEGURIDAD SOCIAL. INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA.

Aunque la norma aplicable emplee el término «adscripción», de su texto resulta claro que la Tesorería de la Seguridad Social adquiere la titularidad plena de los bienes que pertenecían al Instituto Social de la Marina, lo que puede hacerse constar en el Registro mediante la correspondiente inscripción de transmisión.

Resolución de 4 de octubre de 2001
(BOE 11-12-2001)

CONCESION ADMINISTRATIVA. MARISMAS. TRANSMISION.

Es inscribible la transmisión de una concesión para la que no existe subvención ni ocupación de terreno público, ni sujeción a limitación legal de disponer sino a la obligación del adquirente de subrogarse en la posición del concesionario, lo que expresamente se hace constar en la escritura.

Resolución de 5 de octubre de 2001
(BOE 11-12-2001)

GANANCIALES. EMBARGO. EXPRESION DEL NOMBRE DEL CONYUGE DEL DEUDOR.

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 144 RH, no es suficiente con que el mandamiento exprese que el embargo se ha notificado al cónyuge del deudor, sin identificarlo, sino que debe consignarse precisamente el nombre del cónyuge notificado para comprobar que ha recibido la notificación la persona que ostenta algún derecho según el Registro sobre el bien embargado.

Resolución de 6 de octubre de 2001
(BOE 11-12-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE SOBRE ELEMENTO COMUN.

No procede la inscripción de una servidumbre sobre un elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal declarada judicialmente en procedimiento en el que no han sido demandados todos los copropietarios del edificio, según el Registrador, o la Comunidad de propietarios, según la resolución.

Resolución de 8 de octubre de 2001
(BOE 11-12-2001)

GANANCIALES. CONVENIO REGULADOR. VIVIENDA PRIVATIVA.

No hay obstáculo para admitir que en convenio regulador se determine el carácter privativo o ganancial de la vivienda que constituye el domicilio familiar, pero la dación de un bien privativo en pago de una deuda excede de las operaciones liquidatorias del patrimonio común, siendo necesario para su inscripción que se formalice el correspondiente negocio jurídico que recoja la voluntad de los cónyuges.

Resolución de 11 de octubre de 2001
(BOE 12-12-2001)

PROPIEDAD HORIZONTAL. AMPLIACION DE OBRA Y REDISTRIBUCION DE CUOTAS. FINCA HIPOTECADA.

Para la inscripción de la ampliación de obra y modificación del título constitutivo de propiedad horizontal es preceptivo el consentimiento de todos los copropietarios del inmueble, sin que el hecho de que uno de ellos haya adquirido su vivienda con la cuota resultante después de aquella modificación sea suficiente a estos efectos.

Aunque la finca esté hipotecada, no es imprescindible el consentimiento del acreedor hipotecario, ya que, a falta de su consentimiento, el acto realizado no perjudicará su derecho.

Resolución de 15 de octubre de 2001
(BOE 10-12-2001)

HIPOTECA. EJECUCION. NOTA ACREDITATIVA DE EXPEDICION DE CARGAS CANCELADA. CANCELACION DE CARGAS POSTERIORES.

La cancelación de la nota marginal acreditativa de la expedición de cargas para un procedimiento de ejecución hipotecaria no tiene el mismo efecto que la cancelación de una anotación preventiva de embargo en relación con la cancelación de cargas posteriores, al seguir vigente la inscripción de hipoteca que se ejecuta, frente a la cual ninguna mejora de rango registral puede experimentar los derechos inscritos con posterioridad.

Otra cosa es que la falta de nota marginal, en este caso por haberse cancelado erróneamente, prive al titular de un asiento practicado con posterioridad del derecho a intervenir en el procedimiento por falta de notificación oportuna, lo que en el caso no se produce por cuanto la cancelación de la nota marginal se produjo mucho después de haberse dictado el auto que aprobaba el remate de la finca enajenada.

Resolución de 16 de octubre de 2001
(BOE 10-12-2001)

TRACTO SUCESIVO. CANCELACION DE CARGAS.

No procede la cancelación de cargas ordenada en procedimiento seguido contra el titular registral para declarar el dominio de la finca a favor del actor cuando en el mismo procedimiento no han sido demandados los titulares de los asientos que reflejan las cargas cuya cancelación se pretende.

Resoluciones de 18, 19 y 25 de octubre de 2001
(BOE 10-12-2001)

HIPOTECA. INTERESES. LIMITE DE RESPONSABILIDAD.

El artículo 114 LH sólo impone que unas mismas cantidades no pueden devengar al mismo tiempo intereses ordinarios y de demora, pero no impide que, respetada esta exigencia, puedan garantizarse con la hipoteca cinco anualidades de intereses ordinarios y cinco anualidades de intereses de demora.

Resolución de 20 de octubre de 2001
(BOE 10-12-2001)

HERENCIA. PARTICION. INTERVENCION DE LOS LEGITIMARIOS.

Cuando por afirmación del propio legatario, los legados de los que pretende tomar posesión agotan el total caudal hereditario, produciéndose una evidente lesión a la legítima de los descendientes, es imprescindible la intervención de los legitimarios para la inscripción a favor del legatario.

Resolución de 22 de octubre de 2001
(BOE 10-12-2001)

SEGREGACION. DIFERENCIAS DE SUPERFICIE EN LA MATRIZ. LICENCIA MUNICIPAL: IDENTIFICACION DE LA PARCELA SEGREGADA. EXTRANJEROS. REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL. CERTIFICACION BANCARIA: LEGITIMACION, CUENTA CORRIENTE.

La falta de coincidencia entre el título y el Registro en cuanto a la superficie de la finca matriz no es, por sí sola, obstáculo para la inscripción de una nueva segregación, siempre que ésta sea posible de acuerdo con la superficie registral de la matriz.

Acompañándose la licencia municipal con un plano del que resulta identificada la parcela segregada y su superficie, resulta innecesario exigir que la propia licencia haga constar la superficie de la parcela cuya segregación se autoriza.

La falta de acreditación del régimen económico-matrimonial de la compradora, extranjera, no impide la inscripción, ya que el artículo 92 RH permite practicarla con sujeción al régimen que resulte aplicable, sin que sea necesaria su acreditación.

Tratándose de una compra por precio inferior a un millón de pesetas, no resulta necesario legitimar la firma del representante de la entidad de crédito, ni acreditar su representación, ni identificar la cuenta de la que la compradora es titular.

Resolución de 23 de octubre de 2001
(BOE 6-12-2001)

OPCION DE COMPRA. DETERMINACION DEL OBJETO. CALIFICACION. DOCUMENTOS PRESENTADOS POSTERIORMENTE. FINCA. DIFERENCIAS EN LA DESCRIPCION.

Está suficientemente determinado el objeto de un derecho de opción que recae sobre todos los derechos de aprovechamiento urbanístico que correspondan al concedente por razón de la aportación a una Junta de Compensación de determinada finca con materialización, en su caso, en las fincas que se adjudiquen en compensación a la aportación.

El que para calificar un documento pueda y deba tenerse en cuenta documentos presentados con posterioridad, no puede llevar a desnaturalizar el principio de prioridad, obligando al Registrador a adoptar una decisión sobre la prevalencia sustantiva de uno u otro título.

La diferencia en la descripción de la finca entre el título y el Registro, por razón de segregaciones no inscritas, no puede impedir el despacho del documento, sino que se practicará el asiento correspondiente con arreglo al criterio previsto en el artículo 47 *in fine* del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 24 de octubre de 2001
(BOE 19-12-2001)

CALIFICACION. DEFECTO SUBSANABLE O INSUBSANABLE.
(Duplicar: ANOTACION DE DEMANDA. FALTA DE NOTIFICACION AL CONYUGE: CARACTER DE LA FALTA).

La distinción entre faltas subsanables e insubsanables parece centrarse en la posibilidad de que la subsanación permita la retroacción de efectos a la fecha de presentación del documento defectuoso.

Debe reputarse, en principio, subsanable la falta de constancia de la notificación al cónyuge del titular registral contra el que se interpone una demanda, cuya necesidad deriva del carácter presuntivamente ganancial con que la finca objeto del procedimiento figura inscrita en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 26 de octubre de 2001
(BOE 19-12-2001)

ANOTACION DE EMBARGO. TERCERIA DE DOMINIO. TRACTO SUCE-SIVO.

En procedimiento de tercería de dominio se declara la propiedad de ciertos bienes, inscritos en su día como gananciales, a favor de los actores (herederos de uno de los cónyuges) ordenándose el alzamiento del embargo; en apelación, se ordena sustituir la primitiva anotación de embargo sobre las fincas por otra sobre los derechos que sobre las mismas pudieran corresponder al cónyuge demandado. Figurando inscritas las fincas a favor de los citados herederos, no procede la modificación de la anotación de embargo al no seguir las fincas inscritas como integrantes del patrimonio ganancial.

Resoluciones de 27 y 29 de octubre de 2001
(BOE 19-12-2001)

RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO DE INTERPOSICION.

El recurso gubernativo participa de la naturaleza especial de la función registral y está sujeto a procedimiento especial, del que resulta que el plazo de interposición se cuenta desde el día de la fecha de la nota de calificación recurrida.

Registro Mercantil

Resolución de 9 de octubre de 2001
(BOE 12-12-2001)

EURO. REDENOMINACION DE CAPITAL Y PARTICIPACIONES. DES-AJUSTE.

Es inscribible el acuerdo de redenominación del capital y de las participaciones de una sociedad limitada aun cuando la suma del valor redenominado de las participaciones (con siete decimales) no coincida con el del capital redenominado (redondeado a dos decimales), por haberse cumplido las prescripciones legales que desprecian la discrepancia resultante, por entender que prevalecerá en todo caso la consideración de que la participación es una parte alícuota del capital.

Resolución de 10 de octubre de 2001
(BOE 12-12-2001)

EURO. REDENOMINACION. AUMENTO DE CAPITAL POSTERIOR.

Es inscribible el acuerdo de redenominación del capital y de las participaciones de una sociedad limitada aun cuando la suma del valor redenominado

de las participaciones (con seis decimales) no coincida con el del capital redenominado (redondeado a dos decimales), por haberse cumplido las prescripciones legales que desprecian la discrepancia resultante, por entender que prevalecerá en todo caso la consideración de que la participación es una parte alícuota del capital.

Asimismo, es inscribible el aumento de capital realizado inmediatamente, atribuyendo a las nuevas participaciones un valor nominal igual al resultante de la denominación (con seis decimales y no con dos).

Resolución de 30 de octubre de 2001
(BOE 19-12-2001)

ANOTACION DE DEMANDA. DE DERECHO DE SUSCRIPCION: IMPOSIBILIDAD.

No cabe anotar la demanda de declaración del derecho preferente de suscripción del actor en determinada ampliación de capital por imponerlo el sistema de *numerus clausus* que preside el acceso al Registro de resoluciones judiciales o administrativas, y ser consecuencia, además, de la falta de acceso al Registro de los actos de transmisión de acciones y participaciones.

Resolución de 31 de octubre de 2001
(BOE 19-12-2001)

DISOLUCION DE SOCIEDAD. CONVOCATORIA DE JUNTA. NOTIFICACION INDIVIDUAL.

El carácter imperativo del artículo 97 LSA no permite suplir el procedimiento de convocatoria de junta por la notificación individual a los socios por conducto notarial.

Resolución de 12 de noviembre de 2001
(BOE 19-12-2001)

AUMENTO DE CAPITAL. DEVOLUCION DE APORTACIONES SOCIALES. CIERRE REGISTRAL. CALIFICACION. POSIBILIDAD DE NUEVOS DEFECTOS.

Para inscribir un aumento de capital, no puede exigirse que se acredite, por ser un hecho negativo, la falta de ejercicio del derecho a la devolución de aportaciones sociales.

El cierre registral, debido a la falta de adaptación de la sociedad y a la falta de depósito de cuentas, impide la inscripción del aumento de capital.

Aun cuando la calificación debe ser unitaria y global, no es óbice para que, presentado de nuevo el documento, puedan apreciarse nuevos defectos, bien porque no se observaran al comienzo, sin perjuicio entonces de la corrección disciplinaria del Registrador, bien porque hayan sobrevenido con posterioridad a la caducidad del primer asiento de presentación.

Registro Mercantil Central

Resolución de 4 de octubre de 2001
(BOE 12-12-2001)

DENOMINACION SOCIAL. COINCIDENCIA CON ACRONIMO COMERCIAL.

Es correcta la denegación de reserva de una denominación social (B.S.C.H., S. A.) que coincide con el acrónimo de una conocida empresa mercantil (Banco Central Hispano-Americano, S. A.), sin que el argumento de haber sido presentada la solicitud de reserva, antes de haberse depositado el proyecto de fusión, desvirtúe aquella solución por ser notoria con anterioridad la existencia de un acuerdo de fusión del que resultaría la entidad con la denominación contradictoria.

FERNANDO CURIEL LORENTE

B) RESOLUCIONES COMENTADAS

Por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA e ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. DE MAXIMO. CUENTA CORRIENTE SIN ALCANCE NOVATORIO.—CONSTITUIDA UNA HIPOTECA PARA GARANTIZAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE TRES PRESTAMOS, DE MODO QUE SE PRETENDE SU UNIFICACION MEDIANTE LA UTILIZACION DE UNA CUENTA CORRIENTE CUYO SALDO DETERMINA EL IMPORTE DE LA DEUDA EN CASO DE EJECUCION, QUE PODRA REALIZARSE POR LA VIA DEL ARTICULO 153 LH, NO ES POSIBLE SU INSCRIPCION POR NO RESULTAR EXPRESAMENTE DE LA ESCRITURA EL PLENO ALCANCE NOVATORIO DE LA CUENTA CORRIENTE Y LA PERDIDA DE EXIGIBILIDAD AISLADA DE CADA UNA DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS. CARECE DE VIRTUALIDAD A TAL EFECTO EL PACTO POR EL QUE SE DISPONE QUE EL VENCIMIENTO DE CUALQUIERA DE LAS OBLIGACIONES ASEGURADAS PROVOCARA EL DE LAS RESTANTES —QUE, ADEMAS, SOLO SE INCLUYE A EFECTOS HIPOTECARIOS—. (RESOLUCIÓN DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2000. BOE DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

RESOLUCION de 27 septiembre de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias, doña María Elena Rodríguez Peloché, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de determinadas obligaciones, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias, doña María Elena Rodríguez Peloché, a ins-

cribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de determinadas obligaciones, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El 4 de julio de 1996, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Roberto Blanquer Uberos, bajo número 2.146 de su protocolo, don Ricardo Alfonso Aranzubia Celis y doña Lucrecia Aguilar Garay constituyeron hipoteca de máximo y de seguridad sobre determinadas fincas a favor del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima». Según se expresa en dicha escritura, la hipoteca «asegura el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las Sociedades “El Taller, Sociedad Anónima”, “Exclusivo, Sociedad Limitada”, y “Juvenalia, Sociedad Limitada”, que tengan su origen en los préstamos referidos en los expositivos I, II, y II del presente»; en tales expositivos, don Ricardo Alfonso Aranzubia Celis, como administrador único de cada una de las tres sociedades, manifiesta que éstas tienen concertado con el referido Banco sendos préstamos, por importes de 30, 10 y 6 millones de pesetas, respectivamente, añadiéndose en relación con cada uno de ellos que se ha convenido «a un tipo de interés del diez y medio por ciento anual, documentado en póliza, con intervención de fedatario público, de fecha de hoy, con vencimiento el día 4 de julio del año 2001».

El 31 de octubre de 1996 se otorgó, ante el mismo Notario, escritura de complemento de la anterior, en la que se expresa que la relación de préstamo de cada una de las tres sociedades indicadas, como prestatarias del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», «está viva con normalidad desde su perfección, todos y cada uno de ellos el día 4 de julio del año en curso por la entrega de principal y la suscripción de la respectiva póliza» y se precisa «que dicho día 4 de julio sólo fue firmada una póliza de préstamo por cada una de las sociedades representadas como prestatarias con el prestamista “Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima”»; además se añade que, «A los efectos de la ejecución de la hipoteca, ambas partes convienen la apertura y llevanza de una cuenta corriente en la que serán asientos de cargo el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por falta de pago de alguna, algunas o todas las obligaciones aseguradas en la fecha de su vencimiento el día 4 de julio del año 2001, que es la fecha de vencimiento de cada uno de ellas, común a todas ellas; y también el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por vencimiento anticipado legal o contractualmente procedente de alguna de las obligaciones aseguradas, cuyo vencimiento anticipado provocará, a efectos hipotecarios, el de las demás obligaciones aseguradas. En consecuencia, para proceder a la ejecución, el Banco acreedor hipotecario deberá certificar el saldo de dicha cuenta y proceder con sujeción a lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria».

II. Presentada copia de la escritura de constitución de la hipoteca —acompañada de la escritura que la complementa— en el Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento presentado junto con escritura de subsanación autorizada el 31 de octubre de 1996 por el Notario don Roberto Blanquer Uberos, por concurrir los siguientes defectos: 1.º Por indeterminación de la obligación garantizada, lo que es contrario a los principios de especialidad y accesoriedad de la hipoteca (arts. 1.857, 1.876 y 1.528 del Código Civil, y 9.2, 12 y 104 de la Ley Hipotecaria), pues se constituye una sola hipoteca en garantía de tres obligaciones distintas ya existentes y no una garantía individualizada para cada obligación, en consonancia con el mante-

nimiento de su autonomía jurídica, o bien, una hipoteca en garantía de una única obligación por el saldo de una cuenta resultado de una relación contractual subyacente, por el que las distintas obligaciones sean sustituidas con efecto novatorio, lo que no resulta expresamente de la escritura calificada en la que únicamente se ha pactado la simple reunión contable de diversas operaciones a efectos de la ejecución de la hipoteca (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de diciembre de 1987, 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991 y 11 de enero de 1995). 2.º San Martín de Valdeiglesias, 12 de mayo de 1997». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo exclusivamente contra el primero de los defectos expresados en la nota de calificación y alegó: Que carece de fundamento la alegación de «indeterminación de la obligación garantizada» que sirve de fundamento a la suspensión de la inscripción, pues es indiscutible su precisa e indudable determinación. Que los hipotecantes y el titular de la hipoteca convinieron la constitución de una sola hipoteca por una sola cifra máxima para la seguridad, de manera única y plena, del importe total de los tres préstamos, cada uno a un prestatario diverso; y complementaron la constitución de la hipoteca conviniendo la apertura y llevanza de una cuenta corriente a los efectos de la ejecución de la hipoteca. Que, como dice Roca Sastre, la determinación del *quantum* del gravamen hipotecario, unido a la identificación de las obligaciones garantizadas, es suficiente para satisfacer la exigencia del principio de especialidad, pues a los acreedores hipotecarios posteriores y a los terceros poseedores «lo que interesa no es la cuantía de la deuda sino el importe de la responsabilidad de la finca gravada». Que, como destaca el citado autor, en el caso de estas hipotecas (de seguridad y de máximo), el título constitutivo de la hipoteca no es por sí solo título ejecutivo del derecho garantizado, por lo que el título ejecutivo se formará ulteriormente, como ocurre en el caso que nos ocupa, pues el título ejecutivo resultará de la acumulación de las pólizas intervenidas una vez vencidas a la escritura de constitución de la hipoteca. Que, como afirma el propio Roca Sastre, el artículo 245 del Reglamento Hipotecario «ha subvenido sólo en parte a la necesidad de establecer un medio adecuado de determinación del débito resultante en definitiva en estas hipotecas de máximo, que permita utilizar el procedimiento judicial sumario»; cuya norma, referida a operaciones crediticias en general, comprende además de los créditos (apertura de crédito) en sentido estricto a los préstamos bancarios, según los criterios sistemáticos y clasificatorios de la moderna doctrina privada, civilista y mercantilista. Que la circunstancia de que el título de constitución de la hipoteca no reúna las condiciones propias del título ejecutivo no es motivo para suspender su inscripción e impedir el nacimiento del gravamen hipotecario, del cual puede seguirse en su día la prelación hipotecaria una vez que haya surgido el título ejecutivo o cuando éste acompañe al de constitución de la hipoteca. Que no debe confundirse, como confunde la nota de calificación, el momento de constitución de la hipoteca con el momento de la ejecución hipotecaria; así como en el caso de la hipoteca ordinaria o de tráfico el título constitutivo es a la vez título ejecutivo, en el caso de la hipoteca de máximo o de seguridad, el título constitutivo no es, de ordinario, título ejecutivo, sin perjuicio del valor que tiene el «título complejo» resultante de la acumulación del título crediticio idóneo para despachar la ejecución y del título hipotecario justificación de la prelación hipotecaria en beneficio de aquél; por ello, por la vía del artículo 245 del Reglamento Hipotecario y la

utilización de lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, se complementa el título constitutivo (no ejecutivo) con la certificación notificada y no contradicha para disponer de título hipotecario con fuerza ejecutiva; y aunque no se recurriera a lo previsto en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario la constitución de la hipoteca, cumplido el principio de especialidad de acuerdo con lo previsto para la hipoteca de máximo, o de seguridad, debe procederse a la inscripción de la hipoteca, sin perjuicio de cumplir en su día lo procedente para el ejercicio de la ejecución de la obligación garantizada por el procedimiento judicial procedente. Que en el caso de este recurso, además, según el título constitutivo que quedó complementado al amparo del artículo 245 del Reglamento Hipotecario se conviene la apertura y llevanza de una cuenta corriente «a los efectos de ejecución de la hipoteca», lo cual determina que la remesa de préstamo vencido y anotado en la cuenta supone un cambio sustancial de su carácter, pues pierde su autonomía como deuda por causa de un crédito nacido de un préstamo y se convierte en un crédito hipotecario para su ejercicio por acción de tal carácter por el procedimiento sumario regulado en la Ley Hipotecaria. Que de las Resoluciones citadas en la nota de calificación, las de fecha 23 de diciembre de 1987, 26 de noviembre de 1990 y 3 de octubre de 1995 —«sic»— se plantearon la distinción entre la mera o simple llevanza de una cuenta que supone una reunión contable de diversas operaciones y la cuenta convenida como instrumento contable de una relación contractual; y precisamente, en las escrituras calificadas que motivan este recurso la cuenta se conviene «a los efectos de ejecución de la hipoteca», o sea, como instrumento para producir los efectos singulares de una relación con trascendencia real de hipoteca sobre la relación nacida de unos contratos perfectamente definidos e identificados, cuyos efectos hipotecarios no concurrían en los supuestos que motivaron dichas resoluciones; y la Resolución de 11 de enero de 1995 resulta especialmente interesante en cuanto aprecia en el saldo de la cuenta a que se refiere el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, el cauce novatorio de las obligaciones que tenían exigibilidad aislada antes de su asiento en la cuenta, siendo éste el alcance de la cuenta establecida en la escritura de complemento a los efectos de la ejecución de la hipoteca. Que, de cuanto antecede, resulta que la escritura de hipoteca de máximo es inscribible por sí sola en cuanto suficiente para constituir la garantía hipotecaria a favor de crédito determinado, y tal eficacia no resulta mermada porque al tiempo de su constitución careciese de las cualidades materiales que deben adornar al título ejecutivo (por ello la ejecución, en su caso, sólo podría despacharse por el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil); una vez autorizada la escritura complementaria, compuesta para satisfacer reservas manifestadas por la señora Registradora, se abría a la referida escritura constitutiva la posibilidad de llegar a tener el carácter de título ejecutivo hábil para iniciar el procedimiento sumario establecido en la legislación hipotecaria previo el cumplimiento de lo previsto en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento; pero en ambos supuestos, las obligaciones garantizadas, las deudas nacidas del posible y eventual incumplimiento de la restitución de los préstamos documentados en sendas pólizas, estaban debida y suficientemente identificadas.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que la hipoteca que se constituye en la escritura calificada asegura el cumplimiento de tres obligaciones distintas, que en el momento del otorgamiento ya existen, y que tienen contraídas tres deudores con el mismo acreedor. Que el

carácter accesorio de la hipoteca (arts. 1.857, 1.876 y 1.528 del Código Civil, y 9.2, 12 y 104 de la Ley Hipotecaria) implica el que cada obligación que se pretende garantizar lo haya de ser separadamente (Resolución de 23 de diciembre de 1987), y, si bien la misma Dirección General, en Resolución de 31 de octubre de 1978, admite la posibilidad de hipoteca única en garantía de varias obligaciones independientes, como son varias letras de cambio, en la más reciente Resolución de 18 de diciembre de 1996, para el mismo caso resuelto, contempla el supuesto no como una hipoteca única sino como la constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados, de manera que se impone la especificación de la concreta finca o fincas que se afectan hipotecariamente a la cobertura de cada cambial. Que en los supuestos de los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria parece que es posible una sola hipoteca, pero aunque, en realidad, estamos ante obligaciones independientes, existe una uniformidad y conexión original de las mismas, tanto en su causa como en el importe, periodicidad de vencimiento, etc., que nos sitúa más ante un crédito único que se fracciona que ante créditos totalmente distintos, estableciendo el artículo 155.2 de la Ley Hipotecaria un sistema ejecutivo correspondiente no a una hipoteca sino a varias simultáneas del mismo rango; y las Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991 y 11 de enero de 1995 reiteran que la accesoriidad de la hipoteca implica la necesaria existencia de una obligación determinada que sea la garantizada. Que en la nota no se ha cuestionado la posibilidad de que puedan garantizarse obligaciones futuras o condicionales mediante la constitución de hipotecas de máximo, pero, si son distintas las obligaciones, habrá que constituir tantas hipotecas como obligaciones a las que puede atribuirse rango simultáneo (cfr. art. 227 del Reglamento Hipotecario), o bien unificar la totalidad de las obligaciones en una única y nueva obligación futura que será la garantizada, pero no mediante una mera reunión contable de créditos que conserven su individualidad y exigibilidad separada, sino que esta reunión deberá ser el resultado de una relación contractual subyacente que las unifique con efectos jurídicos y no sólo económicos o contables (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 11 de enero de 1995). Que en la escritura calificada se dispone que la hipoteca asegura el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las sociedades deudoras que tengan su origen en los préstamos referidos, préstamos que se ajustarán, según se dispone, a los pactos y cláusulas establecidos para cada uno de ellos —en particular, forma de pago y plazo de vencimiento—, pactándose en escritura complementaria que, a efectos de ejecución de la hipoteca, se conviene la apertura de una cuenta de crédito en la que se previenen únicamente los asientos referidos en dicha escritura; de modo que parece haberse convenido la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito que, según la reciente doctrina de la Dirección General, carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente; ese saldo representará sólo la posición global acreedora y deudora de cada parte y su realización únicamente procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados, y la necesidad de determinación de la obligación asegurada exige que de la escritura resulte claramente que la hipoteca se constituye para garantizar hasta un

máximo una obligación por el saldo de la cuenta en la que los débitos cargados se extinguen por novación de los mismos siendo sustituidos por los cargos de la cuenta cuyo saldo, al tiempo del cierre, sería la única obligación exigible.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota de la Registradora, por considerar que la constitución de la hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras o condicionales exige que se constituyan tantas hipotecas cuantas obligaciones, o bien la unificación de la totalidad de las obligaciones en una única obligación futura, mediante una relación contractual subyacente de apertura de crédito o de cuenta corriente, y no por medio de una mera reunión contable de diversas operaciones de crédito, que conserven su individualidad y exigibilidad, como sucede en la escritura cuya inscripción ha sido suspendida.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial ratificando los argumentos del escrito de interposición de recurso a que se remite y tiene por reiterado.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.204 y 1.857 del Código Civil; 9.2.º, 12, 104, 131.6.ª, párrafo segundo, 135, párrafo tercero, y 153 de la Ley Hipotecaria; 51.6.ª y 245 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 31 de octubre de 1978, 18 de octubre de 1979, 23 de diciembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994, 11 de enero de 1995, 6 de junio y 24 de julio de 1998 y 7 de junio, 27 de julio y 6 de noviembre de 1999.

1. De la escritura calificada resulta que se constituye una hipoteca de máximo y de seguridad en garantía del cumplimiento de las obligaciones nacidas de sendos préstamos concertados entre el Banco y tres sociedades, cada uno de los cuales se ha convenido «a un tipo de interés del 10,6 por 100 anual, documentado en póliza, con intervención de fedatario público, de fecha de hoy, con vencimiento el día 4 de julio del año 2001», habiéndose firmado una póliza por cada una de las sociedades prestamistas y añadiéndose que «A los efectos de la ejecución de la hipoteca, ambas partes convienen la apertura y llevanza de una cuenta corriente en la que serán asientos de cargo el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por falta de pago de alguna, algunas o todas las obligaciones aseguradas en la fecha de su vencimiento el día 4 de julio del año 2001, que es la fecha de vencimiento de cada uno de ellas, común a todas ellas; y también el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por vencimiento anticipado legal o contractualmente procedente de alguna de las obligaciones aseguradas, cuyo vencimiento anticipado provocará, a efectos hipotecarios, el de las demás obligaciones aseguradas. En consecuencia, para proceder a la ejecución, el Banco acreedor hipotecario deberá certificar el saldo de dicha cuenta y proceder con sujeción a lo previsto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria».

2. La Registradora suspende la inscripción de la hipoteca constituida porque, a su juicio, se vulnera el principio de especialidad, al resultar indeterminada la obligación que se pretende garantizar, pues se constituye una sola hipoteca en garantía de tres obligaciones distintas ya existentes, y no una garantía individualizada para cada obligación (en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica) ni una hipoteca en garantía de una única obligación por el resultado de una cuenta, resultado de una relación contractual subyacente, por el que las distintas obligaciones sean sustituidas con efecto novatorio, mientras que en la escritura calificada únicamente se ha

pactado la simple reunión contable de diversas operaciones a efectos de la ejecución de la hipoteca.

3. Es cierto que, según la doctrina de esta Dirección General, el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca «flotante», en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor.

En el presente supuesto la relación jurídica básica de la que deriva la obligación que se pretende asegurar está, en principio, perfectamente identificada al tiempo de la constitución de la hipoteca, con suficiente determinación de los elementos esenciales de la relación obligatoria a los efectos de tal gravamen. No obstante, al asegurarse las obligaciones que nacen de tres préstamos convenidos por una misma entidad de crédito con sendas sociedades —por cierto, representadas por uno de los hipotecantes— y aunque se pacta que el vencimiento de cualquiera de las obligaciones provocará el de las restantes, de modo que se pretende unificarlas mediante la cuenta corriente cuyo saldo determina el importe de la deuda que en caso de ejecución de la hipoteca se podrá reclamar, según el pacto que contiene la escritura calificada de sujeción a lo establecido por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, lo cierto es que del título presentado no resulta que tal unificación sea suficiente, a la luz de la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. por todas, las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998 y 7 de junio y 27 de julio de 1999), toda vez que el mero pacto por el que se dispone que el vencimiento de una de las obligaciones implique el de las restantes —que, por lo demás, sólo se incluye «a efectos hipotecarios»— carece de virtualidad para que, desde entonces, pierdan aquellas su exigibilidad aislada y sean sustituidas con pleno alcance novatorio por una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar el auto apelado en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 27 de septiembre de 2000.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

Una vez más, el principio de especialidad o determinación registral aparece como uno de los pilares básicos de nuestro sistema hipotecario, y así se pone de relieve en esta Resolución del Centro Directivo.

El problema de fondo es la posibilidad de garantizar con una sola hipoteca de máximo tres obligaciones distintas. En principio, si esto fuera así, la respuesta negativa sería prácticamente inmediata, ya que el principio de especialidad exige que cada obligación quede garantizada con una hipoteca, lo que haría imposible una respuesta afirmativa al problema planteado.

No obstante, se discute en este caso si la reunión contable de las distintas obligaciones que aquí aparecen constituye una novación de las mismas en una nueva y distinta obligación (única) para la que sería perfectamente admisible su aseguramiento con la hipoteca de seguridad y máximo que aquí se describe, ya que, llegado el momento de la determinación de la obligación garantizada, ésta se cumple al tratarse ya de una sola obligación y perfectamente determinada en su cantidad y plazos por el saldo resultante de la cuenta de crédito. Pero, por el contrario, también se puede mantener (como hace el Registrador) que esa simple reunión contable de obligaciones no puede considerarse en ningún caso como operativa de la novación pretendida, permaneciendo por tanto, tres obligaciones distintas, haciéndose imposible, entonces, establecer una garantía única para las mismas, no ya por la propia indeterminación de las obligaciones que se pretenden garantizar con la hipoteca de máximo, sino por la imposibilidad de garantizar tres obligaciones distintas con el mismo derecho real de hipoteca.

El principio de especialidad registral consiste en que queden perfectamente determinados todos los elementos de la relación jurídica registral. También, por lo tanto, la obligación garantizada con hipoteca, consecuencia de la accesoriedad de la hipoteca, ya que ésta nace para el aseguramiento de una determinada obligación, cuya presencia, en principio, se hace absolutamente necesaria, y como se desprende de los artículos 1.857 y 1.876 del Código Civil y 104 LH. Confirman este hecho, asimismo, los artículos 144 LH y 240 RH, al establecer que todo lo que afecte a esa obligación asegurada influirá de alguna forma en la hipoteca y deberá, en consecuencia, hacerse constar en el folio registral.

La Dirección General ha insistido en la necesidad de determinar la obligación garantizada en muchas ocasiones; sirvan como ejemplo las siguientes Resoluciones: 4 de julio de 1984, 22 de marzo de 1988, 26 de mayo de 1986, 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 21 de diciembre de 1990, que ponen de manifiesto la importancia de determinar la obligación.

Pero, de todos es conocido que también se admite una cierta indeterminación inicial de la obligación, si puede ser determinada posteriormente (generalmente en el momento de la ejecución), eso sí, cuando en el momento de la constitución de la hipoteca ya existan ciertos parámetros que ayuden a esa determinabilidad. Estas hipotecas, llamadas de seguridad, probablemente tengan uno de sus ejemplos más controvertidos en las hipotecas de máximo que se establecen en favor de una obligación de cuantía indeterminada en el momento de la constitución, pero determinable posteriormente. Y dentro de ellas, en la práctica ha sido muy frecuente el utilizar este tipo de garantía para cubrir bajo la misma una serie de obligaciones, a veces muy distintas, otras simplemente indeterminadas hasta la elección del acreedor (que concreta cuál

de todas las obligaciones pretendidamente amparadas por la hipoteca va a ser la que realmente queda asegurada por la misma). A este tipo de hipoteca, de clara influencia germánica, la doctrina ha considerado denominarla «hipoteca flotante» o «hipoteca sumidero», reflejando con su nombre la idea de que bajo la misma (con un máximo establecido de responsabilidad hipotecaria) se aseguran o garantizan en el inicio «una pluralidad de obligaciones», que solo posteriormente se concretarán o determinarán en una obligación cuya cuantía es generalmente el saldo resultante en la cuenta corriente que se estableció con el acreedor. Pues bien, esta figura de hipoteca «flotante» ha sido generalmente rechazada por la Dirección General por contravenir el principio de especialidad o determinación al no concretarse exactamente las obligaciones garantizadas y quedar indeterminadas tanto en su futura existencia como en cuanto a su fuente y causa, además de dejarse al arbitrio del acreedor hipotecario su concreción. Véase en este sentido, entre otras, las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994, 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998, 7 de junio de 1999 y 27 de julio de 1999.

Sin embargo, en este caso, aunque en principio estamos ante una hipoteca de máximo que pretende englobar, cubrir, con la misma garantía hipotecaria, varias obligaciones distintas, que se concretarán en el momento de la ejecución en una determinada por el saldo resultante de la cuenta corriente (¿podría ser, entonces, una hipoteca sumidero o «flotante»?), desde mi punto de vista no se puede catalogar a la misma como una hipoteca «flotante» en sentido estricto, de las descritas en el párrafo anterior, pues a diferencia de los casos contemplados en las resoluciones citadas, aquí, desde el inicio y constitución de la hipoteca, las tres obligaciones que se aseguran existen y están perfectamente determinadas, lo que en principio les separa de ese tipo de hipoteca «flotante» en sentido estricto, que, a mi modo de ver, implica *ab initio* la existencia futura o indeterminada de las obligaciones que van a garantizarse con hipoteca, aunque comparte otro de sus rasgos, como es el incluir varias y distintas obligaciones bajo la misma responsabilidad hipotecaria (¿hipoteca «flotante» en sentido amplio?).

No obstante, el problema que se plantea sigue siendo la infracción del principio de especialidad, no ya en cuanto a que una pluralidad de obligaciones indeterminadas o futuras sin conexión causal se garanticen con una misma hipoteca («flotante»), sino debido al hecho de que tres obligaciones distintas y perfectamente determinadas (y ya nacidas) se engloban bajo una misma hipoteca. Al ser las obligaciones que aparecen descritas en la escritura distintas, con deudores distintos, no podemos considerarlas como clases de operaciones a que van referidas las distintas partidas de la cuenta corriente, que sirven para perfilar la que será la obligación resultante garantizada, y por tanto integrantes todas ellas como distintas operaciones de la misma obligación, sino que al ser obligaciones distintas, no pueden asegurarse con la misma hipoteca, sólo podría ser en el caso de que realmente se produjera una novación de las mismas en una nueva y única que las englobara con respecto a sus importes.

A mi modo de ver se contradice el tradicional axioma hipotecario de 1 obligación = 1 hipoteca, tantas veces consagrado y confirmado por nuestra jurisprudencia, basándose, precisamente, en el principio de accesoriedad. En este caso, lo normal sería que al existir tres obligaciones perfectamente constituidas y diferenciadas (sin tener la misma causa generatriz), estuvieran aseguradas con tres hipotecas respectivas.

Confirma esta idea REY PORTOLÉS (1) que admite como regla general la ecuación de un crédito —una hipoteca—, aunque reconoce, como también se afirma en esta Resolución, que cabe excepcionar a esta regla general y por razones prácticas las hipotecas en garantía de títulos valores (nominativos, a la orden, o al portador).

El recurrente, aún y todo, mantiene la validez de su hipoteca y la no contravención del principio de especialidad, al decir que se trata de una hipoteca en garantía de una nueva obligación resultante de las tres obligaciones preexistentes que se reúnen, funden (¿novan?) en esa nueva y definitiva obligación (cantidad resultante del saldo de la cuenta corriente de crédito) en el momento de la ejecución, tal y como corresponde con una hipoteca de máximo normal.

Hasta aquí tampoco tendría ninguna objeción que hacer si realmente hubiera una verdadera reunión de las tres obligaciones (sin interconexión causal) en una nueva, única y exigible. Pero el problema que veo que subyace es que la simple reunión contable de esas obligaciones no constituye el cauce adecuado para la modificación de las mismas en una nueva obligación. Por lo tanto, siguen existiendo tres obligaciones, luego debe haber tres hipotecas. Sólo la novación en una nueva admitiría una sola hipoteca como pretende el recurrente.

La DGRN ha puesto, en repetidas ocasiones, de manifiesto que no es suficiente «la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente; ese saldo representará únicamente la posición global acreedora o de deudora de cada parte y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio; no procederá, por tanto, la cobertura hipotecaria de ese saldo sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan» (Resolución de 27 de julio de 1999) (2).

REY PORTOLÉS (3) lanza el interrogante de por qué no va a ser posible un gravamen en garantía de una obligación futura que surja por refundición (novación en ella) de un cúmulo de obligaciones bien perfiladas (en cuanto a sus sujetos y causas); luego, entiendo que se admite esa posibilidad si existe esa verdadera refundición o novación, pero la misma queda cuestionada si este hecho no se produce, o si las obligaciones no están perfiladas en cuanto a su causa y sujetos.

Sólo con una verdadera novación podríamos admitir el supuesto que aquí se menciona, pero creo que ésta no opera en el supuesto contemplado en la

(1) Véase REY PORTOLÉS, J. M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pág. 272.

(2) En el mismo sentido, afirmando la falta de virtualidad de la reunión contable de varias operaciones para provocar el nacimiento de una nueva, encontramos las Resoluciones de la DGRN de 23 de diciembre de 1987, 6 de junio de 1998 y 7 de junio de 1999.

(3) Véase REY PORTOLÉS, J. M., «Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo», *ob. cit.*, pág. 273.

Resolución. La novación extintiva como medio de extinción de obligaciones exige siempre la existencia del *animus novandi*, que no es sino la intención de extinguir una obligación y la correlativa de crear una nueva que la sustituye; y esta intención o voluntad debe ser clara y manifiesta, y por regla general habrá de manifestarse de forma expresa, mediante una declaración determinante al efecto, que constituye el acuerdo novatorio (4), y como se deduce del propio artículo 1.204 del Código Civil, y corrobora, por ejemplo, y en un caso similar a éste, la Resolución de 23 de diciembre de 1987, y, en general, las STS de 22 de marzo de 1994, 28 de mayo y 23 de julio de 1996. En el supuesto de hecho que da lugar a la Resolución que aquí se comenta, desde luego no encontramos esa declaración de voluntad expresa de llevar a cabo la novación de las primeras obligaciones garantizadas en esa nueva y única obligación al parecer resultante, sino sólo la indicación de que «a efectos de la ejecución de la hipoteca, ambas partes convienen la apertura y llevanza de una cuenta corriente en la que serán asientos de cargo el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por falta de pago de alguna, algunas o todas las obligaciones aseguradas en la fecha de su vencimiento el día 4 de julio del año 2001, que es la fecha de vencimiento de cada una de ellas, común a todas ellas; y también el derecho de crédito del Banco vencido, líquido y exigible por vencimiento anticipado legal o contractualmente procedente de alguna de las obligaciones aseguradas, cuyo vencimiento anticipado provocará, a efectos hipotecarios, el de las demás obligaciones aseguradas», sin que de estas palabras, y por la apertura de una nueva cuenta de crédito que reúna, en cierto modo, las obligaciones anteriores, y se pacte el vencimiento común de todas ellas, se pueda deducir la intención novatoria de aquéllas en ésta, perdiendo su propia virtualidad y eficacia.

Todo esto me conduce a afirmar, de acuerdo con la DGRN, que no ha existido tal novación y que la simple reunión contable de las obligaciones no tiene efectos novatorios, luego siguen existiendo tres obligaciones distintas que se pretenden garantizar con una misma hipoteca.

Y repito, no es que no me parezca admisible una figura de hipoteca futura en garantía de una sola obligación, resultado de novar otras anteriores que se unen para formar esta nueva (si queremos cierto tipo de hipoteca «flotante», que —para qué engañarnos— en la práctica puede ser muy útil), sino que si no hay verdadera novación, no me parece admisible esta figura que se discute, pero no por la figura en sí, si no porque no se cumple el presupuesto necesario de la unidad y autonomía de la obligación, al no tener dicha eficacia la reunión contable de las anteriores, debiéndose practicar, entonces, tres inscripciones distintas (de los tres créditos hipotecarios), que si luego se novaran en una sola habría que seguir los pasos establecidos por el 240 RH: cancelación de las inscripciones anteriores y práctica de la inscripción de la nueva obligación si estuviera garantizada con hipoteca.

De este modo, comparto la opinión de REY PORTOLÉS que antes he expuesto, sí podría existir esa hipoteca futura en garantía de una obligación resultante de novar otras anteriores, pero no si tal novación no se consuma, y como en este caso no ocurre, encuentro adecuada la opinión que defiende la DGRN de

(4) En este sentido, véase Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 798; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1.º, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 313.

mantener la imposibilidad de practicar la inscripción solicitada al tratarse de una hipoteca en garantía de tres obligaciones distintas.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. SUBROGACION DE ACREEDOR. CANTIDAD ADICIONAL PRESTADA PARA PAGO DE INTERESES AL ANTERIOR ACREEDOR.—EL CARACTER RESTRICTIVO QUE HA DE DARSE A LA SUBROGACION DE UN NUEVO ACREEDOR EN UN PRESTAMO HIPOTECARIO PREEXISTENTE OBLIGA A ENTENDER QUE, AUN CUANDO PARA QUE TENGA LUGAR LA SUBROGACION, EL NUEVO ACREEDOR TENGA QUE SATISFACER NO SOLO EL CAPITAL PENDIENTE DE AMORTIZAR, SINO TAMBIEN LOS INTERESES DEVENGADOS Y NO SATISFECHOS Y LA COMISION PACTADA PARA ESTE CASO, LA SUBROGACION SE LIMITARA AL IMPORTE PENDIENTE DEL CAPITAL. ESTA APRECIACION, NO OBSTANTE, HABRA DE TENERSE EN CUENTA EN EL FUTURO DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO DE HIPOTECA, PERO NO IMPIDE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA SUBROGACION SI SE HAN CUMPLIDO LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE TENGA LUGAR. (RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 2001. BOE DE 28 DE MARZO DE 2001.)

RESOLUCION de 21 de febrero de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid, número 5, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Mar Abril Vega, en nombre de «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid, número 5, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El 21 de febrero de 1996, mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Fernando Calderón Estevez, la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria concedió un préstamo a don P. H. R. y doña A. A. H., los cuales constituyeron hipoteca sobre una finca urbana de su propiedad en garantía de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses de tres años al tipo máximo de 9,25 por 100, que ascienden a la suma de tres millones novecientas noventa y seis mil pesetas y de la cantidad de dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos.

El 17 de mayo de 1997, ante el Notario de Valladolid, don Mariano Jesús Mateo Martínez, fue otorgada escritura pública en la que el Banco Zaragozano concedió a los anteriores prestatarios y dueños de la finca hipotecada, un préstamo al tipo de interés inicial de 4,5 por 100, de catorce millones trescientas mil novecientas ocho pesetas para pagar la cantidad adeudada por el préstamo anterior, y respecto a éste los deudores subrogaron a dicha entidad en la posición jurídica de la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado

el precedente documento con fecha 6 de junio de 1997, bajo el asiento 138 del diario 15, retirado por el presentante y reportado nuevamente a esta oficina con fecha 19 de junio último, solicitando se extienda nota de calificación, se procede a ello y se deniega la inscripción solicitada por observarse los siguientes defectos: 1) No constar del importe total de la deuda pendiente qué cantidad corresponde a principal, cuál a intereses y cuál a comisiones, de conformidad con el principio de especialidad. Defecto subsanable. 2) No ser correcto a efectos del derecho real de hipoteca y de la subrogación que se operan, que el nuevo tipo de interés se aplique a la total cantidad prestada por el Banco Zaragozano, S. A., a los deudores, cuya cantidad engloba capital, intereses y comisiones, pendientes por razón del préstamo subrogado, ni que las nuevas cuotas sean calculadas teniendo en cuenta el total de la referida cantidad prestada, pues ello implica que pasan a quedar garantizados con la hipoteca, en concepto de principal, no sólo cantidades —intereses— que si bien antes estaban garantizados, lo estaban con cargo a la cantidad prevista para tal concepto, sino incluso cantidades —comisiones— que antes ni siquiera estaban garantizados con la hipoteca, con vulneración de los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipoteca, y de la normativa que rige en materia de concurrencia y prelación de créditos. Defecto insubsanable por lo que no procede tomar anotación preventiva de suspensión. Contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses, a contar desde su fecha, y en apelación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Se hace constar que la vivienda que se describe en el precedente documento figura inscrita en construcción, y que la finca que en el mismo se comprende no tiene asignada en el Registro cuota alguna en relación con el valor total de la manzana y elementos comunes. Por último, se hace constar que dicha finca se encuentra afecta a cargas no consignadas en el precedente documento, algunas de las cuales se pueden cancelar en los términos del artículo 353 del Reglamento Hipotecario. Valladolid, 30 de junio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Mar Abril Vega, en representación del «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1. Que el defecto señalado en el apartado primero de la nota de calificación se ha subsanado mediante diligencia en la propia escritura en la que se hace constar que de la cantidad prestada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», corresponden catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientos ochenta y nueve pesetas a capital, setenta y nueve mil treinta y cuatro a intereses, y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas a comisión de cancelación. 2. Que, como se indica en la escritura calificada, el importe del préstamo fue destinado a pagar la deuda mantenida con Caja de Salamanca y Soria por los conceptos a cuya devolución se había obligado la parte prestataria, quedando ingresado el importe en la entidad acreedora, que no ha impugnado el pago, de modo que entre las partes está bien realizada y ha surtido todos sus efectos. 3. Que, no obstante, la Registradora es contraria a la corrección de la subrogación, ya que entiende que existen los siguientes defectos de carácter insubsanable, los cuales son: a) no resultar aplicable el nuevo tipo de interés a la totalidad de la cantidad prestada, y b) que la cuota se calcule en relación con la totalidad del préstamo concedido para la subrogación, porque ello

supondría pasar a garantizar con la hipoteca, con cargo a principal, conceptos antes no garantizados. Que estos defectos traslucen una concepción parciaria de la operación, de modo que sólo cabe efectuar la subrogación respecto del capital en sentido estricto pendiente de reintegro, en tanto que el pago de intereses y comisiones se debe realizar, bien mediante ingreso del propio deudor, bien mediante otra financiación de carácter personal que concede el Banco que se subroga. 4. Que dicha operación se concede al amparo de la Ley 2/94 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Que la actuación de la Registradora está en contra de la Exposición de Motivos de la referida ley, ya que su postura, al obligar al deudor a solucionar la deuda por intereses y comisiones por una vía al margen de la subrogación, imposibilita o dificulta el ejercicio de la potestad subrogatoria que el artículo 2 de la misma ley pretende facilitar, estableciendo los requisitos de la subrogación tuteladores del interés de la parte más débil, el deudor hipotecario. 5. Que conforme a lo que dice el artículo 1, apartado 1 de la Ley 2/94, la subrogación supone la concesión de un préstamo por otra entidad para pagar la deuda y no para pagar el capital o algún concepto específico de la misma. En definitiva, es un trasunto del artículo 1.211 del Código Civil. Por otro lado, el artículo 1.173 de dicho texto legal dispone que si la deuda produce interés no podrá estimarse hecho el pago mientras no estén cubiertos los intereses. Por ello, siendo evidente que la deuda produce interés, si el préstamo que hubiera dado el Banco Zaragozano no englobara a los intereses pendientes de pago, se aplicaría necesariamente, por disposición del artículo 1.173 del Código Civil, en primer lugar, al pago de los intereses, y quedaría sin cubrir una parte del principal, por lo que es imposible la interpretación de la Registradora. 6. Que como la Ley establece que para que tenga lugar la subrogación se concede un nuevo préstamo, resulta evidente que dicho nuevo préstamo que contiene la totalidad de conceptos que componen la deuda, poseerá un interés que se aplicará sobre un total importe y no resulta lógico que un préstamo tenga un interés en cuanto a una parte de su importe y no respecto de otra (art. 2, párrafo 2 de la Ley 2/94). Que la devolución del préstamo, por el sistema de cuotas constantes, tendrá que referirse a la totalidad de su principal, que como la propia Ley ha definido contiene la totalidad de los conceptos adeudados. Que, de otro modo, habría de establecerse un sistema de amortización de cuotas comprensivas solamente de capital y el resto del mismo debería reintegrarse por otra vía. Que de lo dicho resulta claro que no se produce una variación como la que indica la señora Registradora, pues se ha producido una novación de la operación primitiva, autorizada por la Ley, en la que se está ante un nuevo préstamo con un principal que es objeto del sistema de amortización por cuotas y que se haya garantizado con la hipoteca que se subroga. 7. Que se puede afirmar que no existe una modificación respecto a terceros del límite y conceptos garantizados por la hipoteca dado que, a efectos hipotecarios, el principal del nuevo préstamo no puede quedar garantizado con la hipoteca ya inscrita por un importe mayor que el del principal del préstamo que está garantizado. Lo mismo sucede respecto a los intereses que se devenguen al nuevo e inferior tipo. Que en cuanto a la comisión de cancelación anticipada, la entidad que se subroga no podrá hacer valer su derecho de cobrar la misma si llegase a devengarse con el bien hipotecado, si tal concepto no se garantizó con el primitivo préstamo hipotecario. Que desde la concepción de subrogación que se ha expuesto, no se vulneran los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipote-

ca. 8. Que el artículo 5 de la Ley 3/94 establece el modo de que la subrogación realizada por la nueva entidad acreedora tenga efectos frente a terceros. Para ello se requiere que se cumpla lo establecido en el artículo 2 de la citada Ley 2/94, cuyo cumplimiento se ha justificado. 9. Que el formalismo de la calificación registral está causando un serio perjuicio a la recurrente, dado que, por el carácter constitutivo de la hipoteca, está en el aire la garantía real, a pesar de que tanto la entidad subrogada como el prestatario han consolidado su posición. Que esta situación de pendencia puede ocasionar la pérdida de la garantía real en el supuesto de que un tercero inscribiera o anotara su derecho sin estar inscrita la subrogación.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó en lo referente al apartado segundo de la calificación, que es el único que se recurre, pues el defecto primero ha sido subsanado. Que si el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León o la Dirección General de los Registros y del Notariado, estimase que no hay lugar al defecto alegado, se procedería a inscribir la escritura sin pérdida de garantía real o de rango, con independencia de los asientos que se hubieran practicado con posterioridad, pues ello es lo que pretende la Ley 2/94, de novación y subrogación de préstamos hipotecarios. Que en el derecho hipotecario español rige el principio de especialidad, como han puesto de relieve las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1953 y 27 de julio de 1987. Que el criterio seguido por las citadas Resoluciones y la subsistencia del principio de especialidad, en nada se ha visto alterado por la Ley de novación y subrogación de préstamos hipotecarios, y así lo ha establecido en el artículo 4 de la citada Ley. En consecuencia, para nada se puede aumentar el principal pendiente de amortizar por razón del préstamo hipotecario en el que se subroga el nuevo acreedor hipotecario y, por lo tanto, dicho principal pendiente no se puede aumentar con los intereses pendientes por razón del primitivo préstamo hipotecario, pues ello implicaría una capitalización de los intereses, supuesto que la Dirección General viene rechazando reiteradamente a efectos del derecho real de hipoteca desde la Resolución de 20 de mayo de 1987. Que en el caso que se contempla, por razón del préstamo hipotecario en el que el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» pretende subrogarse, la finca quedó respondiendo de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses remuneratorios de tres años calculados al tipo máximo del 9,25 por 100, que importan tres millones novecientas noventa y seis mil pesetas y dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos, sin que quedara fijada cantidad alguna para garantizar posibles comisiones. Si ahora el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» se subroga en dicho crédito hipotecario, tendrá que respetar las cantidades por las que quedó respondiendo la finca, sin alterar para nada el contenido de la escritura de constitución y únicamente con arreglo al artículo 4 de la Ley 2/1994 podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, las cuales deberá aplicar única y exclusivamente al capital pendiente de amortizar por razón del préstamo hipotecario en que se subroga, y que no podrá aplicar a las cantidades que haya pagado por intereses o comisiones, pues entonces se estaría produciendo un aumento del principal, inicialmente garantizado y una ampliación de la garantía hipotecaria. Que en el caso presente, el principal pendiente por razón del préstamo subrogado asciende a catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientas treinta y nueve pesetas, y el Banco Zaragozano pretende que el importe del préstamo por el concedido que asciende a catorce millones trescientas cincuenta y ocho mil no-

vecientas ocho pesetas, de las cuales setenta y nueve mil treinta y cuatro pesetas corresponden a intereses y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas, a comisiones de cancelación, quede garantizado con el primitivo préstamo hipotecario y con cargo a la cifra prevista para principal. Ello no es posible, lo impide el principio de especialidad y accesoriedad que rige en materia de hipotecas y las normas sobre concurrencia o prelación de créditos, ya que los acreedores posteriores se verían perjudicados al haber sido aumentado el principal del crédito garantizado con la hipoteca. Que, por otra parte, conforme al artículo 1.212 del Código Civil, la subrogación transfiera al subrogado el mismo crédito y no un crédito distinto. Que, en este sentido, se cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1988. Que, en consecuencia, no puede verse aumentado el principal pendiente ni aplicar el nuevo tipo de interés a conceptos tales como intereses o comisiones a los que antes no les aplicaba.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León confirmó la nota de la Registradora, fundándose en el informe de ésta.

VI. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que mediante la escritura de subrogación, cuya inscripción se deniega, no se alteran en absoluto las cantidades por las que queda respondiendo con hipoteca la finca en concepto de principal, intereses y costas; 2.º Que los artículos 2 de la Ley 2/1994 y 1.211 del Código Civil, en el que dicha Ley se fundamenta, expresamente se refiere a una única deuda (derivada del préstamo hipotecario en su conjunto) y una cantidad prestada al deudor para el pago de aquella deuda. 3.º Que el importe prestado por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» para el pago de la deuda correspondiente al préstamo en el que se ha subrogado es de 14.358.908 pesetas, cantidad que es inferior al principal garantizado con la hipoteca constituida e inscrita en el Registro, que es de 14.400.000 pesetas.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; los artículos 1.211 y 1.212 del Código Civil, y las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995.

1. En el presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

1.ª Mediante escritura autorizada el 21 de febrero de 1996, se constituyó una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, por el que la finca hipotecada quedó respondiendo de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses de tres años al tipo máximo del 9,25 por 100, que ascienden a la suma de tres millones novecientos noventa y seis mil pesetas, y de la cantidad de dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos.

2.ª Según la escritura calificada, otorgada el 17 de marzo de 1997, el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», concedió a los anteriores prestatarios y dueños de la finca hipotecada, un préstamo (al tipo de interés inicial del 4,5 por 100) de catorce millones trescientas mil novecientos ocho pesetas para pagar la cantidad adeudada por el préstamo anterior, y respecto de éste los deudores subrogaron a dicha entidad en la posición jurídica de la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria. Mediante diligencia extendida en la escritura objeto de la calificación recurrida, se hace constar que de la cantidad prestada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», corresponden catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas a capital,

setenta y nueve mil treinta y cuatro a intereses, y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas a comisión de cancelación.

3.^a La Registradora de la Propiedad deniega la inscripción porque (aparte otro defecto que no ha sido objeto del presente recurso), a su juicio, no es «correcto, a efectos del derecho real de hipoteca y de la subrogación que se operan, que el nuevo tipo de interés se aplique a la total cantidad prestada por el “Banco Zaragozano, Sociedad Anónima”, a los deudores, cuya cantidad engloba capital, intereses y comisiones, pendientes por razón del préstamo subrogado, ni que las nuevas cuotas sean calculadas teniendo en cuenta el total de [la] referida cantidad prestada, pues ello implica que pasan a quedar garantizados con la hipoteca, en concepto de principal, no sólo cantidades —intereses—, que si bien antes estaban garantizados, lo estaban con cargo a la cantidad prevista para tal concepto, sino incluso cantidades —comisiones— que antes ni siquiera estaban garantizados con la hipoteca, con vulneración de los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipoteca, y de la normativa que rige en materia de concurrencia y prelación de créditos».

2. Plantea la Registradora la cuestión relativa al alcance de la subrogación permitida por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y en concreto si tal subrogación opera o no respecto de la cantidad íntegra que haya de pagarse a la entidad acreedora, incluyendo no sólo la cifra del capital pendiente de amortizar, sino también los conceptos de intereses y comisión de cancelación devengados y no satisfechos. En relación con tal extremo, ha de tenerse en cuenta: *a)* Que la mencionada Ley contiene una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.091 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que exigen el consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), por lo que debe ser de interpretación estricta —cfr. las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995—; *b)* Que la subrogación comporta el simple cambio subjetivo en un crédito anterior que subsiste con la única modificación del tipo de interés —o, en general, de las condiciones financieras—, sin que la subrogación en la garantía hipotecaria, dada su accesoriedad, pueda alcanzar por otros conceptos a cantidad alguna que exceda de la cifra a la que dicho crédito había quedado reducido como consecuencia de previas amortizaciones del principal del préstamo —cfr. arts. 1.211 y 1.212 del Código Civil—; y *c)* Que no puede confundirse la cantidad que, según el artículo 2 de la mencionada Ley, es necesario pagar a la entidad acreedora —y que incluye no sólo el capital pendiente, sino también la cantidad que corresponda por «intereses y comisión devengados y no satisfechos» —con la cantidad en que se produce la subrogación, que únicamente es la que se debiera por capital pendiente del préstamo en ese momento; y *d)* Que esta interpretación es la que más se ajusta a las normas sobre publicidad registral y sobre concurrencia y prelación de créditos, en tanto en cuanto se opone a la subsistencia de una hipoteca que, constituida en garantía del préstamo primigenio, pasara, una vez disminuida la cantidad pendiente de aquél, a garantizar una cantidad mayor como consecuencia de la subrogación. Lo que ocurre es que, en el presente caso, debe decidirse únicamente si puede o no hacerse constar la subrogación debatida en el Registro de la Propiedad —que es lo que pretende el recurrente—, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley, y esta cuestión ha de resolverse afirmativamente, toda vez que se han observado los requisitos previstos en tal

precepto, y en concreto los necesarios para que la nota marginal exprese las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés y la persona jurídica que queda subrogada en los derechos del acreedor, tal y como figuran inscritos, sin que deba entrarse —como hace la Registradora— en cuestiones relativas al desenvolvimiento posterior del derecho de hipoteca.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota de calificación en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 21 de febrero de 2001.—La Directora general, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

Se recurre el defecto 2.º de la nota de calificación, consistente en que, a juicio del Registrador, no es correcto que el nuevo tipo de interés que provoca la subrogación hipotecaria, se aplique a la cantidad total que presta el Banco Zaragozano (subrogada), que engloba tanto el capital principal, como los intereses y comisiones pendientes; entendiendo el Registrador que únicamente debe aplicarse el nuevo tipo a la cantidad correspondiente por principal, ya que lo contrario vulneraría los principios de especialidad y accesoriedad de la hipoteca.

La Ley 2/94, de Subrogación y Novación hipotecaria, contempla la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor hipotecario a otra entidad financiera en el mismo préstamo garantizado con hipoteca, permitiéndose el cambio del tipo de interés cuando este nuevo resulte más beneficioso para el deudor. En concreto, el artículo 2 de la Ley de Subrogación Hipotecaria establece que: «El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil».

Conviene pararse a analizar cuál es el objeto de dicha subrogación, es decir, si la subrogación se produce en la totalidad de la cantidad debida a la primitiva entidad acreedora, o si por el contrario, la subrogación debe producirse únicamente en la cantidad pendiente por capital. Según el primer criterio, la cantidad en la que se subroga la nueva entidad financiera comprendería no sólo el capital sino también los intereses debidos, así como otros gastos devengados en concepto de comisiones, etc. En el segundo caso solamente nos referiríamos al capital principal.

En apoyo de la primera tesis, se puede argüir la propia literalidad del artículo 2 de la Ley de Subrogación ya citado, pues en su párrafo segundo dice que en la certificación que debe entregar la entidad acreedora a la subrogada debe constar «el importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar», de cuyas palabras parece deducirse que la nueva entidad acreedora se subroga en toda la deuda, incluyendo, por tanto, lo que ya se adeuda por intereses o comisiones, y no sólo por principal.

Sin embargo, y como pone de manifiesto CALATAYUD SIERRA (1), el propio concepto de subrogación excluye esta interpretación, ya que éste supone nada más un cambio de acreedor en un préstamo que debe seguir siendo el mismo, con la excepción de la modificación de su interés, en los términos perfectamente delimitados por la Ley. Si admitiéramos la primera tesis, el préstamo cambiaría, ya que el importe variaría considerablemente al incrementarse con las cantidades debidas por intereses o comisiones, lo cual no deja de ser una capitalización del mismo.

En este sentido, RUBIO GARRIDO (2) afirma que la subrogación hipotecaria no contradice en ningún momento los principios de accesoriedad de la hipoteca ni el de especialidad, ya que la subrogación «alumbra una adquisición derivativa del crédito», y continúa, este autor, diciendo que en la subrogación por pago no se altera el importe garantizado con hipoteca, y que sólo cambia la persona del acreedor hipotecario, como se modifica en una cesión de crédito hipotecario, y como muchas otras subrogaciones por pago contempladas en la LH.

A mi juicio, esta tesis es la correcta. La subrogación implica un cambio de sujeto, que se subroga en el mismo crédito (3), por lo que considero que la cantidad en la que debe subrogarse el nuevo acreedor será la que quede pendiente del capital inicial. Ya que hay que distinguir, como hace CALATAYUD SIERRA (4), y afirma la misma DGRN, entre la cantidad que es preciso pagar a la entidad acreedora, que incluirá las cantidades debidas por todos los conceptos (principal, intereses y comisiones), y la cantidad en la que se produce la subrogación, que, en principio, sólo debería ser la que se debe por capital. Confirma esta idea la Resolución de 5 de abril de 2000, al desestimar el recurso planteado por entender que en la escritura de subrogación que se presenta a inscripción, «no se señala de modo preciso la cuantía del préstamo tomado por el deudor de la entidad que ha de subrogarse en la posición acreedora, ni puede determinarse con seguridad por el Registrador en función de los elementos recogidos en el documento calificado: por una parte, no puede entenderse fijada aquella cuantía en la cantidad que figura en el justificante de pago incorporado al documento calificado, toda vez que en el cuerpo de la escritura se expresa que parte del pago total, el correspondiente a intereses, se abona por la entidad subrogada con cargo a una cuenta que el

(1) Véase CALATAYUD SIERRA, A., «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/94», en *RJN*, núm. 10, abril-junio 1994, págs. 67-68.

(2) Véase RUBIO GARRIDO, T., *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 65 y 247.

(3) Véase, por ejemplo, y por todos, a LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. primero, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 224 y 225, donde afirma que la subrogación, como mecanismo transmisivo del crédito, consiste en que «el tercero *solvens* subentra en la posición jurídica de acreedor en la misma e inmutada relación obligacional: subsisten su rango, privilegios, garantías y demás relaciones accesorias, excepciones y objeciones». Y, asimismo, añade este autor que en la subrogación legal, «el cumplimiento por un no deudor, en los indicados supuestos, ciertamente no es liberatorio del deudor, pero sí transmisivo del crédito desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al del tercero *solvens*, manteniéndose el mismo crédito (sin novación, pues)».

(4) Véase CALATAYUD SIERRA, A., «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/94», *ob. cit.*, pág. 68.

deudor tiene en su entidad, y por otra, no queda claro cuál es la parte del total que corresponde a intereses...», de donde se concluye que la cantidad debida y la subrogada no son las mismas, y que debe quedar perfectamente claro el importe de la cantidad en que se subroga el nuevo acreedor hipotecario.

Partiendo de estas ideas, conviene hacer los siguientes comentarios en relación a la discusión suscitada en esta Resolución.

1. Si, como pretende el recurrente, se aplica el nuevo tipo de interés a la cantidad resultante de reunir todas las cantidades debidas o pendientes por todos los conceptos (capital, intereses y gastos), resulta que la cantidad en que consiste la obligación se ve aumentada, por lo que queda modificado el importe de la obligación que se recogió y describió perfectamente, conforme a las exigencias del principio de determinación registral al inscribirse el préstamo garantizado.

En efecto, el principio de determinación o especialidad consiste en la absoluta determinación o especificación de los distintos elementos de la relación jurídica registral, lo que quiere decir que es preciso que consten perfectamente descritas o definidas todas las circunstancias relativas a los derechos inscribibles, a las fincas sobre las que recaen, a sus titulares y a los asientos que los recogen. Como el derecho real de hipoteca se constituye en garantía de una obligación y, defendamos la unidad del crédito hipotecario o no, esa obligación está unida a la hipoteca, debe quedar delimitada y concretada en el Registro, pues todo lo que le afecte influirá de alguna forma en la hipoteca (art. 144 LH y 240 RH) (5).

Luego, si al capitalizar los intereses y las comisiones se está modificando y aumentando la obligación garantizada con hipoteca, ese cambio debería constar asimismo en el Registro, pues, de lo contrario, se contravendría el principio de especialidad, tal y como se acaba de exponer. En el caso de la Resolución que se comenta, para que se admitiera la aplicación del nuevo tipo de interés a esa cantidad global, debería rectificarse el importe de la obligación garantizada en el registro. Si esto se hace, como parece cumplirse al aparecer en la escritura de subrogación el importe total en el que se subroga, no existe registralmente problema alguno, pero creo que ya no estaríamos ante el mismo préstamo originario, y en consecuencia, no me parece correcto hablar en este caso de una subrogación hipotecaria, ya que no sólo cambiaría el acreedor y el tipo de interés, como parece contemplar la Ley, sino la propia obligación, y, a lo mejor, debería hacerse constar este cambio en el Registro, por otro procedimiento distinto del previsto para la subrogación. Sin olvidarnos que al aplicar las cantidades debidas por intereses y gastos al capital principal, éste aumenta como consecuencia de esa capitalización de intereses; operación que, como la DGRN ha afirmado en varias ocasiones, no está permitida en nuestra práctica hipotecaria.

(5) Han sido muchas las Resoluciones de la DGRN, en este sentido, de la necesidad de determinar perfectamente la obligación garantizada. Véase, por ejemplo, las siguientes: Resolución de 4 de julio de 1984, 22 de marzo de 1988, 26 de mayo de 1986, 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991 y la Resolución de 21 de diciembre de 1990, que insiste en la necesidad de determinar correctamente la obligación garantizada sin que quepa dejarla al arbitrio de una de las partes, por las consecuencias negativas que aquello traería, produciendo la indeterminación en el contenido del derecho real de hipoteca, que tiene eficacia frente a todos.

2. Pero, además, y por otro lado, la operación que pretende el recurrente de englobar en la cifra correspondiente al capital del préstamo, tanto las cantidades pendientes por capital, como por intereses y comisión de cancelación, influye directamente sobre el derecho real de hipoteca que garantiza dicho préstamo, y afecta al principio de especialidad o determinación registral. Conviene recordar la diferencia entre la obligación garantizada y la cuantía o importe del que responde la finca hipotecada, que es la responsabilidad hipotecaria, cuya determinación constituye uno de los pilares más importantes del principio de especialidad registral y que exigen los artículos 12 y 219 LH. Pues bien, la responsabilidad hipotecaria, en principio, se mantendría igual porque estamos ante el mismo préstamo garantizado con hipoteca y nada se dice en contrario; sin embargo, aunque esta cantidad no cambiase, el aumentar el importe de la obligación podría traer consecuencias importantes, ya que la misma responsabilidad hipotecaria se corresponde con un préstamo mayor, lo cual indica que en caso de una ejecución, aunque la finca siga respondiendo de lo mismo, la deuda con los acreedores es mayor y si la responsabilidad hipotecaria no alcanza a hacer frente a esa deuda, se produce un perjuicio para el propio acreedor, que puede no ver satisfecho su crédito con el importe obtenido en subasta y para los acreedores posteriores (pues la subrogación mantiene el rango del original préstamo hipotecario), que tendrán que ver disminuida su posibilidad de cobro con el remanente, pues o éste no existe o es menor de lo que en un principio podía pensarse al cotejar los datos que ofrece el Registro, rompiéndose, en este caso, el principio de especialidad y afectando al sistema de prelación de créditos.

Por otra parte, no es posible establecer una responsabilidad hipotecaria común que alcance, tanto a los gastos y costas como a los intereses y al capital, ya que esto contradice el principio de especialidad, impidiendo que se conozca el importe de que responde la finca hipotecada por cada uno de esos conceptos distintos, tal y como establece el principio de determinación y se ha encargado la DGRN en numerosas resoluciones de advertir (6). Y esto podría ocurrir en este caso, ya que la responsabilidad hipotecaria fijada en un inicio, ahora debe aplicarse no sólo a responder del capital pendiente, sino de cantidades antes correspondientes a intereses y gastos devengados por comisión de cancelación, que deberían tener asignada su propia responsabilidad hipotecaria, generalmente mediante el establecimiento de un máximo.

En definitiva, considero que el principio de especialidad se ve vulnerado o contravenido en dos aspectos: *a)* indeterminación de la obligación o préstamo garantizado, pues no se recogería el aumento del mismo como consecuencia de unir al principal pendiente los intereses y gastos; *b)* y en segundo lugar, indeterminación de la responsabilidad hipotecaria, perjudicando el normal desenvolvimiento del principio de publicidad registral y la prelación de créditos.

Así lo manifiesta la DGRN, con la que coincido, por tanto, plenamente en lo establecido en su Fundamento 2.º de Derecho. Interpretación que avala la práctica mercantil en los últimos tiempos (7), ya que, en la actualidad, se

(6) Véase, en ese sentido, las siguientes Resoluciones: 14 de febrero de 1935, 15 de marzo de 1935, 29 de octubre de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987.

(7) Debido al nulo desarrollo reglamentario de la Ley de Subrogación, y la novedad que supuso la misma, en los primeros momentos de aplicación de la Ley se produjo una confusión que originó que la práctica mercantil fuera contraria a la que se acaba de indicar: se consideraba que el importe en que se subrogaba el nuevo acreedor hipote-

suele advertir que el pago de los intereses pendientes y gastos ocasionados por comisiones de cancelación anticipada deben clasificarse como gastos a cargo de la persona interesada en la subrogación (deudor), sin perjuicio de que, obviamente, deban reintegrarse al primitivo acreedor hipotecario como parte de su deuda, pero quedando fuera de la cantidad en que debe subrogarse el nuevo acreedor hipotecario. Además, creo que de esta Ley debe hacerse una interpretación estricta, al ser una norma excepcional y sin desarrollo reglamentario (8), lo que dificulta enormemente la práctica mercantil de su aplicación, y no puede, por tanto, dar lugar a incluir de manera amplia, dentro de la cantidad de subrogación, más que lo estrictamente necesario, que en este caso sería el capital pendiente.

Sin embargo, la DGRN, amparándose en el artículo 5 de la Ley de Subrogación (9), emite, a mi parecer, una sorprendente declaración en su Resolución, ya que admite la inscripción de la subrogación solicitada, pues cumple con los requisitos establecidos en la Ley para su práctica. No digo que no se cumplan esos requisitos formales, que de hecho sí lo hace, ya que aparece la persona jurídica subrogada (Banco Zaragozano), las nuevas condiciones del tipo de interés (4,5 por 100), se presenta la escritura con la fecha y notario autorizante, pero, aunque formalmente y ateniéndonos a los requisitos literales del artículo 5 de la Ley de Subrogación, todo está bien hecho, hay un incumplimiento o, mejor dicho, una contravención de los principios registrales generales que, como ya he manifestado, quedan francamente en entredicho por afectar a la determinación hipotecaria.

cario era el resultante de añadir al capital pendiente de pago, los intereses y gastos asimismo pendientes. Sin embargo, el rechazo de este tipo de escrituras de subrogación por parte de los Registradores, en los últimos tiempos, ha hecho que las entidades financieras modifiquen sus hábitos y sólo consideren como préstamo subrogado al capital pendiente.

(8) En este sentido las Resoluciones 19, 20 y 21 de julio de 1995, afirman que la Ley de Subrogación Hipotecaria «se trata de una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.901 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que previenen la necesidad del consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 LH), lo que reclama, por consiguiente, una interpretación estricta». En el mismo sentido la Resolución de 5 de abril de 2000.

(9) Artículo 5 de la Ley de Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios: «El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal que expresará las circunstancias siguientes:

- 1.^a La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
- 2.^a Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.
- 3.^a La escritura que se anote, su fecha y el notario que la autorice.
- 4.^a La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
- 5.^a La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación, que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito».

Si se practica la nota marginal que recoge la subrogación en los términos que se solicita, resulta que, según el Registro, y con eficacia para terceros, se ha cambiado el importe de la obligación sin modificarse la responsabilidad hipotecaria, y englobando en la misma conceptos, en principio, irreconciliables. Teniendo en cuenta que el propio artículo 5 citado establece que no serán objeto de calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen, considero que al existir una modificación, el Registrador debería calificar, y por eso, me sorprende la decisión de la DGRN, y no comprendo cómo puede admitir la inscripción de una subrogación que altera la responsabilidad hipotecaria y pone en entredicho el principio de especialidad registral, pilar del sistema hipotecario, complemento del principio de publicidad, al que perfecciona, pues contribuye a garantizar la autenticidad de lo publicado por el Registro, con el pretexto de que eso es el desenvolvimiento futuro del derecho de hipoteca, sobre el cual el Registrador no debe calificar en este momento. ¿No debería entonces permitir, asimismo, la inscripción, por ejemplo, de una hipoteca de máximo sin que *a priori* resulte ni siquiera determinable en sus líneas fundamentales la obligación, confiando que se hará en un momento posterior? También sería el desenvolvimiento posterior del derecho, pues confía que llegado el vencimiento o ejecución, los datos necesarios para acreditar la obligación se aportarán y, sin embargo, en este caso, el Registrador no inscribiría ese crédito hipotecario por indeterminación total de la obligación.

Lo que quiero poner de relieve, y para concluir, es que me parece exagerada la Resolución de la DGRN porque, a mi juicio —que probablemente no sea el más acertado— antepone el cumplimiento de unos requisitos formales al cumplimiento del principio de especialidad registral.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

GANANCIALES. LIQUIDACION. CESION EN PAGO: CAUSA SUFICIENTE.— LA ADJUDICACION DE UN BIEN PRIVATIVO EN PAGO DE UNA DEUDA ES CAUSA SUFICIENTE DE LA TRANSMISION A EFECTOS DE LA INSCRIPCION, AUNQUE LA DEUDA NO APAREZCA PLENAMENTE JUSTIFICADA, CUESTION QUE EXCEDE DEL AMBITO DE LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR. (RESOLUCIÓN DE 9 DE JUNIO DE 2001. BOE DE 13 DE JULIO DE 2001.)

RESOLUCION de 9 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Banyeres de Mariola, don Rafael María Ballarín Gutiérrez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueel Otín, a inscribir una escritura de liquidación de gananciales con cesión de vivienda, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Banyeres de Mariola, don Rafael María Ballarín Gutiérrez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueel Otín, a inscribir una escritura de liquidación de gananciales con cesión de vivienda, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—El 1 de julio de 1998, mediante escritura autorizada por el Notario de Banyeres de Mariola, don Rafael María Ballarín Gutiérrez, los cónyuges, don G. H. F. Q. y doña P. R. I., separados judicialmente según expresaron, procedieron a liquidar la sociedad de gananciales, previo inventario de su activo y pasivo, verificando las adjudicaciones que en la escritura se contienen, deviniendo el esposo, tras la liquidación, en deudor personal de la esposa por la cantidad de 8.350.000 pesetas. Al objeto de satisfacer a la esposa la cantidad adeudada, el marido cedió a ésta el pleno dominio de la vivienda de su propiedad que se describe en la citada escritura, por el precio de 20.000.000 de pesetas, de los cuales 8.350.000 eran la deuda que se da por pagada; 3.325.000 pesetas era el capital pendiente del préstamo hipotecario que grava la mencionada vivienda y cuyo pago asume la cesionaria, y la cantidad restante de 8.325.000 pesetas, el esposo reconoció tenerlas recibidas, habiéndolas pagado la esposa con cargo a un préstamo personal cuya identificación se hace en la escritura.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento, respecto de la finca número 1 del apartado III, del inventario, única de esta demarcación registral, y en su lugar tomada anotación de suspensión por el término legal, según la anotación letra A, folio 160 del tomo 1.897-1.812, finca 34.239-N, al haber sido solicitada por doña P. R. I., mediante una instancia que ha sido archivada al haberse observado el defecto subsanable de «que con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales, el marido cede a la esposa una finca propiedad privativa del mismo, porque la causa de la referida transmisión aparece como vaga, incierta e indeterminada, y no de manera indubitada, como se deduce del artículo 1.274 y siguientes del Código Civil, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996 y 16 de octubre de 1998, pudiéndose dar en consecuencia, además, un exceso de adjudicación que debería tributar por el Impuesto de Donaciones. Contra esta nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo dentro del plazo de tres meses, a contar de la fecha de esta nota por medio de escrito dirigido al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se presentará en este mismo Registro en los términos establecidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Madrid, 24 de febrero de 1999.—El Registrador. Firma ilegible».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que no se entiende por qué la nota de calificación tacha la causa de la cesión realizada de «vaga, incierta e indeterminada». Es evidente que en la escritura se instrumenta una cesión a título oneroso y que la misma tiene una triple contraprestación: a) la extinción de la deuda que contra el cedente resulta de la liquidación de la sociedad de gananciales habida con la cesionaria; b) la asunción por parte de la cesionaria de la deuda que resulta del préstamo hipotecario que la grava la vivienda transmitida y en el que se subroga, y c) un precio que el cedente confiesa recibido de la cesionaria con anterioridad al otorgamiento de la escritura calificada. Que en la escritura se expresa con carácter explícito, cierto y determinado, en qué consiste la prestación de la otra parte, que se integra por los tres conceptos mencionados (ex art. 1.274 del Código Civil). 2. Que las Resoluciones de 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996 y 16 de octubre de 1998, se refieren a supuestos de hecho que no guardan analogía con la escri-

tura calificada. 3. Que el Registrador no aporta razones que sustenten la afirmación de que la causa de la cesión de la vivienda aparece «vaga, incierta e indeterminada». Que no se alcanza a entender que otras determinaciones se precisarían para que el Registrador juzgara la causa suficiente para practicar la inscripción. 4. Que el Registrador también alega, sin justificar, que pudiera darse «en consecuencia, además, un exceso de adjudicación que debería tributar por el Impuesto de Donaciones». Que siguiendo en nuestro ordenamiento jurídico y el principio general de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil) y particular de libertad de contratación entre cónyuges (art. 1.323), no es aceptable ni la nota de calificación, ni los hipotéticos argumentos en que puede sustentarse y, mucho menos, la conjetura de una transmisión lucrativa, habida cuenta que en nuestro sistema la gratuidad es sólo y siempre una excepción, no presumible, y que en la escritura se excluye expresamente, detallando la contraprestación que convierte aquella transmisión en onerosa.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que los esposos, aprovechando la liquidación de gananciales, realizan una operación complementaria. Mediante la expresión de su libre voluntad articulan un negocio oneroso de transmisión de un bien privativo del marido a la mujer. Que para ello en el apartado a) enuncian una serie de créditos de la sociedad de gananciales contra el esposo, que según la escritura asciende a la cantidad de quince millones de pesetas. Dice la escritura que se incluyen en este apartado el importe actualizado de las cantidades adeudadas por razón de la vivienda de carácter privativo del compareciente, la cual ha constituido el domicilio familiar desde la fecha de celebración de su matrimonio hasta su reciente separación judicial. La escritura continúa diciendo que si bien resulta difícil, si no imposible, la exacta cuantificación del importe actualizado de tales créditos, por múltiples razones, relativas tanto al espacio temporal, en que se han producido los gastos que los han motivado a las numerosas partidas que lo integran (pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido al cónyuge propietario para la adquisición de la vivienda, contribuciones urbanas, gastos de conservación, de reforma y mejora), a la dificultad de fijar el más adecuado criterio de actualización, y a la circunstancia de no haberse llevado una contabilidad de los mismos. Que la redacción de la cláusula no puede ser más vaga, confusa e indeterminada, totalmente contraria a los principios que rigen el Registro de la Propiedad, y precisamente por razón de este crédito vendrá la primera partida del pago del bien cedido. Que de haber tenido acceso al Registro dicha cláusula, podría haber tenido acceso un acto nulo o anulable. El tercero contratante no podría saber con claridad cuál era su protección. Que se cede una vivienda privativa del marido, que ha sido domicilio conyugal más de quince años y por este motivo no se adeuda al mismo absolutamente nada por ningún tipo de contraprestación, y todas las demás partidas del crédito a favor de la sociedad de gananciales son profusas, difusas y confusas y son contrarias a los intereses del marido. Que el Registrador no puede comprobar si el contrato oneroso formado de tal manera por la libre voluntad de los cónyuges, exige una equivalencia de las prestaciones de los contratantes. Que se sospecha que puede haber un exceso de adjudicación a favor de la mujer por no estar probado de manera cierta e indubitada este crédito y el Registrador, cumpliendo con su obligación, advierte esa posibilidad de exceso que tendría que tributar por el Impuesto de Donaciones, como tiene determinado la Dirección General de los Registros y del

Notariado y por la aplicación del principio general establecido en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Que las Resoluciones citadas en la nota se refieren a la causa en contratos entre cónyuges. De dichas Resoluciones citadas y de las de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 y 7 y 26 de noviembre de 1992, se puede sacar una doctrina común. Que lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y específicamente su causa (arts. 1.261-3.º y 1.274 y siguientes del Código Civil). Que la exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. arts. 9 de la Ley Hipotecaria, 51 y 193-2.º del Reglamento Hipotecario). Que hay que tener en cuenta el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (vid. art. 34 de la Ley Hipotecaria). Que hay que precisar por último, la Resolución de 15 de marzo de 1999.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en la que impone de la Resolución de 15 de marzo de 1999, que corrobora la tesis mantenida por el Registrador en la nota de calificación impugnada, la cual es acertada y ajustada a derecho.

VI. El Notario apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1. Que lo que se defiende es que la causa se expresa con toda claridad en el documento calificado y que la expresión de la misma cumple con las exigencias del Código Civil y de la Resolución de 15 de marzo de 1999. 2. Que tanto el Registrador como el auto presidencial comprenden que la causa se expresa y que es onerosa y que la libre voluntad de los cónyuges puede generar un contrato oneroso. Que lo que no parece que se acepta es que se acredite la realidad de la causa. 3. Que, en definitiva, da la impresión que tanto en la calificación como en el auto presidencial se está exigiendo un nuevo requisito en relación con la causa que no exige ni el Código Civil ni la Dirección General, y es que se acredite la realidad de las contraprestaciones, circunstancia que sólo se exige por la ley en materias específicas. 4. Que excede de la calificación registral «comprobar la equivalencia de las particiones». 5. Que en la escritura calificada se cumplen más que sobradamente en relación con el crédito los requisitos civilmente exigibles para que pueda operar como causa parcial de un desplazamiento inmobiliario. 6. Que, por último, hay que añadir la ambigüedad de la nota de calificación.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.261 y 1.274 a 1.277 del Código Civil, así como las Resoluciones de esta Dirección General, de 16 de octubre de 1998 y 15 de marzo de 1999.

1. Son hechos relevantes para la Resolución del presente recurso, los siguientes:

Se presenta en el Registro una escritura de liquidación de sociedad de gananciales como consecuencia de una separación judicial. Como resultado de las operaciones liquidatorias, el esposo resulta deudor de la esposa en una cantidad que asciende a ocho millones trescientas cincuenta mil pesetas. Al objeto de satisfacer dicha deuda, aquél cede a ésta un piso de propiedad

privativa que se valora en veinte millones de pesetas, de cuya suma: *a)* ocho millones trescientas cincuenta mil pesetas constituyen la deuda que se da por pagada; *b)* tres millones trescientas veinticinco mil es el capital pendiente del préstamo hipotecario que grava la mencionada vivienda, y cuyo pago asume la cesionaria, y *c)* en cuanto a la cantidad restante de ocho millones trescientas veinticinco mil pesetas declara el esposo recibidas, habiéndolas pagado la esposa con cargo a un préstamo personal cuya identificación se hace en la escritura.

El Registrador suspende la inscripción de la finca anterior porque «la causa de la transmisión aparece como vaga, incierta e indeterminada».

Recurrida la calificación, el Presidente del Tribunal Superior desestima el recurso. El Notario apela el Auto presidencial.

2. El recurso ha de ser estimado. El contrato por el que se produce el traspaso de la propiedad del bien es una dación en pago de deudas perfectamente admitido en nuestro Derecho, tanto en su faceta de modo de extinción de las obligaciones, como en su aspecto de contrato traslativo del dominio y asimilable a la compraventa, por lo que la causa consta explícitamente en el contrato. El hecho de que la deuda no aparezca plenamente justificada cae fuera del ámbito de la calificación del Registrador, que no tiene por qué entrar en averiguaciones sobre si son ciertos o no los hechos que exponen los contratantes y que, en afirmación de éstos, dieron origen a la deuda que ahora se extingue.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el Auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 9 de junio de 2001.— La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra en que *«el contrato por el que se produce el traspaso de la propiedad del bien es una dación en pago de deudas perfectamente admitido en nuestro Derecho, tanto en su faceta de modo de extinción de las obligaciones, como en su aspecto de contrato traslativo de dominio y asimilable a la compraventa, por lo que la causa consta explícitamente en el contrato. El hecho de que la deuda no aparezca plenamente justificada cae fuera del ámbito de la calificación del Registrador, que no tiene por qué entrar en averiguaciones sobre si son ciertos o no los hechos que exponen los contratantes y que, en afirmación de éstos, dieron origen a la deuda que ahora se extingue»*.

En la Resolución objeto de comentario se parte de la existencia de una separación judicial entre los cónyuges, quienes al liquidar su sociedad de gananciales, previo inventario de su activo y pasivo, el esposo se convierte en deudor personal de su ex-esposa por la cantidad de 8.350.000 pesetas. A fin de satisfacer a la esposa la cantidad adeudada, el marido cedió el pleno dominio de la vivienda de su propiedad por el precio de 20.000.000 de pesetas, de los cuales 8.350.000 eran la deuda que se da por pagada, 3.325.000 pesetas

era el capital pendiente de préstamo hipotecario que grava la referida finca y cuyo pago asume la cesionaria, y la cantidad restante el esposo reconoció tenerlas recibidas, habiéndolas pagado la esposa con cargo a un préstamo personal cuya identificación se hace en la escritura.

El Registrador deniega la calificación de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales en base a la existencia de una *operación complementaria* a dicha operación particional. («Mediante la expresión de su libre voluntad, los ex-cónyuges articulan un negocio oneroso de transmisión de un bien privativo del ex-marido a la ex-mujer».)

La postura del Registrador es muy coherente: suspende la inscripción de la finca porque *la causa de la transmisión aparece como vaga, incierta e indeterminada, totalmente contraria a los principios que rigen el Registro de la Propiedad, y precisamente por razón de ese crédito vendrá la primera partida del pago del bien cedido.*

El Registrador entiende que el tercero contratante no podría saber con claridad cuál era su protección, puesto que se cede una vivienda privativa del marido, que ha sido su domicilio conyugal más de quince años, y por ese motivo no se adeuda al mismo absolutamente nada por ningún tipo de contraprestación, y todas las demás partidas del crédito a favor de la sociedad de gananciales, son profusas, difusas y confusas, y son contrarias a los intereses del marido. A su juicio no puede comprobar si en el contrato oneroso formado de tal manera por la libre voluntad de los cónyuges, se exige una equivalencia de las prestaciones de los contratantes y sospecha que puede haber un exceso de adjudicación a favor de la mujer por no estar probado de manera cierta e indubitada ese crédito.

En definitiva, su postura se mantiene sobre la base de que *no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y específicamente su causa* (arts. 1.261-3.º y 1.274 y sigs. del Código Civil), pues la especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo por:

- Exigirlo el principio de determinación registral.
- Ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir su función calificadora en su natural extensión y posteriormente practicar los asientos.
- El diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad del negocio.

La postura contraria es la mantenida por el Notario, quien aduce que la causa se expresa con toda claridad en el documento calificado, y que ésta es onerosa, puesto que la libre voluntad de los cónyuges puede generar un contrato oneroso, y lo que no parece que se acepta es la *realidad de la causa*, o más concretamente que se acredite la realidad de las contraprestaciones, circunstancias que sólo se exigen por la ley en materias específicas y que *excede de la calificación registral comprobar la equivalencia de las particiones.*

La doctrina de la presente Resolución tiene diversos puntos que son dignos de comentario por su interés y, en algunos aspectos, por su escaso tratamiento jurisprudencial y doctrinal:

- La causa en los actos traslativos, y en concreto en la partición del régimen económico-matrimonial (liquidación de la sociedad de gananciales). Su importancia.

- La equivalencia de las particiones y su exceso de la calificación registral.
- La dación en pago y el traspaso de la propiedad. La asimilación de la dación y la compraventa.
- La dación en pago y la extinción de las obligaciones.

En primer lugar cabe destacar que toda atribución, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento debe fundarse en una justa causa, de no ser así, el atributario debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento, pues nadie debe enriquecerse torticeramente en provecho o daño de otro.

En nuestro caso, la causa del desplazamiento se centra en la disolución del régimen de gananciales propiciado por la previa separación judicial de los cónyuges. Estos han procedido a liquidar sus bienes y adjudicarlos. Particiones que deben ser equivalentes, de ahí que entre las operaciones de liquidación se proceda a hacer el inventario del activo y del pasivo de la sociedad, a fin de proceder a su avalúo (incrementos, plusvalías..., disminuciones, minusvalías...).

En la calificación, el Registrador sólo debe tener en cuenta que se acredita la causa onerosa del contrato, sin entrar en la acreditación de la realidad de las contraprestaciones, pues no se exige ni por el Código Civil ni por la doctrina de la Dirección General de los Registros. Así, la comprobación de la equivalencia de las particiones excede de la calificación registral, la cual se debe circunscribir a la comprobación de la existencia de que en el documento público aparezcan los requisitos exigibles por el Código Civil en relación con el crédito y su causa, centrada en el desplazamiento inmobiliario.

Pero el tema más importante sobre el que sí cabe que nos detengamos reside en la dación en pago, precisamente por la afirmación concreta emanada de la doctrina de la Resolución: *es una dación en pago de deudas perfectamente admitido en nuestro Derecho, tanto en su faceta de modo de extinción de las obligaciones, como en su aspecto de contrato traslativo de dominio y asimilable a la compraventa, por lo que la causa consta explícitamente en el contrato.*

El pago satisface enteramente al acreedor y libera plenamente al deudor, determinando consecuentemente la extinción de la obligación. Aunque el pago debe consistir en la realización exacta de la prestación debida, si el deudor y el acreedor están de acuerdo, puede verificarse mediante otra prestación, ésta es la *dación en pago o datio in solutum*.

Con la *dación en pago* se trata de cumplir con una prestación en vez de con otra, razón por la que se puede dar (en pago) una cosa o transmitir (en pago) un derecho o realizar (en pago) una prestación de hacer o no hacer, distinta de la debida. En nuestro supuesto se transmite la propiedad del bien, esto es, la vivienda en pago de la existencia de una supuesta deuda del ex-marido a la nueva propietaria.

Es una figura que no está acogida expresamente en el Código Civil, sin embargo, éste la da por supuesta, aparte de que su admisibilidad se deduce en general del principio de *autonomía de la voluntad*, ya que si el cumplimiento con prestación distinta de la debida no puede ser impuesto al acreedor, ni al deudor, no hay obstáculo para admitirlo cuando lo consientan.

La *naturaleza* de la dación en pago es un verdadero pago, no una compraventa o una novación por cambio de objeto. Aunque cabe admitir el supuesto de novación modificativa al mantenerse que la primitiva obligación subsiste

plenamente, siendo exigible en su totalidad, por el acreedor, en caso de incumplimiento, por parte del deudor, del acuerdo de dación en pago (*).

La asimilación de la compraventa a la dación en pago ha sido la teoría clásica. Si el acreedor de una cantidad (el marido) consiente recibir en pago una finca, consistirá esto en una venta cuyo precio será la cantidad debida.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

COMPRAVENTA. TRADICION INSTRUMENTAL SIN ENTREGA ACTUAL DE LA POSESION MATERIAL.—EL APLAZAMIENTO DE LA ENTREGA DE LA POSESION MATERIAL NO DESVIRTUA LA EFICACIA DE LA ESCRITURA COMO FORMA DE TRADICION INSTRUMENTAL, EXPRESAMENTE RECOGIDA EN EL PROPIO DOCUMENTO, POR LO QUE ES PROCEDENTE LA INSCRIPCION DEL DOMINIO A FAVOR DEL COMPRADOR. (RESOLUCIÓN DE 30 Y 31 DE MARZO DE 2001. BOE DE 16 DE MAYO DE 2001.)

RESOLUCION de 30 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 2, don Fernando Alonso-Mencía Alvarez, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del señor Registrador.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad, número 2, don Fernando Alonso-Mencía Alvarez, a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del señor Registrador.

Hechos.—I. El 9 de julio de 1996, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Guadalajara, don Pedro Jesús González Peraba, los cónyuges don Eduardo Manuel Ruiz Muñoz y doña Francisca del Castillo Valdehita, venden y transmiten a doña M.^a Teresa Vázquez Díaz, que compra y recibe en pleno dominio el piso que se describe en la escritura. En el otorgamiento segundo se establece: «La parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud de este otorgamiento de la finca comprada, pero la posesión material de la misma no se entregará hasta el 15 de julio de 1996, en cuya fecha, totalmente desocupada y en el mismo estado de conservación en que actualmente se encuentra, se entregará la llave de ella».

II. Presentada copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Guadalajara, número dos, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de que no es un título traslativo del dominio, pues no ha habido entrega de la cosa vendida, sin que pueda entenderse, en base al artículo 1.462 del Código Civil y a lo dicho en la escritura, que en este caso, el otorgamiento de la misma equivalga a la entrega de la cosa, ya que de dicha escritura resulta claramente

(*) Resolución de 5 de junio de 1991.

lo contrario, pues dice que la posesión material no se ha transmitido en el momento del otorgamiento, no resultando tampoco que la finca vendida sea poseída por los vendedores en concepto de precario. Todo ello hace que no se haya adquirido el dominio sobre la finca a que se refiere la escritura, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.095 y 609 del Código Civil, que exige la entrega de la cosa para adquirir dicho dominio, lo que impide su inscripción según los artículos 1.º 2.º-1 de la Ley Hipotecaria. No se ha practicado anotación de suspensión porque no se ha solicitado. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de cuatro meses a contar de la fecha de la misma, según se regula en los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes del Reglamento para su aplicación. Guadalajara, 7 de febrero de 1998.—El Registrador». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1.º Que para evitar dudas sobre si se cumple o no el requisito de la entrega de la cosa en la forma instrumental que establece el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, en el otorgamiento segundo de la escritura se dice literalmente que «la parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud de este otorgamiento de la finca comprada...», sin que pueda alegarse que lo que indica a continuación puede dejar sin efecto lo dicho en la primera frase. En esta última frase lo único que se hace es dar un plazo a los vendedores para desocupar la vivienda y, por tanto, si se obliga a la parte vendedora a conservar la vivienda es porque no es suya, obligación que asume frente a la compradora que ya es propietaria. 2.º Que la posesión transmitida en virtud del otorgamiento de la escritura «es en concepto de dueño», una posesión en sentido jurídico con todos los atributos propios de la misma, como la protección interdictal y que produce el efecto, al seguir al contrato de compraventa, de transmitir la propiedad de la vivienda y plaza de garaje vendidas. Que esta entrega de posesión cumple el requisito de la tradición de la teoría del título y el modo, recogido en los artículos 605 y 1.095 del Código Civil. Por tanto, es claro que la tradición instrumental que tiene lugar mediante el otorgamiento de la escritura de compraventa y que es suficiente para transmitir la propiedad, a la que se refiere el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, es la entrega de la posesión jurídica. Que la posesión material no se produce por el otorgamiento de la escritura, y cuando el Código Civil en el artículo 1.462 establece que el otorgamiento equivale a la entrega, se refiere a la entrega que equivale a la tradición, la posesión jurídica, que es la indicada en el otorgamiento segundo de la escritura, y la posesión material, nombrada en la frase siguiente, es la pura detentación física que no es necesaria para la transmisión de la propiedad. Que la posesión puede ser mediata o inmediata. La más moderna doctrina suele dar entrada en nuestro derecho a dicha distinción. Que en este supuesto, la compradora está ejerciendo su posesión de forma mediata, por medio del vendedor, desde el momento que se ha producido la transmisión de la propiedad mediante el contrato y el otorgamiento de la escritura. Que los vendedores en este supuesto ocupan la cosa en virtud de un título, además totalmente legítimo, y es el derivado del propio contrato de compraventa. Esta es la interpretación correcta del otorgante segundo de la escritura, que ha motivado la nota de suspensión de la inscripción, y a la que ha de llegarse aplicando el sentido común y los principios elementales y esenciales del Código Civil contenidos en los artículos referentes a la interpretación de los

contratos (arts. 1.881, 1.284, 1.285 y 1.286). 3.º Que la nueva doctrina del Tribunal Supremo, contenida en la sentencia de 22 de marzo de 1952, confirmada en las de 30 de septiembre de 1964, 28 de febrero de 1968, 8 de mayo de 1982, 10 de febrero de 1983 y 7 de febrero de 1985, considera que el otorgamiento de la escritura pública no es una presunción de que hubo tradición, sino que es el propio otorgamiento una tradición, la instrumental. Que, en conclusión, mediante el otorgamiento de la escritura se ha producido la tradición instrumental que, precedida del contrato, transmite la propiedad y en este caso, dice expresamente la escritura, que la parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud del otorgamiento de la participación de la finca y finca compradas.

IV. El Registrador de la Propiedad en defensa de la nota, informó: 1.º Que en nuestro derecho rige la teoría del título y el modo para adquirir el dominio y los demás derechos reales y, por ello, es necesario para que se produzca la adquisición del dominio que el contrato traslativo vaya seguido de la entrega o tradición. Así lo disponen los artículos 609, 1.095 y 1.462 del Código Civil. 2.º Que lo que se discute en el presente recurso es si el título objeto del mismo implica la tradición instrumental a la que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil. Que hay que entender que no por las siguientes razones: a) Que la escritura dice claramente que la posesión material de lo vendido la retiene la parte vendedora y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.462, el simple otorgamiento de la escritura no equivale, en este caso, a la entrega de la cosa vendida o tradición, lo que hace que la transmisión del dominio no se haya producido y, por tanto, no se pueda inscribir; b) Que poniendo en relación el párrafo 2.º del citado artículo con el primero del mismo, hay que entender que la entrega de la cosa se produce cuando la cosa se ponga en poder y posesión del comprador; o sea, no basta con ponerla en posesión del comprador. Que en el caso que se estudia, el otorgamiento de la escritura no implica la entrega de la cosa vendida, y al no haberse producido otra forma de tradición no se ha transmitido el dominio; c) Que el artículo 1.462 del Código Civil utiliza las palabras entregada y entrega para referirse a la tradición necesaria para transmitir el dominio, explicando en qué consta esa entrega. Que del texto de la escritura resulta claro que no ha habido entrega, pues la cosa se queda en poder del vendedor. Que, por otro lado, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 438 del Código Civil. Que, por tanto, si no ha habido entrega, lo que es innegable, es que no se puede hablar de tradición y ni siquiera de tradición instrumental, pues no se ha dado el hecho real o ficticio de la entrega; d) Que en el caso presente hay dos afirmaciones contradictorias: una que dice que la parte vendedora queda posesionada en concepto de dueña de lo vendido, y la otra que dice que la posesión queda en poder del vendedor. La primera afirmación es intrascendente para determinar si se ha producido la tradición instrumental o no. Que, en cuanto a la segunda afirmación, se considera que es indudable y se ha de entender que no se ha producido la tradición instrumental y la entrega de la cosa; e) Que todas las sentencias que menciona el recurrente parten de la base de que el artículo 1.462 del Código Civil dice que el otorgamiento de la escritura pública implica la tradición, siempre que no resulte claramente lo contrario de la escritura, como sucede en este caso; f) Que el citado artículo 1.462 no se refiere a la propiedad, se refiere a la entrega, que es componente de la transmisión de dominio. 3.º Que lo que parece decir el recurrente es que en el momento del otorgamiento de la escritura se ha producido

lo que la doctrina llama el *constitutum posesorium*, que según dice la doctrina y alguna sentencia del Tribunal Supremo en nuestro derecho se permite en el tal citado artículo 1.462 del Código Civil, en su párrafo 2.º Que el constituto posesivo exige un nuevo título y la clara intención de constituirse, lo que no resulta del documento presentado a inscripción, única materia a la que se ha de referir la inscripción de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. 4.º Que el propio recurrente reconoce que no ha habido entrega, y llega a decir que «...ello no impide que la vendedora sea verdadera dueña de la vivienda desde el otorgamiento»; 5.º Que, en conclusión, si se admite la teoría del recurrente, el artículo 1.462 del Código Civil quedaría sin contenido.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha revocó la nota del Registrador fundándose en que el pacto en cuestión no puede constituir obstáculo suficiente para impedir la eficacia de la tradición instrumental, pues la compraventa se celebró con todos los requisitos formales para su validez, estando los vendedores claramente en la posesión del bien enajenado, debiendo entenderse que desde la fecha del otorgamiento de la escritura los vendedores perdieron el dominio para adquirirlo la parte compradora, con todos los derechos y acciones para reivindicar y defender su propiedad contra quienes se la pretenden discutir. En efecto, la finalidad del pacto es simplemente otorgar a los vendedores un plazo para el traslado y desalojo de la finca y entrega de las llaves.

VI. El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el auto dice que la finalidad del pacto discutido es «otorgar a los vendedores un plazo para el traslado y desalojo de la finca vendida y entrega de llaves», pero de conformidad con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, dicho pacto no puede ser tenido en cuenta ni utilizado como argumento, pues solamente se afirma en el recurso, no resultando de la escritura. Que se está ante un caso en el que de la escritura resulta que no se ha entregado la cosa vendida y según el artículo 1.462 del Código Civil, en este caso el otorgamiento de la escritura no implica la tradición instrumental y, como consecuencia, no se puede decir que se haya transmitido el dominio.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.095 y 1.462 del Código Civil, 7 del Reglamento Hipotecario, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1957, 22 de julio de 1993 y 9 de octubre de 1997 y las Resoluciones de esta Dirección General, de 16 de mayo de 1996 y 25 de enero de 2001.

1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si es inscribible una escritura de compraventa de un piso y una participación indivisa en un garaje, cuando resulta pactada la siguiente cláusula: «La parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud de este otorgamiento de la finca comprada, pero la posesión material de las mismas no se entregará hasta el día 15 de julio de 1996, en cuya fecha, totalmente desocupada y en el mismo estado de conservación en que actualmente se encuentra, se entregará la llave de ella».

2. La decisión del Registrador de no inscribir, basada en que la escritura, concebida con la cláusula expresada, no produce la tradición, no puede mantenerse. En efecto, cuando el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impositivo del hecho traditorio, pues, como han dicho las Resoluciones de

este Centro Directivo, citadas en el «vistos», la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aún cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo segundo del art. 1.462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, revocando la calificación del Registrador y confirmando el auto presidencial.

Madrid, 30 de marzo de 2001.—La Directora general, *Ana López-Monís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra en que «cuando el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio pues, como han dicho las Resoluciones de este Centro Directivo citadas, la escritura pública puede equivaler a la entrega de los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aún cuando no provoque, igualmente, el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, más tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo segundo del art. 1.462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública».

El supuesto de hecho de la presente Resolución se centra en la existencia de una cláusula en la escritura de compraventa, cuyo tenor literal es el siguiente: «La parte compradora queda posesionada en concepto de dueña en virtud de este otorgamiento de la finca comprada, pero la posesión material de la misma no se entregará hasta el 15 de julio de 1996, en cuya fecha, totalmente desocupada y en el mismo estado de conservación en que actualmente se encuentra, se entregará la llave de ella».

El Registrador entiende que en este supuesto la escritura no es título traslativo del dominio, pues no ha habido entrega de la cosa vendida, sin que pueda entenderse, en base al artículo 1.462 del Código Civil, y a lo dicho en la escritura que, en este caso, el otorgamiento de la misma equivalga a la entrega de la cosa, ya que de dicha escritura resulta claramente lo contrario, pues dice que la posesión material no se ha transmitido en el momento del otorgamiento, no resultando tampoco que la finca vendida sea poseída por los vendedores en concepto de precario. Todo ello hace que no se haya adquirido el dominio sobre la finca, puesto que el Código exige la entrega de la cosa.

El Notario mantiene que se afirma cómo la parte compradora queda posesionada en concepto de dueña, y que en dicha cláusula lo único que se mantiene es la existencia de un plazo para la desocupación de la vivienda. Además, la posesión transmitida con el otorgamiento de la escritura es en concepto de dueño, con todos los atributos de la misma, produciendo el efecto de transmitir la propiedad. La tradición de la teoría del título y el modo seguido por el Código Civil instrumental tiene lugar mediante el otorgamiento de la escritura y es suficiente para transmitir la propiedad. La posesión material que es la detentación física no es necesaria para la transmisión de la propiedad.

La doctrina de la presente Resolución no es para nada innovadora, pues sigue la línea mantenida en Resoluciones anteriores, y la doctrina jurisprudencial sentada desde antiguo por el propio Tribunal Supremo, tal y como la propia Resolución señala expresamente (*).

Así pues, cabe señalar que el artículo 1.462 es el primero de los preceptos que regula la *entrega real* de la cosa vendida, y con el que se inicia la Sección Segunda del Capítulo IV, relativo a las obligaciones del vendedor del título de la compraventa; aunque previamente el artículo 1.461 del Código Civil mantiene que el vendedor está obligado a la *entrega* y saneamiento de la *cosa objeto de la venta*.

El artículo 1.462-1.º del Código Civil propone que la *entrega real* de las cosas corporales consiste en poner en poder y posesión de la misma al comprador.

No obstante, al lado de la entrega real están las formas *espiritualizadas* de la entrega (art. 1.462-2.º del Código Civil), que para nuestro estudio vamos a recoger seguidamente:

- *Traditio chartae*, instrumental: Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

- *Constitutum possessorium*: el vendedor continúa poseyendo a título distinto del de dueño.

- *Traditio brevi manu*: el comprador que ya poseía, pasa a hacerlo en concepto de dueño.

- *Tradición simbólica*: respecto de los bienes muebles y de conformidad con el artículo 1.463 del Código Civil: se produce por la entrega de las llaves del lugar donde se hallen éstos, o por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta o éste ya la tenía, cabiendo otras formas de tradición simbólica.

- *Cuasitradición*: respecto de los bienes incorpóreos.

- *Quae in iure consistunt*, juega la entrega simbólica y en su defecto se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que éste haga de su derecho con la anuencia del vendedor.

(*) Por poner un ejemplo, vid. la Resolución de 5 de septiembre de 1988, que afirma que para la inscripción de los Estatutos y su modificación, se requiere el consentimiento unánime de los copropietarios.

Nos interesa para nuestro estudio la primera, y también nos detendremos brevemente sobre la segunda.

El Registrador niega la existencia de la tradición instrumental en base a las siguientes razones:

- Porque la propia escritura mantiene que la posesión material de lo vendido la retiene la parte compradora. No hay transmisión del dominio.
- A su juicio, la entrega de la cosa sólo tiene lugar cuando la cosa se pone en poder y posesión del comprador, o sea, no basta con ponerla en posesión del comprador.
- Que el otorgamiento de la escritura, en este caso, no produce la entrega, y además no hay otra forma de tradición por lo que no se transmite el bien.

Lo que se produce en el supuesto de hecho es una confusión entre *posesión jurídica*, *posesión material (mediata e inmediata)*, y *detentación física o material*.

En la posesión jurídica de la cosa se utiliza como vehículo traditorio, a los fines de entrega, la forma espiritualizada de transmisión, como es el otorgamiento de escritura pública.

La posesión material es la posesión inmediata y, a su vez, también es la detentación física o material que no es necesaria para la transmisión de la propiedad.

En nuestro caso la vendedora tiene la posesión jurídica de la finca que transmite de forma espiritualizada a través de la escritura de compraventa, y a su vez mantiene durante un plazo (o término final) de tiempo, la posesión inmediata o detentación física de la misma (que se sustenta y deriva del propio contrato de compraventa). Mientras que la compradora adquiere la transmisión del bien inmueble a través de la señalada escritura pública de compraventa donde confluyen el título de dominio y el modo de entrega, si bien su posesión es de carácter mediato hasta que transcurra el plazo fijado y convenido contractualmente entre ambas partes, momento en el cual se hará efectiva la posesión inmediata y detentación jurídica de la misma.

El juego de la presunción de la tradición instrumental, ínsita a través de la escritura pública, no requiere una declaración expresa de las partes de que el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición. Pero, además, si después del otorgamiento el vendedor sigue poseyendo la cosa, lo hará sin ningún título y será un mero precarista. Así ocurre en el supuesto de hecho donde se queda el vendedor con la posesión inmediata durante un plazo fijado para el desalojo de la vivienda.

En cuanto a la segunda de las formas espiritualizadas de la entrega, el *constituto posesivo*, la tradición se produce también a través de la escritura de venta, quedando el vendedor en posesión de la cosa en virtud de otro título, como puede ser, por ejemplo, el de arrendamiento. La posesión mediata y la inmediata coinciden en el mismo sujeto, el vendedor convertido en arrendatario de la finca que fue suya en su día. Cuestiones totalmente diferentes del supuesto que nos ocupa.

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

COSA JUZGADA.—CLASES Y EFECTOS. (STS DE 24 DE FEBRERO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La cosa juzgada material presupone la firmeza de la sentencia que resuelve el fondo de la controversia y produce dos clases de efectos: Uno negativo o preclusivo y que hay que referir a que impide plantear un nuevo proceso sobre asunto ya resuelto, y otro positivo (vinculante o prejudicial) y opera en el sentido de no poder decidirse en proceso ulterior un tema o punto litigioso de manera distinta a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en pleito procedente (sentencia de 26-2-1990), mediante este efecto se crea una premisa que vincula a lo que se resuelva en la resolución judicial de futuro, al desplegar su eficacia en el juicio siguiente (sentencia de 21-3-1996).

Con mención a las identidades entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, esta Sala tiene declarado que la concurrencia de las mismas ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso, de manera que la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo (sentencias de 3-4-1990 y 27-11-1993).

LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS TIENEN PRIMACIA SOBRE EL DERECHO ESPAÑOL. (STS DE 2 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Los Reglamentos Comunitarios resultan obligatorios, siendo directamente aplicables en cada uno de los Estados miembros desde su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, ostentando por tanto supremacía sobre el Derecho Interno español (art. 189 del Tratado de Roma), ya que su aplicación es prioritaria incluso a las leyes, lo que

no sucede con las Directivas, que en términos generales y sin dejar de lado las decisiones interpretativas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sólo imponen dictar normas internas para llevar a cabo su aplicación.

EL LUCRO CESANTE DEBE APRECIARSE CON CRITERIO RESTRICTIVO.
(STS DE 2 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo caben incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista o incluso el criterio restrictivo para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que el rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar el nexo causal entre el hecho y el beneficio dejado de percibir y la realidad de éste.

EL APODERADO NECESITA PODER EXPRESO PARA DONAR. (STS DE 6 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala, que se decanta por la cautela a la hora de admitir la validez de los actos de disposición que no aparezcan claramente especificados en el poder, ha sentado que para realizar actos de riguroso dominio, como el de donar, no valen las presunciones, sino que es indispensable el mandato expreso, cual exige el artículo 1.713 del Código Civil que, en verdad, equivale más bien a mandato especial y en la coyuntura de autos, el poder, redactado en términos de generalidad, no menciona los actos dispositivos a título gratuito, sino que por el contrario, se refiere expresamente a adquirir y enajenar por compraventa, e inclusive, respecto a otros actos o contratos, menciona la determinación del precio entre las facultades concedidas a la mandataria en la concreción de las condiciones de los mismos, y por ello, y ante la imprecisión de la expresión «por otro título» acompañatoria en el documento a la facultad de enajenar, se sienta en esta sede que el poder que el recurrente tenía otorgado a favor de su esposa no facultaba a ésta para hacer las donaciones litigiosas.

LA NIMIEDAD DEL VALOR RESIDUAL NO INDICA, POR SI SOLA, QUE EL CONTRATO DE LEASING HAYA SIDO SIMULADO. (STS DE 6 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia recurrida aceptó la tesis de la existencia de una simulación relativa, entendiendo que bajo la apariencia de un contrato de arrendamiento financiero se encubría realmente una compraventa de bienes muebles a plazos. La fundamentación de la tesis de simulación no se puede mantener con lo expuesto en la sentencia recurrida, porque aparte de beneficiarse las partes contratantes de los beneficios fiscales que el contrato de arrendamiento financiero goza en atención, entre otras circunstancias, a que la adquisición del equipo industrial no figura como activo de la socie-

dad arrendataria, al no adquirir la propiedad de los bienes muebles de cuyo uso disfruta a consecuencia del arrendamiento y, sin embargo, se consideran gastos de explotación las rentas mensuales que la entidad industrial abona en virtud del contrato, esta argumentación de la sentencia no vale, ya que puede invalidar, sin excepción, cualquiera de los contratos de esta especie. Establece, a este respecto, la sentencia recurrida tres razones por las que entiende que no es un contrato de leasing y sí de venta de bienes muebles a plazo; la más fundamental, la primera, es la cuantía del valor residual para el supuesto de que se ejercite la opción de compra de las cosas objeto del contrato, una vez cumplido el término de duración establecido para el arrendamiento, que es muy inferior a cada una de las cuotas mensuales y que solamente representa el 0'66 por 100 sobre el precio total de los bienes entregados; al respecto hay que tener presente que de acuerdo a la actual doctrina de esta Sala (sentencias de 28-11-1997 y 2-12-1999), este dato de la nimiedad del valor residual no es indicativo, por sí solo, para entender que no estamos en presencia de un leasing financiero.

ACCION RESCISORIA: NO ES NECESARIO UN PLEITO PREVIO PARA ACREDITAR LA INSOLVENCIA. (STS DE 7 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Se han cumplido todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para el éxito de la acción rescisoria, cuales son la existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado, así como la realización de un acto o contrato posterior que hace salir el bien del patrimonio enajenante y, por último, el propósito defraudatorio de enajenante y adquirente del bien, que sale del patrimonio del deudor.

La doctrina de esta Sala tiene declarado al respecto que no es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia o que ésta tenga que ser total, siendo suficiente que concurra minoración económica provocada para cubrir la integridad de la deuda, causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor por la actuación fraudulenta del obligado, siendo esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan.

FUERZA MAYOR: NO LA CONSTITUYE LA ACTUACION DELICTIVA DE UNOS HUELGUISTAS. (STS DE 14 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—El empresario ha de responder de los actos de sus dependientes en cuanto éstos obren como instrumento para el funcionamiento de la empresa. Ciertamente, la huelga es un derecho de los trabajadores para la defensa de sus intereses, conforme al artículo 28.2 de la Constitución Española. Derecho subjetivo y derecho fundamental a la par, pero éste consiste en su contenido en la cesación del trabajo en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revertir, pero no permite coacciones sobre personas y bienes del propio empresario y menos aún de terceros. La responsabilidad de la empresa es una responsabilidad directa y no subsidiaria.

La sentencia de esta Sala 451/2000, de 18 de abril, sostiene al respecto que la retención o apropiación por los trabajadores de una empresa de una cantidad de dinero que ésta se hallaba obligada, a virtud de un contrato, a entregar a otra empresa, no constituye caso fortuito ni fuerza mayor que eximan de pagar a la acreedora dicho dinero, sin perjuicio de las acciones que aquélla pueda ejercitar contra los trabajadores.

LITISCONSORCIO PASIVO: SOLO ES NECESARIO DIRIGIR LA DEMANDA CONTRA AMBOS CONYUGES CUANDO SE EJERCITAN ACCIONES REALES. (STS DE 19 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se trata del ejercicio de acciones reales contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, se hace necesario que aquél que se crea asistido de alguna de dichas acciones, la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que el ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pero cuando se postula la eficacia o ineficacia y consecuencias de una relación negocial o contractual, basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que fue parte en el contrato, entendiéndose aplicable al caso el artículo 1.385-2.º que contempla el supuesto en que la actuación individual de un cónyuge vincula a los dos, lo que excluye la excepción litisconsorcial.

EL ESTABLECIMIENTO DE LINEAS EROTICAS NO CONSTITUYE MAL USO DEL SERVICIO TELEFONICO. (STS DE 22 DE MARZO DE 2001.)

Hechos.—La Compañía Telefónica procedió unilateralmente al corte de determinados números utilizados por la empresa «Linotel, S. A.», que estaban destinados a la prestación de servicios de carácter erótico. Estaba pactado, entre ambas empresas, que el mal uso del servicio daría lugar a la extinción del contrato. Pero el Supremo estima que el establecimiento de líneas eróticas no puede considerarse «mal uso».

Doctrina de la Sentencia.—El problema está en si «Telefónica de España, S. A.» pudo resolver unilateralmente el contrato. La respuesta es negativa. La cláusula 8.7 impone una responsabilidad al contratante, cuyo «grave incumplimiento» da lugar a la extinción del contrato, así como el mal uso del servicio, o el ser contrario a su finalidad social. Pero el servicio, consistente en comunicaciones eróticas o de multiconferencia, no puede ser considerado grave incumplimiento, ni mal uso ni contrario a finalidad social, por cuanto ello no consta, sino unas genéricas protestas que dieron lugar, no a que se suprimieran tales servicios, sino que se regularan; así, la Resolución de 29 de enero de 1993, de la Secretaría General de Telecomunicaciones, y en la actualidad se mantienen tales servicios.

No hay, pues, un incumplimiento, un mal uso o un uso contrario a la finalidad social en la actuación de «Linotel, S. A.», considerado desde un punto de vista jurídico.

TUTELA JUDICIAL.—COMPENSACION: DEBEN CONCURRIR CREDITOS RECIPROCOS. (STS DE 26 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe alegar falta de tutela judicial por ser doctrina del Tribunal Constitucional que no hay vulneración del artículo 24 CE cuando la indefensión alegada se deba en realidad a pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o de los profesionales que las representen o defiendan (SSTC 140/97 y 82/99).

Si bien la doctrina de esta Sala no impone para la compensación judicial que las deudas compensables sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, sí requiere que concurren créditos y títulos recíprocos y que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio.

NO PUEDE TENER LA CONDICION DE TERCERO DE BUENA FE EL QUE ADQUIERE UN INMUEBLE DE UNA PERSONA CASADA QUE ACTUA SIN EL CONSENTIMIENTO DE SU CONYUGE. (STS DE 27 DE MARZO DE 2001).

Doctrina de la Sentencia.—El que se les considere a los compradores como adquirentes de buena fe por la Sala de instancia, no implica sino una atenuación de su actitud procesal para que, pese a haberse desestimado su pretensión, no imponerle las costas, pero en caso alguno puede ello determinar una preferencia en su título adquisitivo que le haga inatacable, cuando el mismo emana de un contrato que es anulable al haber sido otorgado por persona que no tenía el poder dispositivo amplio al tratarse de un bien ganancial y era preciso, pues, la concurrencia del consentimiento válido de la esposa.

Esa buena fe nunca puede equivaler a la derivada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a la consideración de tercero de buena fe del adquirente.

En cuanto a la repercusión de los efectos de la nulidad que se declara al carecer el causante de los actores de la capacidad necesaria para disponer, es una consecuencia obligada, porque al carecer de la tutela específica del artículo 34, al no ser terceros de buena fe, se desmonta su adquisición.

ACCION REVOCATORIA O PAULIANA: REQUISITOS. (STS DE 29 DE MARZO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia viene declarando las condiciones determinantes y específicas de la concurrencia del fraude de acreedores como precisas para la efectividad de la acción revocatoria o pauliana, con reintegro al patrimonio del deudor de los bienes que se hayan enajenado fraudulentamente, siendo dichos requisitos: a) La existencia de un crédito a favor del accionante, y b) Que se dé la realidad de una efectiva transmisión de bienes del deudor a terceros.

El crédito tiene que ser anterior al negocio fraudulento.

El deudor que no paga, pero no transmite sus bienes a terceros para trocarse en insolvente, no puede decirse que perjudica a su acreedor, que encontrará siempre en la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil, la garantía de su derecho. Tal precepto ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que tal afectación pro-

clamada, no sólo se manifiesta en trance de ejecución forzosa sobre su patrimonio, cuando incumple sus obligaciones, sino que significa asimismo que dicho patrimonio responde directamente del cumplimiento.

Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura exigencia posterior del crédito.

Los requisitos de la acción revocatoria han de concurrir para su éxito, pero ello no supone que aparezcan condicionados entre sí y no precisa el acreditamiento de la solvencia del deudor.

La existencia de fraude en los contratos, a efectos de posibilitar su rescisión, no está limitada a los casos de presunción que establece el artículo 1.297 del Código Civil, sino que puede apreciarse por modos y medios distintos de los que aquel precepto señale, y sin que para ello sea necesario obtener una declaración de insolvencia en juicio previo, cuando por el conjunto de la prueba se estima que el contrato se otorgó en fraude de acreedores, sin poder el acreedor hacer efectivo su crédito en bienes del deudor.

SIMULACION DE CONTRATO: ES RADICALMENTE NULO EL CONTRATO SIMULADO CUANDO SE HACE PARA DEFRAUDAR DERECHOS DE TERCEROS. (STS DE 2 DE ABRIL DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—La validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones doctrinales y jurisprudenciales divergentes. En muchas ocasiones (sentencias de 22-1-1991, 21-1-1993 y 14-3-1995) se ha admitido dicha validez atendiendo a las circunstancias concurrentes, especialmente cuando el acto era de naturaleza remuneratoria con el que el donante trataba de compensar importantes servicios a él mismo prestados.

En otras, por el contrario, se ha negado tal validez al no haberse demostrado rigurosamente la concurrencia de los requisitos que establece el artículo 633 en relación con el 618, ambos del Código Civil (causa de liberalidad, *animus donandi*, aceptación del donatario); no considerándose admisible que se equipare la aceptación de la compra con la imprescindible aceptación de la donación que se decía disimulada; afirmándose que si el consentimiento y la causa que se manifestaron al Notario eran de venta, no podían entenderse equivalentes a los que exigía la donación.

Esta Sala ha de aceptar el planteamiento del Juzgado y de la Audiencia Provincial por cuanto no nos hallamos ante el simple deseo o voluntad de remunerar servicios prestados, lo que ha permitido suavizar en ocasiones el rigor de los requisitos que establece el artículo 633, sino ante la deliberada intención de hacerlo a expensas de los derechos legítimos del actor, los cuales, sin posible excusa, tenían que ser escrupulosamente respetados por su causante, tanto en actos *inter vivos* como *mortis causa*. Por ello, el móvil de los otorgantes del contrato, al perseguir un ilícito e inmoral fin defraudatorio de los derechos del actor, se eleva a la categoría de causa, determinando la nulidad radical del referido negocio.

LA EJECUCION DE LA HIPOTECA PREFERENTE PRODUCE LA EXTINCION DE LAS CARGAS POSTERIORES. (STS DE 9 DE ABRIL DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Es de utilizar lo establecido en la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el sentido de que la ejecución provocada por una hipoteca preferente en rango actúa respecto a todas las cargas y gravámenes posteriores a ella, con el efecto de producir la extinción de las mismas; dicho lo anterior, hay que traer a colación la doctrina jurisprudencial, contenida entre otras en la sentencia de 22-5-1963, según la cual la hipoteca preferente opera al modo de una condición resolutoria, que en méritos del proceso de ejecución queda cumplida, ocasionando la liberación total de las posibles hipotecas posteriores y de los gravámenes inscritos con posterioridad, porque el adjudicatario ha de recibir los bienes libres de toda carga o limitación que no sea anterior o preferente a su propio crédito, esto es, en el estado que tenían al ser inscrita la hipoteca, pues la prelación hipotecaria en su efectividad ejecutiva provoca la liberación o extinción de gravámenes o anotaciones posteriores.

ATENUACION DEL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (STS DE 10 DE ABRIL DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha atenuado el automatismo del expresado principio, 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 al deudor moroso, precisamente por su conducta reuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor 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 porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL UNICAMENTE ESTABLECE QUIEN HA DE SOPORTAR LA FALTA DE PRUEBAS. (STS DE 26 DE JUNIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—En sede casacional únicamente ha de acudirse a las reglas sobre carga de la prueba cuando los hechos fundamentadores de las pretensiones de las partes no hayan resultado probados, independientemente de cuál de ellas haya aportado los elementos probatorios (sentencia de 27-1-1996). El artículo 1.214, como reiteradamente ha dicho este Tribunal, no tiene otro alcance que el de determinar los efectos que la carencia absoluta de prueba produce en un proceso; establecer quién ha de soportar la falta de pruebas, pero tal precepto sólo será posible infringirlo cuando efectivamente haya absoluta falta de prueba. Nunca cuando en autos existan pruebas, cualquiera que sea la parte que las aporte o su especie, pues todas las contenidas en los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 1.215 del Código Civil son aptas para producir la convicción judicial.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: LINEA CUASI-OBJETIVA. (STS DE 27 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Existe ya una doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala, que puede estimarse como consolidada, que establece la tesis del riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva, minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la integridad física de las personas, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el artículo 1.902 del Código Civil, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba (sentencias de 8-10-1996 y 30-7-1998).

DAÑOS CONTINUADOS. PRESCRIPCION. (STS DE 2 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Está consolidada la doctrina jurisprudencial relativa a que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva o interrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie perseguida (sentencias de 15 y 20 de marzo de 1993).

COMPETENCIA DESLEAL: ACTOS DE APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACION AJENA. (STS DE 6 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Ha declarado ya esta Sala, en sentencia de 6 de febrero de 2001, que constituyen actos típicos de aprovechamiento de la reputación ajena, las alusiones por una persona a sus pasadas conexiones comerciales con otra para aprovecharse indebidamente de la fama de ésta. Por lo que resulta plenamente aplicable el artículo 6 de la Ley de Competencia Desleal que veda, como dice la sentencia de 11 de julio de 1997, los actos que generen e inducen a confusión con la empresa, actividades, productos... competidores, así como cuando se hace un uso injustificado de los mismos.

NO SE PUEDE CONDENAR A UN CODEMANDADO AL PAGO DE LAS COSTAS CAUSADAS POR EL CODEMANDADO ABSUELTO. (STS DE 6 DE JULIO DE 2001.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de esta Sala que las costas debidas a la intervención de un codemandado absuelto no pueden imponerse al codemandado condenado (sentencias de 1-3-2000 y 12-7-2000) y además que, salvo supuestos excepcionales de confusionismo imputable a los propios codemandados, las costas causadas por la intervención de un codemandado absuelto que hubiera sido llamado al proceso, a instancia del actor, para evitar una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, deben ser impuestas al

demandante (sentencias de 18-3-97 y 23-3-99). Y es que, como razona la sentencia de 11-4-2000, la motivación por razones procesales o materiales de demandar a una persona, siempre existe; pero si resulta no ser ajustada a derecho y se desestima la demanda, aquella motivación no puede tenerse como justificación para no imponer las costas a la parte demandante. Desde el punto de vista del demandado absuelto, no tiene por qué soportar la carga de ser demandado de forma infundada, ya que la demanda es desestimada.

JOSÉ QUESADA SEGURA

LA FACULTAD MODERADORA NO PERMITE ELIMINAR LA PENA CONVENCIONAL. (STS DE 10 DE MAYO DE 2001.)

Cuando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial (o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1.154 del Código Civil, si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial; es el caso del retraso en el cumplimiento de la obligación, habiendo cláusula penal sobre el mismo, como en el presente caso. La facultad moderadora está prevista para la cláusula penal relativa al cumplimiento de la obligación y ésta no se incumple, pero sí se cumple parcial o defectuosamente; aplicar aquella facultad cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial, sería ir contra el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil y el principio de *lex contractus* del artículo 1.901 del mismo Código: ambos consagran el principio básico del derecho de obligaciones: *pacta sunt servanda*, que no pueden ser sustituidos por el órgano jurisdiccional.

FUNCION DEL RECURSO DE CASACION. (STS DE 17 DE MAYO DE 1001.)

La función del recurso de casación es la de velar por la aplicación del derecho, revisar el juicio emitido sobre el fondo del asunto y comprobar que la ley adjetiva y material se ha aplicado correctamente, es el juicio jurídico sobre el enjuiciamiento; de lo que deriva que no es una tercera instancia, por lo que no cabe entrar en los hechos, revisar la prueba, mantener una versión fáctica favorable a sus intereses, lo que implica que no cabe pretender una nueva valoración de la prueba, ni tampoco hacer supuesto de la cuestión en el sentido de partir de datos fácticos distintos a los declarados probados en la instancia.

LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE Y DISTRIBUIDOR DEL PRODUCTO POR DAÑOS CAUSADOS EN SU USO NO TIENE LA NATURALEZA CONTRACTUAL COMO LA DEL VENDEDOR. (STS DE 22 DE MAYO DE 2001.)

En su fundamentación se analiza el artículo 25 del Real Decreto 2216/85, de 23 de octubre, resaltando cómo en las etiquetas de los envases del producto adquirido por la actora se cumplían sus normas. Por otra parte, EUROQUEM, S. A., se limitó a venderlo a la codemandada Pérez Lázaro, S. A., y no

es materialmente posible que controle el uso que esta última sociedad iba a hacer del producto. Además, e indicándose claramente en la etiqueta que se prohibía su reventa, es imposible el control sobre el cumplimiento de dicha prohibición por el adquirente del producto.

El motivo se estima porque la sentencia de la Audiencia atribuye responsabilidad a la recurrente NCH Española, S. A., por defectos en el etiquetado del producto, siendo así que, según consta en autos, el mismo era acorde con las exigencias del Real Decreto 2216/85. En efecto, dice que carecía de la indicación sobre la concentración de ácido sulfúrico que componía el producto, pero no tiene en cuenta que, aparte de las extensas instrucciones para su uso, impresas en el etiquetado, y de las lesiones capaces de originar en la piel del usuario si no se seguían, figuraban en el mismo dos calaveras con tibias cruzadas, pictograma que indica que el producto es muy tóxico. No es razonable exigir en estas circunstancias el grado de concentración, bastaba con la advertencia que se lee en el etiquetado, de que el producto contenía ácido sulfúrico concentrado. Cualquier usuario conoce que estos pictogramas, con la indicación de veneno, indican la peligrosidad del producto, nadie repara a continuación en el grado de concentración de la sustancia peligrosa por sí misma.

DEBER DE INFORMACION DEL CONTRATO DE SEGURO. (STS DE 22 DE FEBRERO DE 2001.)

El deber de información que el artículo 10 de la Ley 507/1980 impone al tomador del seguro, ha sido concebido más que como un deber de declaración, como un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que se le pregunta por el asegurador; aunque este deber de información se extiende a todas las circunstancias subjetivas u objetivas que, de ser conocidas por el asegurador, puedan influir decisivamente en su voluntad de celebrar el contrato, las consecuencias que establece el citado artículo 10 exigen la existencia de un cuestionario formulado por el asegurador previamente a la celebración del contrato. Inexistente en el presente caso, cuestionario alguno, no puede establecerse, a su amparo, la consecuencia exoneratoria para la mitad de la entidad aseguradora de la ocultación de esas circunstancias personales del recurrente. En tal sentido se ha cometido por la sentencia *a quo* la infracción denunciada.

EL TERCERISTA DE DOMINIO DEBE ACREDITAR SU DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL BIEN EMBARGADO. (STS DE 24 DE MAYO DE 2001.)

Viene sustentándose la demanda rectora en la invocación de un dominio que haga inadecuado el embargo trabado, por lo que ha de procederse a su levantamiento al no ser, inevitablemente por esa tan importante circunstancia, del litigante al que se le ha embargado el bien trabado, y concluye al argumentar así el recurso que «el tercerista no tiene que demostrar el dominio (título y modo) sobre la finca u objeto embargado, sino simplemente un derecho que le permita instar el alzamiento del embargo», con lo cual, además de derivar de la invocación inicial, no expresa cuál sea ese otro derecho suficiente para reducir el motivo a una discrepancia de la Sala de instancia que,

como ya quedó expuesto, no admite el título invocado y desde la identificación del objeto en su descripción, con la ineficacia que atribuye al resto de las pruebas, como le corresponde, resuelve en términos que aquí obligan a la desestimación del motivo de recurso.

INTERPRETACION SISTEMATICA DEL CONTRATO. (STS DE 19 DE FEBRERO DE 2002.)

Hechos.—Se trata de un contrato de obra para efectuar un tramo de carretera subcontratado. Existe una falta de prueba del intento de medición conjunta contractualmente pactado a fin del pago de la obra ejecutada.

Doctrina.—Se reprocha a la sentencia recurrida el haber puesto en relación las cláusulas 3.^a c) y 7.^a con la cláusula 5.^a del contrato, haciéndolas depender de esta última cuando, según la recurrente, serían cláusulas totalmente independientes en las que la 5.^a tendría una especial relevancia porque significaría que las empresas litigantes podían no medir la obra y remitirse a lo medido por la Administración y la contratista AZVI, S. A., confiando así la subcontratista EXNICOSA en el recto proceder de la Administración y la buena fe de AZVISA. Como, según la recurrente, pues «la cláusula 5.^a, al remitirse a la medición entre AZVISA y la ADMINISTRACION, hace cuando menos innecesaria, en la mayor parte de los casos, la medición conjunta entre las partes», el motivo concluye añadiendo la cita del artículo 1.258 del Código Civil como precepto igualmente infringido por la sentencia recurrida, «al hacer innecesariamente una interpretación sistemática sin justificación alguna».

El motivo así planteado no puede ser estimado, y ello porque es en sí mismo incoherente propugnar una interpretación literal del contrato para, sin embargo, acabar proponiendo una conclusión interpretativa propia y personal de la recurrente, cual es que las mediciones conjuntas entre contratista y subcontratista eran innecesarias en la mayor parte de los casos, lo que casi equivale a decir que serían innecesarias siempre por cuanto, según la tesis interpretativa del motivo, la intervención de la Administración, obligada en último extremo, acabaría en cualquier caso supliendo la inactividad de empresas litigantes.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

RESOLUCION DE CONTRATO. NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCION DE UN CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OTRA PARTE EL CONTRATANTE QUE HAYA INCUMPLIDO PREVIAMENTE EL REFERIDO CONTRATO. NO PROCEDE LA ESTIMACION DE UN RECURSO DE CASACION CUANDO HAYA DE MANTENERSE SUBSISTENTE EL PRONUNCIAMIENTO O «FALLO» DE LA SENTENCIA RECURRIDA, AUNQUE SEA POR OTRA MOTIVACION. (STS DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

No triunfa el recurso de casación.

Presupuestos fácticos.—Mediante documento privado de fecha 3 de enero de 1988, de una parte, doña Josefa Bonachera Martínez, y, de otra, don Antonio Navarro Valverde, que actuaba en su propio nombre y derecho y, además, como representante de sus hijas doña Encarnación, doña María del Carmen, doña Carmen y doña Antonia Navarro López, celebraron un contrato en cuyo apartado 1 se dice que don Antonio Navarro Valverde y sus referidas hijas son dueñas en pleno dominio del chalet que allí se describe. Doña Josefa Bonachera Martínez es dueña en pleno dominio del solar que allí se describe, y se agrega que sobre la misma finca su propietaria pretende construir veinticuatro viviendas dúplex, locales comerciales y viviendas, todas ellas de protección oficial. Don Antonio Navarro Valverde por sí y en nombre de sus mencionadas hijas, vende el pleno dominio de la finca libre de cargas y gravámenes y al corriente de contribuciones e impuestos. Además, como se van a construir viviendas de protección oficial para dicha construcción, le conceden un préstamo. Don Antonio Navarro Valverde entregará las llaves del chalet en el plazo de un mes, a contar desde la fecha de este documento, y se otorgará escritura de venta tan pronto como le sea abonado el último cheque. Paralelamente a esto, decir que, mediante acta notarial de fecha 15 de mayo de 1989, autorizada por el Notario de Almería, don Ramón Alonso Fernández, bajo el número 1.169 de protocolo, doña Josefa Bonachera Martínez requirió a don Antonio Navarro Valverde en los siguientes términos: «Es requerido, además de su propio nombre y derecho, como apoderado de sus hijas doña Encarnación, doña María del Carmen, doña Carmen y doña Antonia Navarro López, para que le otorguen escritura pública de compraventa del chalet sito en... Dada su negativa a efectuar el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, a que venían obligados a partir del 27 de febrero de 1988, si en el plazo de cinco días no proceden a efectuarlo, acudirá a los tribunales para lograr la efectividad de su derecho». A dicho requerimiento, don Antonio Navarro Valverde contesta en los siguientes términos: «Que está de acuerdo en el otorgamiento de la escritura, siempre y cuando se le notifique día, hora y Notaría para ello, de acuerdo con lo pactado en contrato privado. Que como quiera que estamos ante obligaciones recíprocas, es procedente el cumplimiento mutuo, por lo que simultáneamente al otorgamiento de escritura se debe por el requirente dar cumplimiento al contrato, o, en su defecto, presentar certificado de libertad de cargas y gravámenes, por supuesto de hipoteca, respecto a los dúplex que son parte del precio, que me han de ser entregados».

Pues bien, con base en estos presupuestos fácticos, fueron promovidos dos procesos: A) En septiembre de 1989, doña Josefa Bonachera Martínez promueve contra don Antonio Navarro Valverde y sus hijas doña Encarnación, doña María del Carmen, doña Carmen y doña Antonia Navarro López, un juicio de menor cuantía en el que postula se dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos: *a)* Declarar resuelto el contrato de compraventa entre actora y demandados; *b)* Se condene solidariamente a los demandados a reintegrar y pagar a la actora; *c)* Asimismo, se condene a los demandados solidariamente a abonar a la actora las cantidades que se acrediten en ejecución de sentencia en concepto de indemnización de daños y abono de intereses, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.124 del Código Civil. B) En julio de 1990, don Antonio Navarro Valverde y sus hijas doña Encarnación, doña María del Carmen, doña Carmen y doña Antonia Navarro López, promueven contra doña Josefa Bonachera Martínez un juicio de menor cuantía en el que postula «se condene a la demandada doña Josefa Bonachera

Martínez: Primero. A elevar a escritura pública el contrato estipulado entre los actores y la demandada en fecha 13 de enero de 1988. Segundo. Para que otorgue a favor de los actores, escritura pública de las seis viviendas dúplex que se especifica y describen en la demanda, libres de cargas y gravámenes, y que de no hacerlo así, en el plazo prudencial que fije el Juzgado, se otorgará judicialmente, a su costa, haciéndose entrega de las viviendas dúplex que se concretan. Tercero. Que se condene a pagar los daños y perjuicios causados y los que se causen hasta que se haga la entrega efectiva de seis viviendas o dúplex, tales como el no uso de los mismos desde el 13 de enero de 1990 en que debieron de ser entregados, así como las diferencias fiscales que existan entre viviendas de protección oficial, pactadas y convenidas, y las libres, realizadas; las cargas y gravámenes constituidos sobre dichos inmuebles y cuantos más daños y perjuicios se han producido.

Doctrina de la Sentencia.—Entrando a conocer del fondo del asunto, nos encontramos ante un **contrato de permuta**, según resulta de aplicar el artículo 1.446 del Código Civil, y examinar el valor de la cosa dada en parte del precio muy superior al del dinero con el que también se paga parte del precio del chalet entregado a cambio. Ante todo decir que es reiterada y uniforme doctrina de esta Sala la de que no cabe estimar recurso cuando haya de mantenerse subsistente el pronunciamiento o «fallo» de la sentencia recurrida, aunque sea por otros fundamentos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta. Sentada dicha premisa trascendental y básica, a la que después habremos de volver a referirnos, ha de tenerse en cuenta que la calificación e interpretación de los contratos, no obstante ser, en principio, función privativa y propia de los juzgadores de la instancia, puede ser sometida a revisión casacional cuando la labor exegética realizada por los mismos sea irracional, ilógica o conculcadora de las normas de la hermenéutica contractual. Cuando el precio de una transmisión onerosa consista en parte del dinero y parte en otra cosa, el primer criterio al que ha de atenderse para calificar dicha transmisión onerosa de permuta o de venta es el de la intención manifiesta de los contratantes, artículo 1.446 del Código Civil. De la simple lectura del contrato litigioso, celebrado mediante documento privado, por el que don Antonio Navarro Valverde y sus hijas transmiten a doña Josefa Bonachera Martínez el dominio del chalet que en dicho documento privado se describe a cambio del pago por ésta a aquéllas y de la entrega de seis viviendas dúplex a construir por la señora Bonachera, de la lectura de dicho contrato, repetimos, se desprende claramente que la intención manifiesta de las partes contratantes era la de celebrar un contrato de venta, y por ello no puede ser aceptada la calificación de permuta que la sentencia recurrida hace del contrato litigioso, aunque tal calificación sea indiferente para la única pretensión deducida en el proceso de la actora: resolución de dicho contrato por negativa de la otra parte a otorgarle escritura pública del chalet, sino que ha de ser considerado como contrato de compraventa. Y después de exponer la doctrina jurisprudencial, con arreglo a la cual la resolución de un contrato por incumplimiento de una de las partes sólo puede pedirla aquella parte que haya incumplido las obligaciones que a ella le incumben, la sentencia lo desestima razonando lo siguiente: Aplicando lo anterior al caso que nos ocupa, resulta que la señora Bonachera ofreció a cambio del chalet y como parte del precio, seis viviendas tipo dúplex de protección oficial a construir sobre un terreno libre de cargas y gravámenes. Entregada la posesión de aquel chalet y recibido

parte del precio en metálico, los dueños del mismo se oponen a otorgar escritura de venta al comprobar que el solar referido estaba gravado con una hipoteca, motivo por el que se niegan a otorgar la escritura pública, lo que da origen a una serie de negociaciones que terminan sin acuerdo. Sin embargo, no se puede confirmar dicha resolución contractual porque la referida parte había incumplido a su vez una de sus obligaciones, además de forma maliciosa, ya que se hizo constar en el contrato que el solar sobre el que se iban a construir los dúplex estaban libres de cargas y gravámenes, lo que no era cierto en la fecha de aquel contrato y aunque sea cierto que la misma se cancela cuando faltan tres días para la fecha de la entrega de los dúplex. Además de lo expuesto, decir que es doctrina de esta Sala la de que la apreciación del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es de la exclusiva incumbencia de los juzgadores de la instancia, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida en casación, salvo que la misma sea desvirtuada por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba. En el presente supuesto litigioso, la sentencia recurrida declara probado, y aquí ha de ser mantenido incólume, que la actora y recurrente, doña Josefa Bonachera Rodríguez, comenzó por incumplir el contrato litigioso desde el momento mismo de su celebración y que, además, lo hizo de forma maliciosa, pues como hemos dicho antes, afirmó que el solar sobre el que se proponía construir los dúplex se hallaba libre de cargas y gravámenes, siendo ello incierto, pues el referido solar se hallaba gravado con una hipoteca, lo que al ser conocido posteriormente por los vendedores, infundió en éstos un justificado temor a verse perjudicados en sus derechos, que fue el determinante de su negativa a otorgar la escritura pública de venta del chalet hasta que quedara suficientemente clarificada la situación jurídica del expresado solar, y además la mera y simple negativa de un vendedor a otorgar escritura pública de venta, cuando el contrato, perfeccionado y plenamente válido, ya ha sido cumplido por él mediante la entrega, al comprador, del bien inmueble vendido, y no faculta al referido comprador que se encuentra ya en la posesión en concepto de dueño del bien inmueble que le ha sido vendido para pedir la resolución de dicho contrato, sino que simplemente le da derecho a usar de la facultad que le concede el artículo 1.279 del Código Civil, o sea, compeler en vía judicial al vendedor para que proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública si no existen razones para negarse a dicho otorgamiento.

OPCION DE COMPRA: RESOLUCION DEL CONTRATO. (STS DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—En la demanda inicial de los autos de que nace este recurso de casación se solicitaba se declarase resuelto el contrato de compraventa de 1 de julio de 1980, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y al pago al demandante de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados que se determinarían en ejecución de sentencia. La sentencia recurrida en casación, acogiendo parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria del Juzgado, declara resuelto

el contrato suscrito con fecha 1 de julio de 1980 y condena al demandado a desalojar la finca rústica y las construcciones en ella existentes a las que el contrato se refiere, dejándolas a disposición del actor en el prudencial plazo que al efecto se le confiera en ejecución de sentencia, con apercibimiento de lanzamiento en caso de no verificarlo, y haciendo suyas el demandante las cantidades percibidas a consecuencia de dicho contrato. La Sala sentenciadora *a quo*, en su función calificadora del contrato litigioso, afirma que «la repetida intención común fue la de concertar verdadero contrato de opción de compra con pago de prima como contraprestación a compensar, al propio tiempo, en caso de desistimiento del optante, junto con los pagos mensuales hasta entonces verificados, con la posesión de la finca de referencia, a cuya naturaleza no es obstáculo que a su vez quedase condicionada el inicio de la facultad optativa durante un año estipulada, a la previa cancelación por el matrimonio oferente del préstamo hipotecario que gravaba el bien ofrecido, y toda vez que la indeterminación del arranque del meritado período anual ha de concretarse refiriéndola al propio plazo de amortización del gravamen».

Doctrina de la Sentencia.—A partir de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en la regulación del recurso de casación, por la Ley 10/92, de 30 de abril, la resultancia probatoria alcanzada en la instancia sólo puede ser impugnada en casación por la vía del error de derecho en la valoración de las pruebas con cita de las normas legales reguladora de la misma, así pues, en el motivo no se invoca norma alguna sobre valoración de la prueba documental, no teniendo tal carácter el artículo 1, párrafo 3.º de la Ley Hipotecaria, pues lo en él establecido es una especial tutela a que se sujetan las inscripciones, de manera que no cabe alterar su contenido si no es por declaración de la autoridad judicial. Además, se aduce errónea interpretación del artículo 1.124 del Código Civil y se funda el motivo en que el actor incumplió su obligación de cancelar la hipoteca que gravaba la finca, y la solución de este motivo ha de partir del contenido del contrato de opción de compra que suscribieron los litigantes, de manera que dicho derecho de opción podrá ser ejercitado durante un año siguiente al día en que quede totalmente cancelado el préstamo. Añadir a esto que, del contenido de las cláusulas contractuales resulta que hasta tanto no se iniciase el plazo concedido al recurrente para el ejercicio de la opción, los oferentes no estaban obligados al levantamiento de las cargas que gravaban la finca, a fin de entregarla libre de ellas al optante que, en tiempo hábil para ello, hubiese ejercitado su opción y hasta tanto no se iniciase en ese plazo los concedentes de la opción de compra no venían obligados, dada la naturaleza unilateral del contrato de opción de compra a no enajenarla a tercera persona. En realidad, no se ha producido incumplimiento por los propietarios de la finca objeto de la opción de ninguna obligación recíproca que les impida el ejercicio de la acción resolutoria emprendida, y, por otra parte, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de la Sala que declara que la apreciación de si ha existido o no cumplimiento de los contratos, así como cuál de los contratantes ha incumplido primero, en caso de incumplimientos recíprocos, compete a los Juzgadores de instancia, cuyo criterio ha de ser mantenido en casación mientras no sea combatido eficazmente por la vía procesal adecuada.

NOVACION EXTINTIVA SUBJETIVA. NO SE ESTIMA. OBLIGACION DE PAGAR INTERESES A PARTIR DE LA INTERPRETACION EXTRAJUDICIAL. (STS DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.203 del Código Civil establece el instituto de la novación en todas sus posibilidades objetivas y subjetivas, y como una actuación de las partes basada en la aplicación del principio de libertad contractual plasmado en el artículo 1.255 de dicho Código Civil, con lo que logra la modificación e incluso la extinción, según distintos puntos de vista de la doctrina científica de la obligación en cuestión, en cuanto en el presente caso la parte recurrente habla de tal infracción en lo relativo a la novación subjetiva por subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, y sobre esta cuestión hay que proclamar, en principio, la intangibilidad del *factum* de la sentencia recurrida en el momento actual casacional, desde el instante mismo, aparte de la exhaustiva y completa novación de los hechos en el mismo efectuado, y que el mismo se infiere, y así se destaca en la misma, la imposibilidad de que surja la pretendida subrogación. Pero además se corrobora lo dicho, partiendo de la base de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta Sala que proclama que la cuestión de si un contrato ha sido novado o no es, de puro hecho, siendo la afirmación, en este sentido, facultad propia y peculiar del órgano judicial *a quo*. Junto a esto se debate la posible infracción del artículo 1.100 del Código Civil, manteniendo a este respecto que la cuestión planteada es la relativa al pago de los intereses moratorios, no en el pago en sí, sino en relación al momento en que deben empezar a devengarse los mismos, de tal forma que no hay lugar a duda que en el pago de deudas pecuniarias el deudor tiene absoluta discrecionalidad para determinar el momento concreto del cumplimiento, salvo cuando el acreedor cumplidor o lo pactado exijan dicho cumplimiento, y es en este último caso, a partir del cual y hasta el total pago, debe producirse el abono de intereses con arreglo a lo determinado en el artículo 1.101 del Código Civil, y en ese momento, en la presente litis y según se desprenden del *factum* de la sentencia recurrida, se determina que ha existido una reclamación extrajudicial previa a la interposición de la demanda, como es la reclamación formulada por el actor, y como ello es una declaración que no peca de irracional o de ilógica, debe mantenerse la misma en todas sus consecuencias, sobre todo cuando dicho dato fue reconocido por la parte demandada.

INDEMNIZACION POR SECUELA DE UN ACCIDENTE: HAY QUE ATENDER AL ESTADO E INTENSIDAD DE LA SECUELA DURANTE LA TRAMITACION DEL PROCESO. EL ARTICULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO SOLO ES APLICABLE CUANDO LA FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACION, DENTRO DE LOS TRES MESES DE OCURRIDO EL SINIESTRO, SEA DEBIDO A CAUSA NO JUSTIFICADA O QUE FUERE IMPUTABLE A LA ENTIDAD ASEGURADORA. (STS DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

El recurso de casación no ha lugar.

Objeto de la litis.—En relación con un accidente de motocicleta con resultado de lesiones y con base en una póliza colectiva de seguro de accidentes, don Raúl González Martínez, lesionado y asegurado, promovió contra la entidad mercantil «Plus Ultra, Compañía de Seguros y Reaseguros», un juicio de menor cuantía del que este recurso dimana. Accidente tras el cual, el demandante sufrió dos clases de lesiones: luxación recidivante de hombro izquierdo y deformación en la nariz, y con base en la póliza citada, el demandante—asegurado lesionado—, pide una serie de indemnizaciones.

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente acusa a la sentencia recurrida de que al haber atendido, para fijar la indemnización procedente, al estado que presentaba la secuela del hombro en la fecha de tramitación de este proceso, en vez de atender al estado de dicha secuela al año siguiente de ocurrencia de los hechos, ha interpretado erróneamente el artículo 8.º de las condiciones generales de la póliza que comienza estableciendo lo siguiente: «1. Si el accidente ocasiona invalidez permanente del asegurado, comprobada y fijada en el término de un año desde su ocurrencia, el asegurador le pagará la indemnización que corresponda...». Pero, es doctrina reiterada y uniforme de la Sala la de que la interpretación de los contratos es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, irracional o conculcador de las normas de la hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable de la interpretación que la sentencia recurrida ha hecho del inciso o apartado 1 del artículo 8 de las condiciones generales de la póliza, pues dicho artículo, correctamente entendido, lo único que establece es que por el concepto de invalidez permanente, supuesto su carácter definitivo e irreversible, se atenderá, a los efectos de su indemnización, a los términos en que la misma quede ya definitivamente comprobada y fijada en el término de un año desde su ocurrencia, pero no prescribe en modo alguno que, tratándose de una secuela reversible, y formulada la reclamación de su indemnización pasado mucho más tiempo—en nuestra litis lo ha sido seis años después de la ocurrencia del accidente—, haya de atenderse a los efectos de fijar su indemnización, al estado que presentaba la misma en el año siguiente a la ocurrencia de los hechos, sino al estado ya definitivo en el momento de promoverse el pleno en reclamación de la indemnización correspondiente, que es lo que, con toda corrección, ha entendido la sentencia de la instancia. Y, además, para aplicar las consecuencias del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, se precisa que el impago, transcurrido el plazo de tres meses que dicho precepto establece, ha de ser por causa no justificada o que fuere imputable a la entidad aseguradora, ninguno de cuyos dos supuestos se dan en el presente caso litigioso, ya que negada por la entidad aseguradora la vigencia de la póliza de seguro por falta de pago de la prima correspondiente, ha sido necesario acudir a la vía judicial para determinar la corrección y eficacia del pago de la prima por el tomador del seguro en la forma en que se hizo.

ACCION REIVINDICATIVA. REQUISITO DE IDENTIDAD. NO SE HA PROBADO LA IDENTIDAD DE LA COSA REIVINDICADA. CARGA DE LA PRUEBA. LA PARTE DEMANDANTE SUFRE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE SU ACCION. (STS DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Se ha ejercitado en la presente litis una acción reivindicatoria en la que el demandante, como propietario con derecho a poseer la cosa, pretende que le sea restituida por el demandado, y como poseedor que carece de tal derecho, se basa en el artículo 348 del Código Civil y, tal acción es la que puede ejercitar el propietario que no posee contra el poseedor que frente al propietario no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina amplísima, pacífica y constante de la Sala, la que establece que para el éxito del ejercicio de la acción reivindicatoria es preciso que concurran tres requisitos: *a)* que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; *b)* la identificación exacta de la misma, y *c)* la detentación o posesión de la misma por el demandado. Pero en nuestra litis la demanda en que se ejercita dicha acción reivindicatoria ha sido desestimada en primera instancia y en grado de apelación, y la razón de tal desestimación fue la falta de prueba del requisito de identidad de la finca objeto de la acción.

ISABEL MORATILLA GALÁN

C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA LEY DE 1 DE JULIO DE 1992 NO TIENE EFECTOS RETROACTIVOS, NO CONTENIENDO PRECEPTO ALGUNO AL RESPECTO. LA NORMA APLICABLE PARA LA VALORACION DE LAS FINCAS ES EL ARTICULO 43 LEF, SEGUN EL ARTICULO 98 LAR. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

El Juzgado de Segovia, número 1, admitió la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación en cuanto a las normas aplicables a la valoración de las fincas. El Tribunal de Instancia aplicó la Ley de 10 de julio de 1992, con efectos retroactivos, considerando una retroactividad de grado medio, que la Sala de Casación censuró en su sentencia de 30 de octubre de 1997, ya que la Ley no tiene declaración alguna al respecto, y rige el artículo 2.3 del Código

Civil que establece la irretroactividad de las leyes. Para la determinación del precio ha de tenerse en cuenta que el artículo 98 se remite a las normas de valoración que establece la LEF en su artículo 43, conforme a la doctrina de esta Sala que superó el artículo 39 de la Ley de 1954, en la búsqueda y determinación del justo precio, adecuado al valor real de las fincas, procurando restablecer el equilibrio económico y compensar a los propietarios, en cuanto los bienes dejan de pertenecerle, para pasar a titularidad dominical distinta.

RESOLUCION DEL CONTRATO.—EL CONTRATO ES ANTERIOR A 1935, SIN QUE SE HAYA PROBADO LA NOVACION EXTINTIVA DEL MISMO, PRODUCIENDO UNICAMENTE UNA ALTERACION SUBJETIVA POR SUCESION, CONFORME A LEY EN LA PERSONA DEL ARRENDATARIO RUSTICO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Santoña desestimó la demanda y admitió la reconvención, declarando el derecho de acceso a la propiedad, confirmando la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Pretenden los recurrentes que, al fallecimiento de los padres, se subrogaron sus hijos o herederos y a partir de 1958 se concertó un nuevo arrendamiento, extinguiéndose el antiguo, y la consecuencia es que no estamos ante un arriendo anterior a la Ley de 1935, pero es manifiesto, por la existencia de recibos anteriores al año 1958, que la sucesión en el contrato por muerte de los padres produjo la continuación en el contrato, conforme al artículo 79 LAR, por lo que la fijación de la fecha del contrato es anterior a 1935. No se ha probado la intención de novación contractual extintiva, ya que lo único que se ha producido es la alteración subjetiva por sucesión conforme a la ley en la persona del arrendamiento rústico. Se trata de arriendo disciplinado por la regla 3.ª de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley especial y Ley de 10 de febrero de 1994, al tratarse de contrato vigente por razón de las prórrogas que le afectaron, resultando improcedente la resolución instada por la actora.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE HA PROBADO QUE LA FECHA DEL CONTRATO SEA ANTERIOR A LA LEY DE 1935. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Durango desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se desestimó la acción de acceso a la propiedad por no haberse probado la antigüedad en el arrendamiento, ya que no es anterior a la publicación de la Ley de 1935, sino que se concertó en 1949. El recurso se funda en que se ha quebrantado el principio de igualdad en la aplicación de la ley al inaplicar el artículo 1.253 del Código Civil, pero en las sentencias que se citan: 26 de febrero de 1992, 29 de septiembre de 1992, 27 de febrero de 1993 y otras posteriores, el supuesto básico no es el mismo que el del presente caso y ni una sola sentencia del Tribunal Supremo ha aplicado la prueba de presunciones a un caso semejante al de autos.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE RECUPERACION POR EL PROPIETARIO NO ES PREFERENTE AL DE ACCESO A LA PROPIEDAD EN LOS ARRENDAMIENTOS HISTORICOS, SIENDO APLICABLE EL ARTICULO 98 Y NO EL 99 DE LA LEY. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de San Sebastián estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se opuso el demandado al ejercicio del derecho, alegando el de recuperación que le asiste. La reducción de la cabida de las fincas arrendadas no puede determinar la pérdida de la cualidad privilegiada de este tipo de arrendamientos, ya que, precisamente, este privilegio quiere favorecer a los colonos o arrendatarios de fincas de pequeña extensión para que puedan convertirse en propietarios. Aunque el derecho de recuperación por el propietario sea preferente al de acceso a la propiedad, hay que tener en cuenta que el arrendamiento es histórico y la norma aplicable es la del artículo 98 y no la del 99 LAR, pues, dada la fecha de la interposición de la demanda, todavía está vigente sin que le alcance la Disposición Derogatoria de la Ley, de 10 de febrero de 1992, de Arrendamientos Históricos, ya que el mismo data del siglo pasado, en concreto desde el año 1893, es decir, anterior al Código Civil, que es de los que regula el artículo 98 de la Ley, por lo que su derecho de acceso a la propiedad es inconcuso y no cabe enervarlo con el de recuperación de la finca por el arrendador, ya que éste sólo se contempla para los arrendatarios en general en el artículo 99, en el que sí establece la preferencia del derecho a recuperar sobre el de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LOS DEMANDADOS Y SUS ANTECESORES SON ARRENDATARIOS DESDE ANTES DE 1935 Y SON CULTIVADORES PERSONALES, POR LO QUE TIENEN DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado de Aoiz estimó en parte la demanda, declarando resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó, admitiendo el derecho de acceso a la propiedad que se había pedido en la reconvencción.

No procede la casación que se pide, respecto a la admisión por la Audiencia Provincial del derecho de acceso a la propiedad. Se ha probado que no hubo cesión del arrendamiento sino que han existido diversos arrendamientos sobre diversas fincas; hace treinta años había más arrendatarios que en la actualidad, existiendo modificaciones en la realidad arrendaticia que el propietario conocía y consentía y los demandados o sus antecesores son arrendatarios desde antes de 1935 y son cultivadores personales. La calificación jurídica es de modificación no extintiva de las relaciones arrendaticias, modificación que afecta al objeto del contrato, pero no lo extingue, cuyo arrendamiento de tan larga antigüedad fundamenta el derecho de acceso a la propiedad, como se ha apreciado en la sentencia de instancia, sin que se haya producido cesión alguna ni infracción de los artículos 70 LAR. Tampoco se ha probado la existencia del fraude de ley que alega el recurrente, al parecer fundado en un subarriendo que la Audiencia declaró que no existía.

RESOLUCION DE CONTRATO.—PROCEDE LA RESOLUCION, YA QUE EL REQUERIMIENTO PARA EL CULTIVO DIRECTO POR EL PROPIETARIO SE HIZO CON MAS DE UN AÑO DE ANTELACION, SIENDO PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA Y TENIENDO VOLUNTAD DE LLEVAR A CABO LA EXPLOTACION DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado número 2 de Trujillo estimó la demanda declarando resuelto el contrato y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa en parte la casación. El contrato de 1984 se intentó resolver, tras requerimientos que la Audiencia declaró extemporáneos y razonar que fue hecho después de comenzar la primera prórroga, una vez transcurridos los seis años de duración, no dando validez novatoria a los pactos de los años 1985 y 1986. La Audiencia estima la demanda antes del vencimiento de la prórroga por la misma causa de querer explotar directamente la finca, considerando que el actor es profesional de la agricultura, tiene voluntad de afrontar la explotación y el requerimiento es válido por haberlo efectuado con más de un año de antelación a la terminación de la prórroga.

Arrendamientos urbanos

RENUNCIA UNILATERAL POR LA ARRENDATARIA.—LA ARRENDATARIA HA PROCURADO ELUDIR EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES MEDIANTE EL ABANDONO DEL LOCAL ARRENDADO, RESCINDIENDO UNILATERALMENTE EL CONTRATO Y OCASIONANDO EL DERECHO DEL ARRENDADOR A RECLAMAR LAS RENTAS A LAS QUE TIENE DERECHO. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1999.)

El Juzgado número 1 de Jaén estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial confirmó.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento se autorizaba la subrogación a favor de otra sociedad del mismo grupo empresarial y ésta había ocupado la nave arrendadora, por lo que no faltaba legitimación pasiva para ser traída al pleito, pues la subrogación prevista no se formalizó documentalmentemente, y, por tanto, no se había producido real y efectivamente, llegando el Tribunal de Instancia a la conclusión de que lo que pretendía la recurrente era eludir las consecuencias del incumplimiento contractual, que provocó voluntariamente al rescindir unilateralmente el contrato con abandono del local, es decir, que no hubo continuación posesoria, actuando las dos sociedades como una sola, instaurando en la realidad comercial suficiente confusión y dudas. La doctrina de la Sala es directa, pero no autoriza estas situaciones en cuanto se pretende obviar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, prevaleciendo de situaciones aparentes, buscando amparo en personalidades jurídicas diferentes, pero directamente relacionadas por estrechas vinculaciones que propicien confusión en el mercado, ya que estos supuestos comportan ejercicio antisocial de la personalidad con daño para terceros (sentencias de 6 y 7 del Código Civil y 9 y 10 de la Constitución). Se alega que la carta por la que la recurrente comunicaba al arrendador que, a partir de 31 de diciembre de 1992, procedería a la entrega del local, rescindiendo el contrato no debía haber sido admitida, pero no se demuestra que sea ineficaz pues, al estar firmada por la recurrente y no demostrarse la

falsedad de la firma, hace prueba en contra conforme al artículo 1.225 del Código Civil. Los documentos privados no reconocidos, no por ello han de ser marginados, ya que tienen su propio valor y deben ser tomados en consideración, ponderando su grado de credibilidad, atendidas las circunstancias del débito, máxime cuando el hecho impeditivo, es decir, la inautenticidad de la carta no se demostró de manera alguna. La rescisión no sólo se operó sino que fue materializada, rompiendo la relación arrendaticia que no libera al arrendatario de sus obligaciones, como es el pago de las rentas frustradas, conforme al artículo 56 LAU. No se precisa que el arrendador tenga que pedir necesariamente su resolución para reclamar las rentas a las que tiene derecho y sin darse efectiva subrogación.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA SENTENCIA FIRME EN VIA ADMINISTRATIVA QUE DECLARA LA RUINA DEL INMUEBLE, AUNQUE NO DE LUGAR A LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA, HA DE SER TENIDA EN CUENTA EN UN PLEITO POSTERIOR, YA QUE ESTA DECLARACION ES EL PRESUPUESTO QUE EXIGE EL ARTICULO 114.10 LAU PARA DETERMINAR LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1999.)

El Juzgado número 33 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se da la casación. En 1978 la Gerencia de Urbanismo decretó la ruina del inmueble y, recurrida la resolución en vía administrativa, el Tribunal Supremo declaró conforme a derecho la declaración de ruina. Si bien la referida sentencia no tiene la consideración de cosa juzgada material, conforme al artículo 1.252 del Código Civil, no por ello ha de desconocerse la sentencia anterior, con influencia en el pleito posterior, dado su efecto prejudicial positivo y lo que quedó resuelto ha de ser respetado, no pudiendo discutirse en otro pleito un tema litigioso de manera distinta o contraria a la que ha sido resuelta por sentencia firme precedente. La declaración de ruina es el presupuesto que exige el artículo 114.10 LAU para decretar la resolución arrendaticia que vincula a las partes, y entenderlo de otro modo sería dejar sin efecto el precepto y a la libre disposición interesada de los arrendatarios. El hecho de que se haya declarado hace años y de que el inmueble se haya, posiblemente, revalorizado, no es influyente ni impeditivo de la resolución del arrendamiento, procedente conforme a la normativa legal y jurisprudencial de esta Sala.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—AUNQUE LAS ACTIVIDADES MOLESTAS VENIAN EJERCIENDOSE DURANTE MUCHOS AÑOS, LA REALIDAD ES QUE LAS QUEJAS DE LOS VECINOS Y SUS DENUNCIAS HAN AUMENTADO EN EL ULTIMO PERIODO, ANTERIOR A LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado número 2 de La Coruña estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se instó la resolución del arrendamiento de un local, destinado a discoteca, desarrollando una actividad molesta. Se pide la casación por no haber sido llamada al proceso la ex-esposa del recurrente,

pero éste se divorció en 1982 y ella no tiene interés directo en la cuestión litigiosa, sino que se trataba de una circunstancia a acreditar en el proceso, lo que no se ha hecho. Aunque los arrendadores, causantes del actual arrendador, ejercían la actividad de discoteca durante muchos años, no perjudica los derechos de este último, ya que las quejas de los vecinos al Ayuntamiento han aumentado en este período, entre abril de 1990 y mayo de 1992, dando lugar a diecisiete denuncias, una de ellas instada por el propio recurrido, como Presidente de la Comunidad, por encargo de la Junta de Propietarios por exceso de ruidos y vibraciones, con la consiguiente intervención de la Policía Local que constató el excesivo volumen de sonido de la discoteca.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EL PRETENDIDO CONTRATO DE SUMINISTRO ENTRE EL ARRENDATARIO Y UN TERCERO OTORGA AL VENDEDOR UNAS FACULTADES EXCESIVAS DE CONTROL, QUE NO SE DAN EN OTROS CONTRATOS SUSCRITOS POR EL MISMO CON OTROS ESTABLECIMIENTOS DE LA PROVINCIA, PRODUCIENDOSE EN REALIDAD UN TRASPASO O SUBARRIENDO A FAVOR DE OTRA PERSONA QUE OCUPA HABITUALMENTE EL LOCAL. (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado número 4 de Valladolid estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Tanto el Juzgado como la Audiencia han aplicado la prueba indiciaria para desvirtuar el montaje contractual esgrimido por el recurrente, siendo varios los hechos probados que sirven de premisa para la deducción hecha por el Juez. El pretendido contrato de suministro entre el arrendatario y un tercero otorga al vendedor unas facultades excesivas de control sobre las mercaderías que se consideran temporalmente en depósito, pese a haber sido satisfecho su importe. El suministrador que contrató con otros establecimientos en la provincia de Valladolid, a ninguna le otorga la misma exclusiva que a la recurrente. Un miembro del equipo vendedor controlaba los negocios del comprador y más sorprendente todavía que los administradores de la sociedad ignorasen que este señor era su encargado, a pesar de que habitualmente era él el que abría y cerraba el establecimiento, de lo que se deduce que se han introducido dos sociedades sin el consentimiento de la propietaria. Tanto se trate de subarriendo como de traspaso, la solución es la misma, ya que no cuentan con la anuencia del arrendador, produciendo la resolución del arrendamiento.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS QUE MODIFICAN DE MANERA ESENCIAL, SENSIBLE Y PERMANENTE, LA CONFIGURACION DE LA NAVE ARRENDADA, REALIZADAS SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR, DETERMINAN LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado número 3 de Aranjuez desestimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. Se admite la resolución por obras que modifican de manera esencial, sensible y permanente, la configuración de la nave arren-

dada por la propia naturaleza de las mismas. La sentencia de instancia ha calificado, correctamente, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, las obras que se han probado, hechas sin consentimiento del arrendador. El contrato se celebró bajo la vigencia de la LAU antes de la reforma del Real Decreto-ley de 30 de abril de 1985, que suprimió la prórroga forzosa en cuyo régimen se protege al arrendatario, pero no sin límites, y uno de ellos es el respeto a la propiedad privada del arrendador, por lo que la realización de obras, como las que ha realizado la arrendataria, es causa de resolución, y así la ha calificado la sentencia de instancia.

TRASPASO.—NO ES PRECISO QUE SE DEMANDE A LA ENTIDAD SUBARRENDATARIA CUANDO SE HA REALIZADO ESTE SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR, YA QUE AQUELLA NO TIENE DERECHO PROPIO FRENTE AL MISMO: NO SE PRODUCE INDEFENSION, YA QUE EL ARRENDATARIO ES TITULAR DE UNA PARTE DEL ACCIONARIADO DE LA SOCIEDAD SUBARRENDATARIA, POR LO QUE TENIA CONOCIMIENTO DE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1999.)

El Juzgado número 63 de Madrid estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. El recurrente pretende exigir que en el juicio de desahucio del local por traspaso incontestado tenía que haberse traído a la entidad subarrendataria. Como en la LAU no existe una regulación concreta sobre el tema, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 1.565.1 LEC, del que se infiere que la legitimación pasiva corresponde únicamente al arrendatario, y así lo confirma la jurisprudencia de la Sala (sentencias de 9 de octubre de 1907, 8 de julio de 1943 y 4 de marzo de 1952), sin que dicha doctrina haya sido contradicha por sentencia alguna del Tribunal Constitucional, pues la sentencia esgrimida por la recurrente: 6 de abril de 1988, no es aplicable al presente caso. Se alega que se infringe el artículo 24 de la Constitución si en un procedimiento en que se cuestiona la validez de un subarriendo se impone al subarrendador la posibilidad de alegar los derechos propios afectados por la sentencia a recaer, pero la entidad subarrendataria no tiene derecho propio frente al arrendador, desde el instante en que la excepción prescriptiva alegada carece de todo fundamento, pues el día *a quo* —conocimiento por parte de la propiedad del subarriendo— no se ha determinado e incluso se ha demostrado la existencia de tal conocimiento. La situación de indefensión debe ser descartada desde el momento en que la persona física del arrendatario es titular de una quinta parte del accionariado de la sociedad subarrendataria, por lo que tenía cabal conocimiento de la interposición de la demanda, con lo que se da el presupuesto, también contemplado por la sentencia del Tribunal Constitucional, que afirma que para que se pudiera considerar la existencia de indefensión con trascendencia, no ha de existir una conducta omisiva de quien alega la indefensión.

CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

2. DERECHO MERCANTIL

II. SOCIEDADES

POR RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

PRESOCIEDAD: SOCIEDAD ANONIMA PACTADA EN DOCUMENTO PRIVADO. ETAPAS EN LA CREACION DE SOCIEDADES MERCANTILES. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 2001.)

Lo que se convino fue la constitución de una Sociedad Anónima, repartiéndose las acciones entre los que la otorgaron. Se trata de un efectivo pacto de preconstitución social, en la línea de la construcción de la doctrina alemana de la presociedad, que obligaba a los que la firmaron.

En la creación de sociedades mercantiles cabe señalar varias etapas: *a)* Una primera de preconstitución o presociedad; *b)* Una segunda de sociedad en formación (art. 15 de la Ley de Sociedades Anónimas), y *c)* Una tercera que corresponde a sociedad debidamente constituida e inscrita (art. 7 de la misma Ley).

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR, ACTUANDO EN LOCAL DE LA PROPIEDAD COMUN DE LAS LITIGANTES (EN NUMERO DE TRES) Y EN OTRO ALQUILADO A NOMBRE SOLO DE UNA DE ELLAS. RECLAMACION DE PARTICIPACION DE CONDICION DE SOCIO. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 2001.)

Al resultar con evidencia probatoria suficiente que la actora aportó su tercera parte indivisa al local donde está ubicado el negocio, con lo que la comunidad de propietarios, titular del mismo, dejó de mantener posición más bien estática, adquiriendo condición dinámica de bien social al integrarse en una empresa común en la que cobra relieve la nota de explotación empresarial del local y lleva a que nos encontremos en presencia de relación societaria civil verbal (sentencia de 8 de julio de 1993), si bien no constituida con la formalidad que exige el artículo 1.667 del Código Civil, al haber aportación de bienes inmuebles, pero no por ello deja de haber pacto societario vinculante entre los integrantes de la misma, en condición de socios civiles, concurriendo el hecho jurídico determinante de la situación instaurada al darse unión de intereses dimanante de la voluntad de las partes que es decisiva a efectos de la concurrencia de *affectio societatis*, sin dejar de lado que hubo un principio de fondo común y que el artículo 1.667 ha de entenderse subordinado al 1.278 del Código Civil (sentencia de 17 de julio de 1996, que cita las de 15 de junio de 1984, 5 de mayo de 1986, 9 de octubre de 1987, 21 de junio de 1990, 27 de mayo y 24 de julio de 1993 y 9 de octubre de 1995).

La apertura de una cuenta corriente a nombre de las litigantes (cancelada posteriormente), por sí no es indicativa de la existencia de un *animus contrahendi societatis*. La jurisprudencia civil tiene declarado que las cuentas corrientes bancarias expresan una disponibilidad de fondos a favor de quie-

nes figuran como sus titulares y el mero hecho de la apertura con titulares plurales no determina por sí mismo el condominio sobre los saldos, pues viene precisado por las relaciones internas que medien entre quienes resultan titulares bancarios conjuntos (sentencia de 5 de julio de 1999, que cita las de 6 de febrero de 1991, 15 de julio de 1993, 19 de diciembre de 1995, 7 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 1997, entre otras), doctrina aplicable al caso de autos, ante la ausencia de aportación alguna, tanto inicial como posterior, por cuenta de la demandante a la cuenta de referencia, por lo que la presunción de resultar socia del *otro* negocio carece de apoyo básico suficiente y sobre todo convincente, cuando resulta posible incluir en el fondo común el arriendo del local, con independencia del alcance y efectos de la relación arrendaticia (sentencia de 13 de noviembre de 1995).

A) Anónimas

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 2001.)

Sobre responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima, la Sala reproduce como criterio doctrinal su jurisprudencia, entre otras, la sentencia de 29 de diciembre de 2000, decía: «En la regulación de la Ley de Sociedades Anónimas, de la responsabilidad de los administradores, es preciso distinguir dos clases de la misma:

A) Responsabilidad por daño: El artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente, de 22 de diciembre de 1989, determina que “los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a los estatutos o por los realizados sin la diligencia debida con la que deben desempeñar su cargo”; este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: 1. Conducta ilícita, el acto, la voluntad de la conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas (o la subsunción del *facere*), en la Ley, en los estatutos o en la falta de diligencia; 2. La producción del daño, y naturalmente, 3. El nexo causal, que claro es, habrá de acreditarse; se subraya que con ello se ha rectificado y se ha corregido la anterior Ley de Sociedades Anónimas, porque entonces se respondía por los administradores cuando sus conductas hubiesen incurrido en malicia, abuso de funciones o negligencia grave, con lo que la diferencia es notable; al punto, se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los administradores o consejeros es mucho más fornida que en la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del administrador o consejero será inevitable. Este artículo 133, en su párrafo 2.º, impone la responsabilidad solidaria de todos los administradores/consejeros que realizaron el acto o adoptaron el acuerdo, salvo los casos de que no conozcan el acuerdo que se adopte (acuerdo que sea atentatorio, cause daño en los términos del art. 133), o bien, en el caso de que lo conozcan, se hubiesen opuesto expresamente al mismo; se habla asimismo en el artículo 134.2.º de que la junta podrá tran-

sigir o desistir del acuerdo adoptado, etc..., con el singular efecto de rechazo sobre la destitución de los administradores afectados.

Por otro lado, como es sabido, la Ley distingue entre la acción social de responsabilidad y la acción individual de responsabilidad.

a) La acción social: lo que caracteriza a la acción social es que el daño se produce a la sociedad, eso en un aspecto propedéutico, sirve para distinguirla de la acción individual, en la cual, ese daño se produce al individuo, al interés personal, daños primarios o directos, según el artículo 135; es, pues, una dualidad perfectamente diferenciada, ya que la acción social procederá cuando una conducta transgresora del consejero o del administrador, por alguna de esas causas, dañe a los intereses sociales; luego la ley desarrolla la legitimación activa, esto es, ante este daño de interés social puede ejercitar la acción correspondiente:

1. Quien se considere dañado o perjudicado, el ente social, porque es justamente el receptor del daño, ente social que precisa un acuerdo en junta con una mayoría ordinaria o simple, en donde se decida ejercitar la acción de responsabilidad contra el consejero o contra el administrador.

2. Accionistas: luego la Ley habla en su número 4 del artículo 134, en una escalada de posibles legitimados *ad causam* dentro de la activa, que pueden ser los accionistas o los acreedores del número 5; y así se expresa que los accionistas —siempre que sean más del 5 por 100— podrán promover la convocatoria de la junta para que se adopte el acuerdo de exigir la responsabilidad social contra el administrador o contra el consejero, y luego, con evidente impropiedad o ligereza evidente, prescribe que asimismo se podrá establecer conjuntamente la acción contra el administrador en los siguientes casos:

Cuando los administradores no convoquen la junta. Pero se subraya, si no se convoca la junta es que no actúa la sociedad. Luego, es una acción individualizada y no concurrente.

Cuando, convocada la junta, se adopte el acuerdo y, sin embargo, no se entable en un mes la acción de exigir la responsabilidad. Luego también es una actuación individualizada, no es concurrente.

Cuando el acuerdo adoptado hubiera sido contrario a la exigencia de responsabilidad, que tampoco aboca a la concurrencia.

3. Acreedores: Y, por último, se contempla en el número 5 del citado artículo 134, la posibilidad del tercer supuesto de legitimación activa *ad causam*, que es, en el caso de los acreedores, quienes también podrán ejercitar la acción de responsabilidad social contra el administrador o consejero infractor, cuando no haya sido ejercitado por la sociedad o sus accionistas, siempre y cuando no exista patrimonio suficiente para satisfacer sus créditos.

b) Acción individual: Y, por último, está la acción individual —cabalmente ejercitada en el presente litigio—, prevista en el artículo 135, de claro contenido sustantivo porque, ahí parece ser que el legislador mercantilista, sin decirlo, viene ya a referirse al *iuris comune* cuando expresa que, “No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos”; esta acción individual tiene las siguientes connotaciones: a) se habla de una acción indemnizatoria y, al utilizar la adversativa “no obstante...”, quiere decirse es supletoria o, con independencia de que no se dé la anterior, por lo

que procede ésta cuando proceda; se repite que el foco de la distinción con la acción social de esta acción individual de responsabilidad, radica en que el acto atacado transgreda intereses individuales del perjudicado, los socios o terceros; responsabilidad, pues, claramente extracontractual con la exigencia de los presupuestos del artículo 1.902 del Código Civil y, entre ellos, el indispensable nexo causal (sentencia de 28 de junio de 2000); *b)* otro matiz que sobresale es que, por primera vez, en todos los temas de responsabilidad, aquí la Ley no habla de “accionistas”, ni de “acreedores”, sino de socios y de terceros, y emerge que pese a repetir la ley, de manera reiterativa, el término “accionistas”, aquí se habla de socios por primera vez; acaso hubiera sido preferible que se continuase con la palabra accionista, porque, normalmente, en la sociedad anónima el accionista es socio, aunque en otro tipo de sociedades no cabe esa identidad; *c)* se habla también de terceros, cuando antes se ha estado refiriendo a los acreedores, y entonces se plantea la cuestión de delimitación, el acreedor es tercero o no es tercero y cabe sostener, es tercero cuando no está incardinado en el ente social; no es tercero cuando está ligado con la sociedad a través del contrato del cual emana su crédito; y también se cuestiona si el acreedor tiene o no acción individual, pues si bien no lo refleja el artículo 135, que habla de socios y terceros, el acreedor sí debe estar legitimado para ejercitar esta acción individual no en cuanto actúe como tal acreedor, sino en cuanto, sin perjuicio de ser acreedor, sea tercero; en definitiva, cuando el perjuicio que se le irroga por parte del acto del administrador o consejero, no sea en su crédito en concreto, sino en el resto de su patrimonio.

B) Responsabilidad por deudas: o cuando responde el administrador si por la infracción de sus deberes legales no se satisfacen los créditos del acreedor y, por ello, éste reclama frente al mismo: “Esta situación y el correspondiente deber del administrador están contemplados en lo dispuesto en los artículos 260.4.º en relación con el 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, puesto que en el primer supuesto del artículo 260.4.º se dice que procederá la disolución de la sociedad, a consecuencia de pérdidas que deje reducido el patrimonio a la cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca a la medida suficiente; que esa situación de insolvencia, por ende, supone la existencia de tal pérdida, y en consecuencia, la procedencia de la disolución es inconcusa, y así este deber legal viene recogido en el artículo 262.5, al sancionarse que responden solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopten en su caso, el acuerdo de disolución o que no soliciten la disolución judicial de la sociedad; se añade que, ahí está perfectamente reflejada una responsabilidad por parte del administrador, cuando se incumpla dicha obligación legal de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte en su caso, el acuerdo de disolución en los supuestos en que se determina, en los términos, entre otros, previstos en el repetido número 4.º del artículo 260; y si ello, además, se pone en consonancia con lo recogido en el artículo 127, en cuanto que en el ejercicio del cargo de los administradores, éstos actuarán con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Asimismo, sobre la acción individual del artículo 135 se prescribe que estarán a salvo siempre las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y terceros por actos que lesionen directamente los intereses de aquéllos, y lo

dispuesto en el artículo 133 que, en cuanto a la responsabilidad en general, establece que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos contrarios a la ley (sentencia de 29 de abril de 1999)».

La impugnación judicial de la convocatoria de la junta y estar pendiente de resolución judicial, no paraliza la acción de responsabilidad de los administradores del artículo 134.4, porque en casos como el de autos, la literalidad del precepto podría paralizar la acción social.

IMPROCEDENCIA DE ACUMULACION DE ACCIONES CUANDO HA DE TENER QUE DECIDIRSE EN JUICIOS DE DIFERENTE NATURALEZA, COMO SON LOS DE IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES Y NULIDAD PARCIAL DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2001.)

Ha de considerarse plenamente correcta la apreciación de incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de una acción de impugnación de los acuerdos sociales de una sociedad anónima con otra de nulidad parcial de la escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada y otra más de nulidad de la transmisión de participaciones de esta última.

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES. TIENE LEGITIMACION ACTIVA, ARTICULO 117.2 DE LA LEY, EL ACCIONISTA QUE HA MANIFESTADO SU OPOSICION DESPUES DE HABERSE TOMADO EL ACUERDO. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 2001.)

En el acta de la junta consta que uno de los socios «consideraba lesivo el acuerdo de suspensión y hacía reserva del ejercicio de las acciones legales pertinentes». El punto esencial del presente litigio es la interpretación que debe darse a la legitimación activa que prevé el artículo 117.2 de la Ley para los accionistas presentes en la junta; concretamente, el sentido de hacer «constar en acta su oposición al acuerdo».

Por una parte, no puede exagerarse esta exigencia: no es preciso una fórmula sacramental que recoja la frase del texto legal. Por otra parte, no se puede minusvalorar: es precisa la oposición al acuerdo sin que baste el manifestarse en contra del mismo antes de la votación.

La jurisprudencia, aparte de que siempre ha mantenido que el voto en contra no es suficiente para mostrar la oposición que exige el artículo 117.2, se planteó en la sentencia de 18 de septiembre de 1998 específicamente esta cuestión, y estimó que no eran precisas frases sacramentales, pero sí la clara manifestación de la oposición, desde luego tras perder la votación y tomado el acuerdo; dice así: «La legitimación para impugnar un acuerdo social anulable, como el del caso presente, se atribuye, entre otros, por el artículo 117.2, a los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta la oposición al acuerdo. No es suficiente votar en contra del mismo, ni perder una votación. Ha de constar en acta la oposición al acuerdo, si bien no es preciso que conste literalmente, como si fuera una fórmula sacramental, sino que es suficiente que conste».

DENOMINACION SOCIAL Y MARCA: NO SE INFRINGEN LOS DERECHOS DEL TITULAR DE LA MARCA POR EL USO DE UNA DENOMINACION SOCIAL ANALOGA A LA DE OTRA SOCIEDAD, SI TIENE POR OBJETO EXCLUSIVAMENTE SU IDENTIFICACION COMO PERSONA JURIDICA EN EL TRAFICO, Y NO SE EXTIENDE A LA DENOMINACION DE PRODUCTOS Y SERVICIOS FRUTO DE SU ACTIVIDAD. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2001.)

LA INSCRIPCION DEL NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES EN EL REGISTRO MERCANTIL ES OBLIGATORIA, PERO NO CONSTITUTIVA. EL ARTICULO 141 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS SE REFIERE AL CASO DE DELEGACION DE FACULTADES POR EL CONSEJO DE ADMINISTRACION. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HA DE AJUSTARSE A LAS PAUTAS DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2001.)

La inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de los administradores no tiene carácter constitutivo, ni condiciona la validez del mismo. De conformidad con el artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas, el nombramiento surte efectos desde el momento de la aceptación, y si bien es cierto que del propio precepto y de otras disposiciones (art. 22.2 del Código de Comercio y 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil) resulta la obligatoriedad de la inscripción, ésta no tiene carácter constitutivo y, por consiguiente, no obsta a la validez de las actuaciones jurídicas de los administradores desde que tuvo lugar la aceptación. Y en este sentido se han pronunciado las recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de diciembre de 1997 y 4 de junio de 1998. Asimismo la exigencia de la inscripción en el artículo 141 de la Ley de Sociedades Anónimas («no producirá efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil») no se refiere al nombramiento de administradores, sino a la delegación permanente de alguna facultad del Consejo de Administración en la Comisión Ejecutiva o en el Consejero-Delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos. Así también lo entiende la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de febrero de 1994.

Esta Sala viene reiterando que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo (sentencia de 11 de diciembre de 1989). El ejercicio de los derechos conforme a las reglas o exigencias de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil; y para el ámbito procesal, arts. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000) equivale a sujetarse en su ejercicio a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo (sentencias de 4 de marzo de 1985, 5 de julio de 1989 y 6 de julio de 1991). Implica la necesidad de tomar en cuenta los valores éticos de la honradez y la lealtad (sentencia de 21 de septiembre de 1987, 8 de marzo de 1991, 11 de mayo de 1992 y 29 de febrero de 2000), es decir, los imperativos éticos que la conciencia social exige (sentencia de 11 de mayo de 1988).

DERECHO DE INFORMACION: NECESIDAD DE FACILITAR LOS DOCUMENTOS PERTINENTES CON UN PLAZO RAZONABLE ANTERIOR A LA CELEBRACION DE LA JUNTA. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2001.)

Recibidos varios documentos el mismo día de la celebración de la junta (habiéndose solicitado once días antes), se ha de estimar infringido el derecho que al accionista le confiere el artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues no se hizo entrega de la documentación con tiempo objetivamente suficiente para su estudio y análisis. La obligación de entrega de la documentación por la sociedad tiene precisamente esa finalidad, de la que se deduce la necesidad de que el accionista ha de contar con un plazo razonable para su entendimiento, habida cuenta de la naturaleza económica y contable de su contenido. El hecho de que durante la junta solicite aclaraciones sobre diversos puntos del orden del día y la Presidencia las dé, no significa que el incumplimiento del artículo 212.2 de la Ley de Sociedades Anónimas quede subsanado. Las aclaraciones realizadas en la Junta al accionista, sin previa entrega de documentación, pueden ser suficientes para asuntos de poca trascendencia (como el de la sentencia de 22 de marzo de 2000), pero no si son importantes sobre el desenvolvimiento y actuaciones de la sociedad.

DOMICILIO SOCIAL. ACUERDO DE JUNTA DE NO CAMBIARLO. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 2001.)

En la junta ha existido el acuerdo de no cambiar el domicilio social, el cual infringe lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, habida cuenta de que el mismo está ubicado en... y debe fijarse «en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación», tal como ordena el mencionado precepto.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: ACCION INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD (ARTS. 133 Y 135 DE LA LEY); CONDUCTA CARENTE DE LA MAS ELEMENTAL DILIGENCIA EXIGIBLE A UN ORDENADO COMERCIANTE. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 2001.)

El artículo 133.1 de La Ley de Sociedades Anónimas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, dispone que los administradores responderán frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, y prevé, en el artículo 135, la acción individual de responsabilidad a favor de los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos. Se trata de una acción resarcitoria para la que están legitimados los acreedores sociales (sentencias de 21 de septiembre de 1999 y 30 de enero de 2001), que exige una conducta o aptitud —hechos, actos u omisiones— de los administradores carente de la diligencia del ordenado comerciante (basta la diligencia simple, sin que sea necesaria, como en cambio ocurría en la legislación anterior, la malicia o negligencia grave) que dé lugar a un daño, de tal modo que el accionante perjudicado ha de probar también que el acto se ha realizado en concepto de administrador y existe un

nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso. La acción individual de responsabilidad de los administradores sociales ha sido objeto de una importante atención por la reciente jurisprudencia de esta Sala, tanto en contemplación del anterior régimen jurídico del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (sentencias de 22 de junio de 1995, 28 de febrero y 31 de julio de 1996, 21 de noviembre de 1997, 31 de mayo y 9 de julio de 1999) como en aplicación de la normativa vigente antes expuesta (entre otras, sentencias de 20 de marzo y 3 de julio de 1998, 4 de febrero, 29 de abril y 21 de septiembre de 1999, 28 de junio y 29 de diciembre de 2000 y 30 de enero de 2001), habiendo declarado la sentencia de 9 de julio de 1999 que la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente es cuestión de derecho y, por ende, revisable en casación.

El artículo 127.1 de la misma Ley establece que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal. Resulta incuestionable que se ha producido una lesión directa en el patrimonio de la entidad actora imputable a una conducta carente de la elemental diligencia exigible a un ordenado comerciante por parte de la entidad.

REPRESENTACION DE PERSONA JURIDICA EN LA JUNTA GENERAL A SOLICITUD DEL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD (ART. 107 DE LA LEY). (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 2001.)

El artículo 107 de la Ley de Sociedades Anónimas contempla el caso, entre otros, de que el administrador de la sociedad solicite la representación, para la junta, para sí o para otro, en el que el poder deberá contener una serie de detalles con objeto de que los accionistas sean conscientes no sólo de la celebración de la junta, sino también de los asuntos de que se van a tratar y del sentido del voto; no bastando con la designación de un consejero que asista a la junta general.

CLAUSULA DE ARBITRAJE PREVISTA EN LOS ESTATUTOS. INADMISIBILIDAD DE LA APRECIACION DE OFICIO DE SU NULIDAD. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 2001.)

No es admisible que el Tribunal de instancia haya declarado de oficio la nulidad de una cláusula de los estatutos de una sociedad anónima, cuya decisión nada tiene que ver con las peticiones obradas por las partes en los escritos alegatorios y que no había sido impugnada por los interesados, pues con tal medida se ha atribuido unas facultades de las que carecía, y vulnera los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, audiencia y defensa, amén de que coloca a la sentencia en situación de incongruencia.

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. EJERCICIO INDIVIDUAL DE LA ACCION SOCIETARIA DE RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 133.1 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS; REQUISITOS. LA LIQUIDACION DEL PATRIMONIO SOCIAL COMO OBLIGACION DE LOS

ADMINISTRADORES CUANDO LA SOCIEDAD SE ENCUENTRA EN SITUACION DE INSOLVENCIA. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2001.)

El éxito de la acción de responsabilidad de los administradores societarios exige, al ser una responsabilidad civil por daños, la concatenación de tres requisitos, como son: *a)* Producción de un daño, cuya prueba incumbiría a la parte actora, según determina el artículo 1.214 del Código Civil; *b)* Conducta negligente del administrador de la sociedad ejerciendo sus funciones como tal, y *c)* El lógico nexo causal entre ambos requisitos anteriores.

La no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia es susceptible de producir daño a terceros (sentencias de 21 de mayo de 1992 y 22 de abril de 1994, entre otras).

LOS CONSEJEROS NOMBRADOS MANCOMUNADAMENTE HAN DE ACTUAR CONJUNTAMENTE. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 2001.)

Establecido en los estatutos sociales que los consejeros (en número de tres) actuarán mancomunadamente, no se permite su actuación individual e independiente; y si faltaren consejeros para constituir el mínimo estatutario, se señalan como medios de solución el artículo 138 de la Ley de Sociedades Anónimas (cooptación), pues tanto el artículo 94 como el 100 de la Ley, no permiten un desmembramiento del órgano competente.

CELEBRACION DE LA JUNTA FUERA DEL PLAZO SEÑALADO EN LA LEY. PUBLICACION EN UN DIARIO DE MAYOR CIRCULACION. DERECHO DE INFORMACION Y PERJUICIO DE LOS INTERESES SOCIALES. ASISTENCIA DE UN TERCERO A LA JUNTA. (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2001.)

La Ley no sanciona con la nulidad el incumplimiento del plazo contado desde el requerimiento para la convocatoria de junta hasta su celebración, pues aunque se aceptara que voluntariamente se había vulnerado el plazo de no sobrepasar «los treinta días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla», porque, al igual que ocurría con los textos normativos anteriores al vigente, en su artículo 100, tal incumplimiento lo único que originaba era que entraba en juego el precepto siguiente, que permite «si la junta general ordinaria no fuere convocada dentro del plazo legal, podrá serlo, a petición de los socios y con audiencia de los administradores, por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, quien además designará la persona que habrá de presidirla». Lo cual resulta también aplicable a la junta general extraordinaria, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo 101.

Lo preceptuado en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, como antes en el artículo 53 del texto precedente, es que ha de realizarse la publicación de la convocatoria en un medio de información impreso con periodicidad diaria, no siendo suficiente otra periodicidad como la de un semanario. Pero con relación a la frase «mayor circulación», la interpretación ha tenido que ser más flexible, entre otras razones, porque tan sólo con controles oficiales podría saberse cuáles son los de mayor circulación en cada momento. Por ello, salvo casos concretos y singulares, se permite su publicación en un

diario presente notoriamente en la práctica totalidad de todos los puntos de distribución de tales medios de comunicación social.

Sin perjuicio de la facultad del Presidente de rechazar las aclaraciones que puedan perjudicar los intereses sociales, el deber de información no puede servir para obstruir o paralizar la actividad social, abusando de su ejercicio, como proclamó la añeja Resolución de 26 de diciembre de 1969. Y tal declaración fáctica no puede ser revisada en vía casacional.

La intervención de un tercero en la Junta ni aparece prohibida por la Ley, ni tampoco el asesoramiento a los accionistas, e incluso del propio órgano de administración, y ello con independencia de que por su irrelevancia se recoja o no en el acta correspondiente.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ADMINISTRADORES POR NO CONVOCAR JUNTA A FIN DE ACORDAR LA DISOLUCION POR PERDIDAS. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2001.)

Cuando la conducta del administrador es claramente infractora de la obligación legal, contenida en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, de promover la junta a los fines de que se adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, supone *ipso facto* que no se desempeñó el cargo con la diligencia de un ordenado empresario o de un representante leal que, como mínimo habrá, naturalmente, de cumplir con las obligaciones legales de su gestión, por lo que esa conducta, contraventora de la Ley, determinará la responsabilidad prevista en el artículo 262.5.º (sentencia de 29 de abril de 1999 y la reciente de 29 de diciembre de 2000). Y asimismo: «...Para que exista una responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad anónima, según los artículos 262.5 y 260.4, es preciso que se den dos requisitos: a) que por consecuencia de pérdidas dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y b) que dichos administradores no cumplan con la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución cuando se dé la circunstancia del apartado anterior» (sentencia de 3 de abril de 1998). Y, «La infracción del artículo 260.4 —sic— trae como consecuencia objetiva, artículo 262.5 de la Ley y Disposición Transitoria 3.ª-3 de la misma, la responsabilidad solidaria de los administradores entre sí y con la sociedad, por las deudas sociales, con los demás perjuicios también reclamados...» (sentencias de 28 de junio de 2000 y 30 de enero de 2001).

CONSTANCIA DE LA RETRIBUCION DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS CUENTAS ANUALES. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2001.)

La indicación decimosegunda del artículo 200 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que la memoria habrá de indicar «el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración», no es aplicable cuando el informe pericial establece claramente que la retribución percibida es a título de gerente y no como administrador de la sociedad.

B) Limitadas

LA IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR FALTA DE CONVOCATORIA REALIZADA POR CORREO, HA DE SER PROBADA, ARTICULO 115.1 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS, POR REMISION DE LA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

Probado que la sociedad remitió y el socio recibió carta certificada con acuse de recibo, dicho receptor no ha probado el contenido de lo que recibió; no ha probado la falta de convocatoria. Imputar esta falta de prueba a la sociedad demandada es invertir la carga de la prueba, infringiendo el artículo 1.214 del Código Civil y la doctrina del mismo derivada.

RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR UNICO DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA POR LA ADOPCION Y EJECUCION DE UN ACTO LESIVO A TERCERO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2001.)

Por la remisión efectuada en el artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, en relación con el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, ha sentado esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2001, que para que sea efectiva la responsabilidad de los administradores, según el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, se requiere: a) la conducta ilícita, esto es, una acción u omisión que sea contraria a la Ley, a los estatutos o se desarrolle con falta de diligencia; b) la producción del daño, y c) el nexo causal entre la conducta y el daño, que habrá de acreditarse.

IV. CONTRATOS

TRANSFERENCIA BANCARIA. MOMENTO EN QUE NACE UN CREDITO A FAVOR DEL BENEFICIARIO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 2001.)

La cuestión nuclear del litigio está en determinar en qué momento nace un crédito en favor del beneficiario por razón de la transferencia ordenada; la doctrina mercantilista es concorde en que ese derecho de crédito a favor del beneficiario de la transferencia contra el banquero nace en el momento en que es ejecutada la transferencia mediante el abono en la cuenta del beneficiario, esto en el supuesto de que ordenante y beneficiario sean clientes del mismo banco; en el supuesto en que aquéllos no sean clientes del mismo banco, el derecho de crédito del beneficiario surge (contra su banco, no contra el banco del ordenante) cuando se ha hecho el abono en su cuenta o cuando se le ha notificado la recepción de la cantidad transferida, y esto es lo que establece la sentencia de 29 de mayo de 1978. Siendo éste el momento en que nace el crédito del beneficiario de la transferencia, carece de acción frente al banco del ordenante, si no se ha ejecutado la transferencia, y así se desprende de la sentencia de 11 de marzo de 1972, según la cual «aunque la negativa del banco a realizar el acto dispositivo por transferencia, en el único caso posible que es el de la no existencia de saldo, afecta por igual a la parte que la ordena que a su destinatario, sólo está legitimado para discutirla al

banco, aquella parte que la propuso». Falta de legitimación activa que puede ser apreciada de oficio por el Tribunal de acuerdo con reiterada jurisprudencia (sentencias de 20 de octubre de 1993, 1 de febrero de 1994, 6 de mayo de 1997, 24 de enero de 1998 y 4 de diciembre de 1999).

PRESCRIPCION DE ACCION EN COMPRAVENTA MERCANTIL. LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONALIDAD. (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 2001.)

Estamos ante una compraventa mercantil, y no civil, poniendo en relación el artículo 1.967-4.º del Código Civil con el precepto mercantil 325 del Código de Comercio, ya que, aunque no se daba reparto de beneficios entre los socios del club, los rendimientos obtenidos de la reventa de los suministros estaban destinados a financiar la entidad (artículo cuarto de los estatutos).

Se trata de adquisición de bienes para producir y no propiamente para consumir, es decir, obtener unos beneficios que coadyuvasen al mantenimiento del club, actividad que sólo puede calificarse de mercantil, con efectos de excluir estas compras empresariales de lo dispuesto en el artículo 1.967-4.º, como aclara la sentencia de 3 de mayo de 1985, y esto determina la aplicación del plazo de quince años previsto en el artículo 1.964, por la remisión que el artículo 943 del Código de Comercio hace al Código Civil al no fijar plazo especial prescriptivo.

TRANSPORTE TERRESTRE. APLICABILIDAD DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 19 DE MAYO DE 1956. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2001.)

El artículo 1 del Convenio de 19 de mayo de 1956, al que España se adhirió por Instrumento de 12 de septiembre de 1973 y publicado en el *BOE* el 7 de mayo de 1974, somete a su regulación, con independencia del domicilio y nacionalidad de las partes contratantes, con las excepciones establecidas en su párrafo cuarto, los transportes de mercancías por carretera, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el contrato sea oneroso, que el transporte se realice por automóviles, vehículos articulados, remolques y semirremolques, y finalmente, que los puertos de origen o toma de la mercancía y el lugar de destino estén situados en dos países diferentes, uno de los cuales, al menos, sea el contratante.

V. DERECHO MARITIMO

TRANSPORTE. CADUCIDAD DE LA ACCION. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 2001.)

Se plantea la cuestión relativa a la interrupción del plazo prescriptivo en virtud de la reclamación extrajudicial, y al respecto conviene traer a colación la sentencia de 4 de diciembre de 1995, que ha tratado la problemática sobre la duda de la elección entre la prevalencia del artículo 944 del Código de

Comercio, según la naturaleza mercantil del contrato de transporte, del que nace el débito, que no contempla específicamente la reclamación extrajudicial como causa de la interrupción de la prescripción sobre el artículo 1.973 del Código Civil, o, por el contrario, la prevalencia de este último precepto, cuya fuerza expansiva o integradora haría posible que se estimara eficaz en el ámbito mercantil, la expresada forma interruptiva de la prescripción; señala esta sentencia del Tribunal Supremo, en su Fundamento Jurídico segundo, que «Suele decirse que el artículo 944 del Código de Comercio presenta una “especialidad” mercantil, frente al artículo 1.973 del Código Civil, en la medida en que, frente a las causas de interrupción que este último precepto contiene (acción ante los Tribunales, reclamación extrajudicial y reconocimiento), el artículo 944 del Código de Comercio sólo menciona la interposición judicial, el reconocimiento y la renovación del documento contractual, excluyendo, parece que deliberadamente, y en esto consistiría la “especialidad”, la reclamación extrajudicial como causa de interrupción de la prescripción. Por el contrario, existen poderosas razones para concluir que nuestro ordenamiento permite, en todo caso, en el tráfico civil o en el mercantil, la interrupción de la prescripción por efecto de la reclamación extrajudicial, con lo que se considera ajustada a Derecho la posición de la Sala»; y continúa afirmando, en su Fundamento de Derecho tercero, que «las discrepancias doctrinales, existentes al efecto, no enturbian, desde luego, la solución ya indicada favorable a un régimen jurídico unitario de la interrupción de la prescripción de las acciones en materia civil y mercantil por las siguientes razones: a) la reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código Civil como medio de extender las posibilidades del acreditamiento del *animus conservandi* frente a una formalización excesiva que permitiera considerar abandonadas las acciones, cuando constaba por otras vías una voluntad contraria a tal *derelictio* de los derechos; b) cronológicamente, la posterior fecha de promulgación y publicación del Código Civil, respecto del Código de Comercio, abona la solución de integración que se propone al considerar incorporado tal medio interpretativo de la prescripción del artículo 944 del Código de Comercio; c) el principio conforme al cual debe entenderse que la ley general no deroga a la ley especial, no es aplicable a este supuesto, ya que no hay ninguna razón que justifique la pretendida “especialidad” frente al Derecho común de las obligaciones y contratos mercantiles, sino más bien argumentos en contra derivados del criterio antiformalista que para los contratos de comercio reconoce el artículo 50; de la importancia del principio de buena fe en la ejecución y cumplimiento de estos contratos, que reconoce el artículo 57, y del principio de favor al deudor que en cuanto a las deudas que se originase señala el artículo 59, todos del Código de Comercio; d) las discriminaciones en la aplicación de las normas que no resultan fundadas, como sucedería en este caso, si pese a lo dicho se mantuvieran dos raseros en orden a la interrupción de la prescripción, lo que supondría infracción del principio de igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 14 de la vigente Constitución»; finalmente, en su Fundamento de Derecho cuarto, señala esta sentencia, de 4 de diciembre de 1995, que, «en todo caso, el punto de vista jurídico que se adopta en el asunto que se examina, se sustenta, además, en nuevos argumentos interpretativos no revelados hasta ahora, ya que se toma en consideración la pauta seguida por el legislador mercantil en la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que tras establecer los plazos de prescripción de las acciones cambiarias (art. 88) aclara que «serán causas de interrup-

ción de la prescripción las establecidas en el artículo 1.973 del Código Civil», lo que supone una decidida apuesta a favor de la estimación unitaria de aquélla. La extrapolación a todo el ámbito mercantil, por las razones que se vienen exponiendo, resulta imprescindible, dada la incidencia de la regulación de la letra de cambio en todo el ámbito comercial, como instrumento en muchas ocasiones del pago del precio o de los servicios prestados por consecuencia de los contratos mercantiles, situación que contribuye a afianzar la tesis unitaria de la interrupción». Línea de la sentencia del Tribunal Supremo referida, que ha sido seguida por las de 31 de septiembre de 1998 y 21 de marzo de 2000.

COMISION DE TRANSPORTE. SOLIDARIDAD DE DEUDORES. (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 2001.)

Se trata de una empresa dedicada al comercio al por mayor que confía a otra la ejecución de una serie de importantes actividades relacionadas con el transporte de unas determinadas partidas de efectos hasta el establecimiento de la persona a quien se las ha vendido al objeto de dar cumplimiento a la obligación de entrega inherente a su posición en el contrato de compraventa celebrado.

La aplicación analógica procede; ha de subrayarse la identidad de razón existente entre el caso que nos ocupa y los que son objeto de los artículos 1.722 y 1.980 del Código Civil, relativos a la delegación de funciones por el mandatario o por el gestor oficioso, y del artículo 262 del Código de Comercio, respecto a la del comisionista a favor del sustituto, no de su elección.

Nos hallamos en dichos casos, especialmente en los de mandato y comisión, ante contratos fundados en relación de especial confianza a través de los cuales el mandante o comitente deja en manos de persona que considera eficiente y de solvencia la realización de determinados actos que no puede o no quiere realizar por sí mismo.

Dichas actividades son de naturaleza diversa, y alguna de ellas no constituye obligación propia del porteador, sino que es de la exclusiva incumbencia de la persona que precisa el traslado de las mercancías, es decir, del cargador. Nos referimos a la preparación y acondicionamiento de los productos según su naturaleza y la clase de transporte de que se trate.

En el presente supuesto, la elección de la vía marítima hacía aconsejable la utilización de contenedores, la cual exigía, a su vez, la adecuada estiba de los efectos en el interior de los mismos, tarea previa al propio transporte, la cual corresponde al cargador, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 356 del Código de Comercio, que faculta a los porteadores para rechazar los bultos que se presenten mal acondicionados para el transporte.

Es evidente que nada tiene que ver esta operación de estiba con el propio acondicionamiento de la carga a bordo, a que se refiere el artículo 612.5.º del Código de Comercio —que establece la obligación del capitán de vigilarla cuidadosamente— y el artículo 5.3.º de la Ley de 22 de diciembre de 1949, que la incluye entre las obligaciones del porteador, sea éste naviero, armador o fletador (art. 2.º de dicha norma).

La naturaleza de los actos que comprendía la comisión o mandato permite la aplicación analógica de la solución que establece el artículo 1.722 del Código Civil y a la que no son ajenos el artículo 1.890 del mismo texto y el

262 del Código de Comercio, posibilitando el ejercicio de la acción directa del comitente o mandante contra el delegado del comisionista o mandatario, cuya actuación, por ser jurídicamente más relevante que la de las personas que el comisionista ocupare en la obra (art. 1.596 del Código Civil) justificaría eludir la limitación que en cuanto a los efectos del contrato establece el artículo 1.257 del mismo Código.

Desde otro punto de vista ha de recordarse que en el contrato de transporte la responsabilidad del comisionista no excluye la del propio porteador, sino que viene a reforzarla, por cuanto la comisión de transporte es, *per se*, de garantía, según afirma tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 11 de octubre de 1986 y 7 de junio de 1991, entre otras), lo que significa que el comisionista responde solidariamente con el porteador del cumplimiento de las obligaciones a que se refieren los artículos 349 y siguientes del Código de Comercio, según previene el artículo 379 del mismo cuerpo legal.

A análoga conclusión habría de llegarse a través de la aplicación de la normativa del transporte combinado, pues el artículo 373 del Código citado establece el derecho del remitente a dirigirse contra el porteador con quien celebró el contrato o contra cualquiera de los otros que hubiere recibido sin reserva los efectos transportados, quedando a salvo el derecho del demandado a repetir contra los demás si él mismo no fuere responsable de la falta que ocasione la reclamación del cargador.

La doctrina de esta Sala es decididamente ampliatoria de los términos del artículo 1.137 del Código Civil. Así, en la sentencia de 6 de marzo de 1999 y en las numerosas Resoluciones que en la misma se mencionan, se ha declarado que, pese a que de dicho precepto pudiera deducirse que la solidaridad entre los diversos acreedores o deudores de una sola obligación sólo existiría si ha sido expresamente establecida, aún sin una manifestación literal en tal sentido, ha de entenderse que existe y ha sido querida la solidaridad cuando aparece de modo evidente la intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o se desprenda dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la *bona fides*, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto (sentencia de 19 de julio de 1989).

En definitiva, como señala la sentencia de 26 de julio de 2000, la Jurisprudencia, con el fin de facilitar y estimular la garantía de los perjudicados, admite la doctrina de la solidaridad tácita, que será aplicable cuando entre los obligados se dé una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre ellos.

VI. QUIEBRAS Y SUSENSIONES DE PAGOS

A) Quiebras

RETROACCION DE LA QUIEBRA. NULIDAD DE LOS ACTOS DE DISPOSICION REALIZADOS POR EL QUEBRADO DURANTE EL PERIODO AL QUE SE EXTIENDEN LOS EFECTOS DE LA RETROACCION. (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 2001.)

Examinando las dos líneas que respecto a la interpretación del artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio, se han mantenido, dice la sentencia de 22 de mayo de 2000, que «si la atención se centra en la de los diez últimos años, se comprobará enseguida el dominio casi absoluto del criterio denominado estricto o rigorista, es decir, el que considera afectados de nulidad radical, por ministerio de la ley, todos los actos de disposición del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así, la sentencia de 19 de diciembre de 1991, la considera una nulidad de pleno derecho; la de 11 de noviembre de 1993, una nulidad radical; la de 20 de octubre de 1994, un vicio de origen que afecta a los adquirentes; la de 28 de octubre de 1996, “una nulidad intrínseca y absoluta que actúa *ope legis* y que no precisa su declaración judicial de invalidez de los actos efectuados, actuando incluso con independencia de situaciones de ignorancia o buena fe en los terceros que contratan con el quebrado”. En la misma línea se pronuncia la de 26 de marzo de 1997; y en fin, la de 25 de octubre de 1999, da por definitivamente consolidado tal criterio al declarar que salvo las dos sentencias que cita la recurrente, “es doctrina reiterada y prácticamente uniforme de esta Sala que aquí se mantiene y ratifica, la que proclama la nulidad radical, *ipso iure*, de todos los actos de administración y dominio realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra”».

Esta doctrina de carácter estricto o rigorista ha sido mantenida en las más recientes sentencias de 12 y 14 de junio de 2000; dice esta última que «La nulidad *ipso iure* de los actos de dominio y administración que realiza el quebrado, posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, tal como impone el artículo 878, párrafo segundo del Código de Comercio, ha sido mantenida reiteradamente por esta Sala; así lo resume la sentencia de 2 de diciembre de 1999: La declaración de ese precepto es terminante y no debe merecer duda: los actos de administración y disposición que hace el quebrado, sobre bienes de su patrimonio, tras la fecha de retroacción de la quiebra, son nulos *ipso iure*, nulidad absoluta, así sentencias de 28 de octubre de 1986, 20 de junio de 1996 y 26 de marzo de 1997. Nulidad que produce sus efectos sin que sea precisa declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado, como dice la sentencia de 13 de julio de 1984 y reiteran las de 29 de noviembre de 1991 y 20 de junio de 1996; en cuyo caso corresponde a los síndicos el pedirla, como prevé el artículo 1.366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nulidad que deriva de la declaración que hace el párrafo primero del mismo artículo 878 del Código de Comercio: declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes; no se trata de un estado civil, ni una incapacitación, sino una prohibición legal, lo que implica que los actos de administración y disposición que realice son nulos; así lo fundamenta la sentencia de 13 de julio de 1984, antes citada, que dice: Siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de Derecho de todo su patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia (absoluta, o sea, frente a todos) de cuantos actos de dominio y administración haya realizado contraviéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación». Esta sentencia se cuida de dejar a salvo de la nulidad los supuestos en que no se perjudican los intereses de acreedores.

RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

BUSTO LAGO, J. M.: *La usucapión de la titularidad de la servidumbre predial de paso*, EDERSA, Madrid, 2000.

La monografía, objeto de esta recensión, es la segunda que publica su autor, JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, y teniendo en cuenta su trayectoria anterior, supone un cambio de rumbo desde un punto de vista temático. Hasta la publicación de este libro, el Profesor Busto se había ocupado, casi con carácter exclusivo, del Derecho de obligaciones y contratos y, fundamentalmente, de problemas relativos a la responsabilidad civil extracontractual, publicaciones entre las que destaca su primera monografía, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. El libro que comentamos supone, por lo tanto, una nueva orientación de sus investigaciones hacia otros sectores del ordenamiento jurídico-civil. A diferencia de sus anteriores trabajos, en los que había preferido abordar temas poco tratados en la doctrina española, esta monografía viene precedida, como el propio autor señala, de muchas páginas dedicadas al mismo problema por eminentes juristas de casi todos los tiempos. Sin embargo, esto no ha sido obstáculo para culminar una obra que, como veremos, combina aportaciones novedosas con una exposición completa y rigurosa de toda la tradición jurídica anterior.

La monografía está dividida en cuatro capítulos, precedidos de una breve introducción en la que se exponen los motivos que llevaron al autor a comenzar el estudio que contiene. La sistemática empleada en la que se estudian, por este orden, los caracteres de la servidumbre de paso que determinan su régimen de adquisición por usucapión, la adquisición por usucapión ordinaria de la servidumbre de paso, la adquisición por usucapión sin justo título de este mismo derecho y las cuestiones comunes a toda usucapión conduce al lector a un conocimiento cabal de todos los aspectos problemáticos del tema objeto de estudio. Precisamente de «exposición problemática» podemos calificar a la que efectúa el Profesor Busto, porque el que lee tiene la sensación, durante la mayor parte del tiempo, de ser conducido de un problema a otro a través de una narración en la que exhaustivamente se van planteando todas las posibilidades y enfoques que se le han dado a las diversas cuestiones debatidas, su origen histórico y todas las soluciones posibles para las mismas. Todos los supuestos y situaciones que podemos encontrar, en relación con la usucapión de la servidumbre de paso, son analizadas y desmenuzadas a veces hasta la saciedad; y problemas que habíamos abandonado en el transcurso de las páginas, tras haberse aportado una solución más o menos convincente, vuelven a aparecer un poco más adelante para ser completamente exprimidas por el autor.

Obviamente, el volumen de notas a pie de página que exige una labor como la que acabamos de describir es grande. En muchas de ellas se demuestra una erudición poco común en las obras jurídicas actuales. Podemos resaltar espe-

cialmente la profundidad del estudio de la doctrina francesa, italiana y portuguesa, en todas las cuales se han planteado problemas similares al español. Pese a todo, el autor ha sabido redactar el texto principal de modo que puede ser leído y comprendido en su totalidad sin necesidad de acudir continuamente a las notas, respecto de las que se ha cuidado que funcionen sólo como simple indicador para consultar dónde podemos ampliar lo que se dice en el texto, o bien como medio de exposición de algunas cuestiones secundarias, cuyo tratamiento en la redacción principal dificultaría el seguimiento del hilo conductor del estudio.

Dejando ahora a un lado los aspectos formales, la obra comienza (Capítulo I) con la caracterización de la servidumbre de paso a los efectos de su posible adquisición por usucapión. Sobre la base de lo dispuesto en los artículos 537-539 del Código Civil, continuidad y apariencia de este derecho real *in re aliena* son los dos extremos tratados por el autor como presupuesto previo para examinar con posterioridad los diferentes regímenes de usucapión mediante los que puede ser adquirido. A mi juicio, una de las partes más notables de toda la monografía es, precisamente, esta primera en la que se aborda el problema de la continuidad/discontinuidad como criterio de discriminación entre las servidumbres a efectos de la usucapión. En el texto se expone con toda claridad cómo este criterio nació como consecuencia de una interpretación errónea de textos romanos procedentes de distintas épocas por parte de los juristas medievales, debida a las propias limitaciones del método que empleaban. Es sorprendente y aleccionador cómo un error termina convirtiéndose en un dogma, que resulta, finalmente, consagrado en un texto legal. Pero lo que es más trascendente es que, como se encarga de demostrar el autor, no existe justificación alguna para impedir la usucapión de las servidumbres discontinuas; y la presencia de la regla que las excluye sólo puede conducir, en el mejor de los casos, a una obediencia acrítica de la legislación, o a una solución como la de la jurisprudencia francesa en la cual se terminó reconociendo la propiedad de un terreno al que ejercitaba una servidumbre de paso sobre él. El ejemplo de varios Derechos, próximos al nuestro, como el italiano o el portugués, en los que se ha suprimido este criterio clasificador de las servidumbres, quizá debiera ser seguido por el legislador español en caso de que se considerase oportuno algún día reformar esta materia.

Menos problemas planteó al autor el tratamiento de la apariencia como modo de clasificar a las servidumbres. Se trata de un criterio más reciente y cuya presencia está mucho más justificada desde el punto de vista de la usucapión, como consecuencia de la publicidad que la apariencia conlleva. BUSTO considera, junto con HERNÁNDEZ GIL, que el signo externo que determina la apariencia ha de revelar el uso o aprovechamiento de la servidumbre. Asimismo entiende que no es un signo externo que anuncia la existencia de la servidumbre su inscripción registral; debido a que la letra del 532 del Código Civil exige que dicho signo esté continuamente a la vista. Sin embargo, al leer esta parte del libro (pág. 49), se suscita la duda de si no sería posible plantear una interpretación extensiva que incluya entre estos signos externos a las inscripciones registrales. Si la jurisprudencia y la doctrina entienden que el gravamen es aparente, a los efectos del artículo 1.483, cuando existe una inscripción en el Registro de la Propiedad, ¿por qué no realizar una interpretación semejante del artículo 532 cuando el fundamento de publicidad que justifica la usucapión de las servidumbres aparentes resulta igualmente satisfecho con la inscripción?

Una vez que se ha dejado sentado que la servidumbre de paso puede ser tanto aparente como no aparente, el tratamiento de este criterio clasificatorio finaliza con el estudio de las posibles consecuencias jurídicas de calificar a uno de estos derechos de uno u otro modo. Tras descartar que la calificación de una servidumbre como no aparente pueda tener algún efecto sustantivo en relación con su tutela interdictal, pues el titular es siempre un poseedor, se analizan sus posibles efectos en la protección que respecto de terceros ofrece el Registro de la Propiedad. En este sentido, como sucede en algunas ocasiones a lo largo del libro, el autor no se posiciona claramente, aunque parece estar de acuerdo implícitamente con los que sostienen que la apariencia de la servidumbre da lugar a una presunción *iuris tantum* de que el adquirente no es tercero hipotecario. En este mismo marco general de los efectos que produce calificar a una servidumbre como aparente o no, el autor comienza a justificar su posición, siguiendo en España a LACRUZ, en torno a la posibilidad de usucapir cualquier tipo de servidumbre a través del expediente de la usucapción ordinaria. En el lugar del libro en el que nos encontramos, se limita a rebatir las justificaciones alegadas para avalar la tesis mayoritaria de la imposibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres no aparentes. Se afirma, en este sentido, que ni se puede calificar siempre a una servidumbre no aparente como clandestina, ni que los actos de ejercicio de estos derechos sean de mera tolerancia en todos los casos como aduce la doctrina. Lo único que aporta indudablemente la apariencia es una afirmación enérgica y clara de que se están realizando actos de uso de una servidumbre, pero esto no puede conducir a presumir *iuris et de iure* que en otro caso lo sean sólo a título de tolerancia o graciosa concesión. El primer capítulo concluye con una pormenorizada configuración de la figura de la serventía, presente en algunos ordenamientos forales como el gallego, que en una buena cantidad de ocasiones ha sido confundida con la servidumbre de paso, pese a poseer una naturaleza completamente diversa.

El Capítulo II, relativo a la adquisición de la servidumbre de paso por usucapción ordinaria, es probablemente el que tiene por objeto el problema central de todo el estudio: la posibilidad de usucapir cualquier servidumbre por el expediente del artículo 1.957. Para justificar su posición afirmativa ante la cuestión, BUSTO, con su exhaustividad habitual, expone las distintas posiciones existentes al respecto en la doctrina italiana y francesa. Sobre la base de la discusión comparada y contemplando las normas del Código Civil, el autor, en primer lugar, afirma que el instituto de la usucapción ordinaria es aplicable en general a las servidumbres puesto que, 1) *a fortiori*, si se permite adquirir el dominio por este expediente, ¿por qué van a estar excluidos derechos reales menos importantes como las servidumbres?; 2) sería necesaria una disposición expresa en contra para suprimir la aplicación de una regla de Derecho común como la del 1957; 3) porque la aparente contradicción entre el artículo 537 y el 1.957 se debe a un error del codificador que copia al italiano de 1865, y no a la voluntad de excluir cualquier usucapción que no fuese la extraordinaria de veinte años.

Acto seguido, se solventa la cuestión más difícil, a saber, si las servidumbres excluidas por los artículos 537 y 539 de la usucapción extraordinaria de veinte años, pueden ser usucapidas por la ordinaria del 1.457. En la monografía se sostiene, de acuerdo con el Profesor LACRUZ que, efectivamente, el régimen del artículo 1.957 es aplicable a las servidumbres discontinuas y a las no aparentes. Las razones que justifican esta posición son las siguientes: el tenor

literal del artículo 539 no excluye la adquisición por usucapión ordinaria, por el contrario, la adquisición en virtud de título, a la que se refiere este artículo, puede ser interpretada de modo que comprenda al justo título del artículo 1.957. Por otro lado, el hecho de que el artículo 538 se refiera al comienzo del cómputo de la usucapión para las servidumbres negativas, que son todas no aparentes, indica que por lo menos para este tipo de servidumbres ha de existir algún régimen de prescripción adquisitiva, que no puede ser más que la ordinaria del 1.957. A las ya referidas han de añadirse razones de política legislativa, puesto que, como indicó LACRUZ, no es conveniente dejar prescribir el dominio y no una servidumbre en las condiciones del 1.957; y sistemáticas, pues del artículo 36 LH se deduce la posibilidad de usucapir servidumbres no aparentes, y no existe motivo para no extender esta solución a las discontinuas.

Afirmada la posibilidad de adquirir cualquier tipo de servidumbre por usucapión ordinaria, el autor comienza a analizar, uno a uno, los requisitos necesarios para que se produzca el efecto adquisitivo del derecho real en el régimen del artículo 1.957. La minuciosidad del estudio alcanza en este lugar sus más altas cotas. En primer término, se define el justo título como título válido en abstracto para adquirir el dominio, pero que no da lugar a este resultado como consecuencia de algún defecto externo al propio título. A partir de aquí comienza un completo análisis de los distintos vicios o caracteres que puede tener el título y de sus efectos en relación con su posible consideración como «justo título»; así como de los posibles orígenes que dan lugar a la catalogación de un título como «justo título». A pesar de lo que se afirma, antes de comenzar con este análisis resulta difícil imaginar nuevos casos distintos de los contemplados en el trabajo: el título putativo, el nulo, el anulable, el sometido a condición resolutive y término final; el título otorgado por el *falsus procurator*, por el propietario aparente, por un copropietario, por un miembro de la sociedad de gananciales, por el transmitente de un pretendido fundo dominante, son tratados minuciosamente sin olvido de ninguna posición doctrinal o jurisprudencial.

A pesar de que respecto de la mayor parte de los temas encontramos en el libro posicionamientos claros y fundados, en alguna ocasión puntual el autor declina pronunciarse sobre alguna cuestión —siempre dejando expuesto el *status quaestionis*— debido acaso a que no ha resuelto completamente sus dudas sobre un problema concreto. Esto es lo que sucede con la cuestión de si pueden ser «justos títulos» los sometidos a término final; aunque parece inclinarse por la posición de GENTILE que sostiene que sólo a partir de la llegada del término se pueden usucapir (pág. 115). A mi juicio, esta es la posición correcta, de otro modo se está vedando toda posibilidad de celebrar negocios traslativos con términos finales de larga duración, puesto que para cuando venciese el término, el poseedor del bien objeto del negocio ya lo habría adquirido por usucapión. El único punto de toda esta exposición en el que discrepo de la solución a la que se llega en la monografía, es la relativa a la imposibilidad de comenzar la usucapión ordinaria, cuando el título está sometido a término inicial, hasta que venza este plazo (pág. 119). Teniendo en cuenta que en el Código Civil, el término es normalmente un término de exigibilidad (art. 1.125 del Código Civil), que no afecta a la eficacia del negocio, no creo que pueda sostenerse que el que posee una cosa, en virtud de un título sometido a un término de este tipo, adquiera una posesión precaria como se mantiene en el libro.

El siguiente requisito del régimen del artículo 1.957, del que se ocupa el trabajo que estamos comentando, es el del concepto de buena fe *ad usucapionem*. A este respecto se mantiene una posición que podríamos calificar de ecléctica, que huye tanto de la definición plenamente subjetiva de la buena fe como mero estado de ánimo, como de una identificación total de la buena fe con un comportamiento objetivo, como el del buen padre de familia. De esta manera, se nos dice que la buena fe que exige el artículo 1.957, y que define el 1.950 del Código Civil, consiste en la convicción de que la persona de la que se recibió el derecho era titular del mismo y podía transmitirlo, y de que el título por el que se adquirió era válido y eficaz. Sin embargo, esta buena fe quedará excluida si el adquirente putativo se encuentra en esa convicción debido a culpa grave. Por lo tanto, se llega, finalmente, a una solución, acorde con la mejor doctrina italiana, que si bien aproxima la buena fe del artículo 1.950 a la buena fe objetiva consistente en una proposición de conducta: la del hombre mediocre, a la que hace referencia la culpa grave, mantiene la apreciación de la misma en un nivel subjetivo en primer término, pues la comprobación de la culpa grave no es sino un expediente corrector *a posteriori* de determinados efectos indeseables de un concepto plenamente subjetivo de buena fe. La posición mantenida en la monografía viene a demostrar, una vez más, que ni es posible ni recomendable la utilización de conceptos absolutos de buena fe, ya sean estos objetivos o subjetivos. Por el contrario, lo idóneo es una apreciación de las conductas y los estados de ánimo humanos a través de valoraciones que incorporen al mismo tiempo aspectos objetivos y subjetivos. La mayor incidencia de unos u otros aspectos deberá decidirse más en función de los efectos que se puedan producir en la realidad, y de los fines perseguidos por el ordenamiento en un sector determinado, que como consecuencia de dogmatismos sin sentido.

El capítulo concluye con dos cuestiones concretas más sobre la buena fe. En primer lugar con la determinación del momento en que debe apreciarse la buena fe, exponiendo que ésta debe mantenerse durante todo el transcurso del tiempo fijado para la usucapión. Ello de acuerdo con el aforismo *mala fides superveniens nocet*, vigente en el ordenamiento español a diferencia de los de nuestro entorno, como se encarga de exponer ampliamente el autor. Por último, se dedican unas páginas a las consecuencias que produce para la posesión del heredero el concepto en el que posee su causante. Para ello se analizan, uno a uno, todos los supuestos posibles, defendiéndose, de acuerdo con la opinión mayoritaria, la interpretación del artículo 442 que sostiene que la buena fe del heredero no produce, en cuanto a la posesión *ad usucapionem*, efectos retroactivos más allá de la muerte de su causante si la posesión de este último era viciosa; aunque sí pueda tenerlo el simple hecho de la posesión del causante en relación con una eventual usucapión extraordinaria.

Siguiendo el orden previsto, el siguiente capítulo de la monografía aborda el estudio de la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso cuando no exista un justo título. Prohibida por los artículos 539 y 540 del Código Civil, la adquisición de una servidumbre de paso por la usucapión extraordinaria especial del artículo 537, debido a su carácter discontinuo, la única posibilidad de usucapir sin título una servidumbre de este tipo en el Código Civil es aplicando la denominada prescripción inmemorial extraída de la Disposición Transitoria 1.^a del Código Civil en relación con la Partida III, XXXI, 15. Como es costumbre en el autor y habitual en el libro, la explicación del concepto de prescripción inmemorial se realiza sobre la base de un completo estudio histórico

de la figura y de toda la doctrina relativa a la misma. Lo intrincado de las cuestiones y la erudición demostrada en el libro —que produce en estas páginas una verdadera inundación de notas— hacen que la lectura de esta parte resulte difícil. Sin embargo, por este mismo motivo se concede al lector la oportunidad de conocer en toda su profundidad la complicada cuestión de la naturaleza jurídica de la institución estudiada. Finalmente el autor opta por adscribirse a la tesis germanista que sostiene que la prescripción inmemorial no es un régimen de usucapición, sino un instituto que produce como efecto, de darse sus presupuestos, una presunción de título, que únicamente se puede destruir atacando la existencia de esos mismos presupuestos: la *vetustas* o posesión durante el transcurso de un dilatado período de tiempo —una generación a contar desde que se discutía su validez—, y la ausencia de memoria de un estado diverso de cosas durante la generación anterior. El efecto fundamental en el Derecho español de que se atribuya esta naturaleza jurídica a la posesión inmemorial es la inaplicabilidad del artículo 1.939. De este modo, en virtud de la Disposición Transitoria 1.ª del Código Civil, sólo las prescripciones inmemoriales, ya consumadas a la entrada en vigor del Código Civil, son eficaces.

Dado que, fuera del supuesto constituido por la prescripción inmemorial, no existe otro modo en el Derecho común de adquirir sin título la titularidad de la servidumbre de paso como consecuencia de su posesión durante un período de tiempo, el autor concluye el capítulo con un extenso y completo estudio de la usucapición extraordinaria de la servidumbre de paso en el Derecho de su Comunidad Autónoma natal, la gallega. Aunque en las páginas dedicadas a esta tarea se hacen continuas referencias a otros Derechos autonómicos, en una obra tan completa como la que comentamos se echa de menos un tratamiento singularizado de cada uno de los ordenamientos forales en los que se admite este modo de adquisición de la servidumbre de paso. Ello no es óbice para que el significado para Galicia de esta obra sea especialmente importante. La interpretación del artículo 25 LDCG de 1995, que establece la posibilidad de usucapir la servidumbre de paso por prescripción extraordinaria de veinte años, dista mucho de ser pacífica, sobre todo en lo que se refiere a su virtualidad intertemporal. En este sentido, la monografía que comentamos discute y desmenuza cada una de las opiniones que se han vertido al efecto durante los últimos años, y otorga una solución, que si bien no conviene desde un punto de vista político-legislativo al propio autor, es la única que puede sostenerse si se interpretan las normas de forma respetuosa con los cánones hermenéuticos vigentes en Galicia y en España.

El autor entiende, con razón, que el artículo 25 LDCG no tiene carácter retroactivo; el artículo 2.3 del Código Civil exige una declaración expresa o, al menos, implícita de retroactividad, y ninguna de ellas realiza el antedicho precepto. No es atendible el argumento aportado en esta dirección por parte de la doctrina, estimando que el último párrafo del artículo 25, que establece el *dies a quo* del cómputo del plazo para la usucapición, supone la posibilidad de su aplicación retroactiva. Tampoco lo es el que señala que al existir una costumbre que permitía esta usucapición con anterioridad a la LDCG, no se trataría de un derecho recogido por primera vez en esta Ley y, por ende, podría aplicarse el artículo 1.939 del Código Civil y computar la prescripción comenzada antes de 1995, puesto que si existiese tal costumbre sería *contra legem* y sin trascendencia jurídica. Ni siquiera puede defenderse su retroactividad sobre la base de la tesis de DE CASTRO, relativa a la retroactividad de las leyes de orden público. En efecto, BUSTO niega que la regulación de una nueva

modalidad de usucapión de la servidumbre de paso tenga la entidad suficiente para provocar una incompatibilidad entre dos organizaciones sucesivas de las relaciones sociales. Esta posición es totalmente lógica si se tiene en cuenta, por otra parte, el estricto concepto de orden público manejado por DE CASTRO. Afirmada, entonces, la irretroactividad del artículo 25 LDCG, la solución de los problemas relativos a prescripciones comenzadas antes de su publicación debe solventarse a través de las normas de Derecho transitorio. En este sentido, el autor, tras analizar, uno a uno, todos los casos posibles, deduce aplicando el artículo 1.939 del Código Civil que sólo una posesión que reuniese todos los requisitos para la usucapión ordinaria podría unirse a la ejercitada con posterioridad a 1995 para adquirir el Derecho en virtud de lo establecido en el artículo 25 LDCG.

El cuarto y último capítulo de la monografía aborda, bajo la rúbrica «Cuestiones comunes a toda usucapión de la servidumbre predial de paso», todas aquellas cuestiones generales relativas a la usucapión que no han sido tratadas con anterioridad. Esta forma de proceder del autor permite que el estudio de estos presupuestos comunes a toda usucapión se exponga conectado con el problema concreto que se pretende resolver, esto es, el de la servidumbre de paso. Se consigue evitar, con esta disposición sistemática, esa sensación tantas veces presente en el lector de una monografía, de moverse al comienzo del libro en un mundo de generalidades con una conexión remota con el concreto objeto de estudio. En cuanto a su contenido, el cuarto capítulo comparte con los anteriores la exhaustividad en el estudio de las fuentes y la exposición clara de todas las cuestiones y dificultades que se plantean en relación con cada uno de los temas que se tratan. La primera parte de este capítulo está dedicado al estudio de lo que deba entenderse por posesión pública, pacífica e ininterrumpida; y las páginas siguientes a las dificultades sustantivas y registrales que presentan las usucapiones realizadas *contra* y *secundum tabulas*.

Para concluir, el autor plantea dos interesantes problemas. El primero consiste en determinar cuando una posesión *ad usucapionem* lo es de una servidumbre forzosa de paso, o de una servidumbre ordinaria. La respuesta a esta cuestión debe deducirse, según se expone en el libro, del contenido del justo título en el caso de que se trate de una usucapión ordinaria. Si de éste se deriva la transmisión de una servidumbre forzosa, como tal ha de reputarse la adquirida por usucapión al amparo del artículo 1.957. Si consta la transmisión de una servidumbre ordinaria, de esta naturaleza será la que se adquiriera. Cuando la usucapión es extraordinaria, como la del artículo 25 LDCG, la adquisición dependerá de la situación del pretendido fundo dominante, de modo que sólo si se encuentra en la situación descrita por el artículo 564 se adquirirá una servidumbre forzosa. No le falta razón al autor, pues en este supuesto parece difícil demostrar objetivamente que el poseedor *ad usucapionem* poseía de una forma con la que manifestaba su voluntad de adquirir una servidumbre ordinaria. El último de los temas abordados en el libro es el de la relación entre el plazo para ejercitar la acción negatoria y el establecido para adquirir por usucapión extraordinaria. Busto parte de que la acción negatoria no posee naturaleza merodeclarativa. Por lo tanto, a la dicha acción le es aplicable el plazo de prescripción de treinta años, común a todas las acciones reales. Dado que el Código Civil no permite la adquisición por usucapión extraordinaria de la servidumbre de paso, señala el autor que podría darse la extraña situación de que el titular del dominio no pudiese evitar el

ejercicio de una servidumbre —por haber prescrito la acción para ello—, y el que estuviese ejercitándola tampoco pudiese adquirirla. Esta situación que atenta al buen sentido y a la seguridad jurídica, se evitará, probablemente, en el Derecho gallego, en el cual la usucapión extraordinaria se perfecciona por el transcurso de veinte años.

Las que he expuesto en este comentario no son más que una mínima parte de las cuestiones y problemas estudiados en el libro objeto de esta recensión. Estamos ante un estudio denso, riguroso y documentado que demuestra la gran valía de quien lo escribe, y que satisface plenamente ese afán de erudición propio del investigador universitario. Por otra parte, desde las primeras páginas, desaparece el temor de estar leyendo una monografía más acerca de un tema clásico y manido en la que sólo se recogen, más o menos sistemáticamente, opiniones repetidas y consolidadas. Muy al contrario, la obra que tenemos entre manos demuestra con toda claridad que todavía queda mucho que decir sobre los temas clásicos, y que muchas veces la reiteración doctrinal o jurisprudencial no es más que el reflejo de un error que se repite una y otra vez.

FERNANDO PEÑA LÓPEZ

SANZ JARQUE, JUAN JOSÉ y otros: *Política agraria y cooperativismo*. Universidad Católica de Avila. Avila, 2001. Un tomo de 511 págs.

Durante el verano de 1999 se celebraron en la Universidad Católica de Avila varios cursos de contenido iusagrarista que dieron lugar a la exposición y desarrollo de interesantes ponencias y lecciones a cargo de especialistas en la materia.

Ahora se recogen en este libro, que contiene las actas de dichos cursos, prestando la labor de evitar que se pudieran perder las enseñanzas impartidas a un numeroso auditorio compuesto no sólo por españoles, sino por un nutrido grupo de estudiantes hispanoamericanos que nos visitaron. El Rector de la Universidad, que además dirigió personalmente el desarrollo de los temas, el prestigioso agrarista don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, resume en la presentación del libro los propósitos y los resultados de aquellos cursos que obtuvieron un éxito notable.

En efecto, tales cursos gozaron de plena aceptación y consiguieron un eficiente desarrollo, de lo que podemos dar fe por nuestra asistencia personal, como consecuencia de sus valiosos contenidos y efectos, que suscitaron el interés de los alumnos asistentes; muchos de ellos, ya se ha dicho, de fuera de nuestras fronteras. Por otra parte, los profesores prestigiosos, que ahora diremos, consiguieron mantener la altura que se había propuesto.

La Universidad Católica de Avila se estrenaba con éxito en esta parcela de los cursos de verano, que ha seguido en años posteriores.

El libro se distribuye en tres grandes apartados, referido el primero a cuestiones agrarias, en sentido general; el segundo a la materia de cooperativas, y el tercero a la política agraria de la Unión Europea. Como final se contiene una memoria del curso donde se recogen las actividades de la Universidad, con el calendario y programas de las materias impartidas y nombres de los participantes en los cursos.

BLOQUE TEMATICO I.—CUESTIONES AGRARIAS

Como nos dice el rector, constituyen éstas la materia básica y principal en la historia de la civilización, porque es de necesidad primaria y principal garantizar alimentos suficientes a todos los hombres para poder vivir. Los temas tratados en el curso fueron de plena actualidad en la realidad social y política y se desarrollaron por profesionales y expertos de reconocido prestigio, tanto españoles como iberoamericanos. No es posible que hagamos un comentario de todos los temas, pues nos desbordaría el espacio, y por ello nos tendremos que limitar a enumerarlos.

En esta parte, las ponencias fueron las siguientes:

Agricultura y empresa

— *El agricultor y el agricultor profesional empresario agrario*, por don JOSÉ MARÍA CABALLERO LOZANO, Profesor de la Universidad de Burgos.

— *La empresa agraria y la explotación prioritaria*, por don CARLOS VATTIER FUENZALIDA, Catedrático de Derecho Civil, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos.

— *El contrato de arrendamiento rústico. Legislación española*, por don ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrado del Tribunal Supremo.

— *El sistema registral español en las reformas agrarias*, por don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad.

— *Régimen de las parcelaciones en suelo rústico. Unidades mínimas de cultivo*, por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.

— *Enseñanza y extensión agraria*, por don JOSÉ GARCÍA GUTIÉRREZ, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *La protección de riesgos en la agricultura. Los seguros agrarios*, por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

Agricultura y medio ambiente

— *La diversificación de actividades en la agricultura: Agroturismo*, por don JOSÉ BARROSO Y GONZÁLEZ DE ANTONA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *La biodiversidad como recurso*, por doña MARÍA ANGELES RUIZ SÁNCHEZ, Ingeniero Agrónomo. Profesora de la UCAV.

— *El recurso agua: su ahorro y la mejora de la eficiencia en su uso*, por don ALVARO MARTÍNEZ ALVAREZ, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *Historia, estado y prospección de futuro de los regadíos en España*, por don JESÚS ZAMORA RODRÍGUEZ, Ingeniero Agrónomo. NIEVES DEL RÍO TOMIGO, Ingeniero Agrónomo.

— *Desarrollo y agricultura sostenible. Integración ambiental de la agricultura*, por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *Economía ambiental*, por don PABLO MARTÍNEZ DE ANGUITA, Doctor-Ingeniero de Montes.

Agricultura y comercio

— *Comercialización agraria. La Organización Mundial del Comercio*, por don JULIÁN BRIZ-ISABEL DE FELIPE, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

- *El fenómeno de la globalización y sus efectos en la agricultura*, por don JUAN IGNACIO DE LA VEGA Y LUQUE, Doctor-Ingeniero Agrónomo.
- *Cooperación y desarrollo. Nuevas perspectivas mundiales*, por don JESÚS MIGUEL SANZ ESCORIHUELA, Ingeniero Agrónomo y Diplomático.
- *Organismos internacionales relacionados con la materia agraria*, por don JUAN IGNACIO DE LA VEGA Y LUQUE, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

BLOQUE TEMATICO II.—COOPERATIVAS

Se resalta que las cooperativas son empresas de titularidad asociativa que tienen una gran importancia para erradicar el hambre y la pobreza en el mundo, procurando el crecimiento sostenible de la riqueza mediante la educación y el autoempleo colectivo empresarial, a fin de conseguir el pleno desarrollo del hombre dentro de la comunidad. Los temas tratados en este bloque fueron los siguientes:

- *Economía social en España: Concepto, antecedentes y delimitación*, por don ALEJANDRO BARAHONA RIBER, Subdirector General de Fomento y Desarrollo Empresarial y Registro de Entidades.
- *La nueva Ley de Cooperativas*, por don ARTURO SALMERÓN SALMERÓN, Jefe de Area-Programas.
- *El poder de las empresas conjuntas y cooperación. Una decisión estratégica*, por don GUILLERMO DE LEÓN LÁZARO, Profesor de la UCAV.
- *Cooperativas de Crédito y en particular las Cajas Rurales*, por don FERNANDO BIERGE ROYO, Director General de la Caja Rural de Tenerife, Economista.
- *Cooperativas de trabajo asociado. Su régimen y extensión en España*, por don FRANCISCO SALINAS RAMOS, Doctor en Ciencias Sociales y Políticas, Director de AECCOOP.
- *Experiencia del Cooperativismo Agrario en Tenerife: UTECO y EFOCA*, por don FEDERICO ISIDRO, Presidente de EFOCA.
- *Consejo Superior de Cooperativas*, por don PABLO BUITRÓN ANDRADE, Miembro del Instituto de Estudios Cooperativos de la Universidad de Deusto.
- *Las Cooperativas en la Comunidad de Castilla y León*, por don ESTEBAN CELEMÍN HERNÁNDEZ, Consejería de Agricultura y Ganadería de la Junta de Castilla y León.
- *La Unión Regional de Cooperativas Agrarias en Castilla y León (URCA-CYL)*, por don JERÓNIMO LOZANO GONZÁLEZ, Director de URCACYL.
- *La Cooperativa «Alta Moraña» de Avila*, por don VIDAL HOLGADO GONZÁLEZ, Gerente de la Cooperativa.
- *La Cooperativa Vinícola «Agrícola Castellana, La Seca» - Denominación de Origen Rueda*, por don CÉSAR PRIETO FRÍAS, Gerente de la Cooperativa, Presidente del Consejo Regulador de la Denominación de Origen «Rueda».
- *Presente y futuro del Cooperativismo Agrario*, por don ANDRÉS MONTERO GARCÍA, Ingeniero Agrónomo.

BLOQUE TEMATICO III.—POLITICA AGRARIA DE LA UNION EUROPEA

Es una materia novedosa y que encierra un gran interés tanto para los participantes nacionales como extranjeros. Para los españoles, porque se es-

tudia el contenido de la Agenda 2000 de la PAC, o sea, la nueva Política Agraria Común de la Unión Europea que nos afecta directamente. Para los iberoamericanos, porque son miembros del Mercosur, el Mercado Común del Cono Sur, y quieren saber nuestras instituciones y experiencias para aprovechar su posible aplicación. Estas fueron las ponencias:

— *Origen, fundamento, contenido y evolución de la Política Agrícola Común (PAC). La Unión Económica y Monetaria (UME)*, por don JUAN ANDRÉS FELIÚ SUÁREZ, Ingeniero Agrónomo.

— *Las Organizaciones Comunes de Mercado (OCM) en la Unión Europea. Su creación y evolución*, por don FRANCISCO GIL MARTÍN, Ingeniero Agrónomo.

— *La política de estructuras agrarias en la Unión Europea*, por doña NIEVES DEL RÍO TOMICO, Ingeniero Agrónomo. JESÚS ZAMORA RODRÍGUEZ, Ingeniero Agrónomo.

— *La Política Agrícola Común y el Medio Ambiente*, por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *Principales factores que inciden en la Política Agraria de la Unión Europea ante el III Milenio*, por don CARLOS DE SOROA Y PLANA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

— *La Agenda 2000 y la nueva Política Agrícola Común de 1999. El desarrollo rural en la Unión Europea*, por don FEDERICO SÁEZ VERA, Doctor-Ingeniero Agrónomo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DOMÍNGUEZ LÓPEZ, ESTHER: *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Editorial Comares, Granada, 2001. Un tomo de 292 págs.

En este volumen se afronta el complejo problema de la responsabilidad del comodatario ante el incumplimiento de sus obligaciones, que se conecta inevitablemente a la *vexata quaestio* —como la propia autora reconoce en la introducción— del carácter objetivo o subjetivo de la *custodia* clásica, y su posterior evolución a lo largo del período postclásico y justiniano. El libro, estructurado en tres apartados fundamentales, parte de la consideración de aquellos factores que, a juicio de DOMÍNGUEZ LÓPEZ, influyen decisivamente en la responsabilidad exigida al citado deudor: la gratuidad de la relación, a cuyo estudio dedica el capítulo primero, y la utilidad que, consiguientemente, obtiene el mismo del negocio, de lo que se ocupa en el capítulo segundo. Finalmente se aborda, en el tercer y último capítulo, el problema de la responsabilidad, tema éste que, tal como se desprende del propio título del trabajo y del número de páginas dedicado al mismo (exactamente 160), representa el nudo central del estudio.

En el capítulo primero, centrado en el elemento de la gratuidad, DOMÍNGUEZ LÓPEZ parte de la propia etimología de los términos empleados en el lenguaje vulgar para designar los préstamos de uso, *commodare* y *utendum dare*, para ofrecer, a continuación, un detallado y minucioso examen de diversas fuentes literarias de la época republicana y de principios del Imperio, comenzando por la obra de los comediógrafos latinos PLAUTO y TERENCIO, CATÓN y su tratado *De re rustica*, CICERÓN, OVIDIO y JUVENAL, textos todos que ilustran ampliamente

la naturaleza esencialmente gratuita de estas relaciones, tal como luego se confirma en el ámbito jurídico, al exigirse la ausencia de todo tipo de contraprestación, en dinero o en especie, para que pueda tener lugar el contrato de comodato. Sin dejar de reconocer la rigurosa interpretación que la autora ofrece de todos los pasajes que cita, que sabe armonizar perfectamente con un lenguaje coloquial que agiliza y ameniza su lectura, quizá pueda señalarse el excesivo número de páginas que dedica al estudio de un elemento, como es la gratuidad, que la propia autora define en repetidas ocasiones como «obvia» y «evidente». Concluye, este primer capítulo, con una referencia al proceso de contractualización de los préstamos de uso, en que la autora, tomando como base textual de su argumentación los fragmentos contenidos en D.13,6,1, *pr.* y 1 y *Gai* 4,47, que analiza con gran rigor y exhaustividad, reconoce tres fases o momentos claves dentro de su evolución, que parten de la tutela decretal de tales relaciones, luego sustituida por una tutela edictal más estable y definitiva, hasta llegar a su reconocimiento *iuris civilis* mediante la concesión, aproximadamente hacia finales del siglo I o principios del siglo II d.C., de una *actio in ius*.

En el capítulo segundo se centra en el estudio de la utilidad, factor considerado clave a la hora de determinar el grado de responsabilidad exigido al comodatario. Antes que nada, merece destacarse la original sistemática mediante la que se estructuran los capítulos segundo y tercero, en los que la autora, tal como expresamente advierte el inicio de la obra, prescinde, en la medida de lo posible, de la tradicional división por etapas o épocas históricas, prestando una mayor atención a la doctrina de los sucesivos juristas, lo que convierte el trabajo en un estudio eminentemente práctico, que evidencia un profundo conocimiento y perfecto manejo de los textos tratados. A lo largo de las cerca de cincuenta páginas que dedica la autora al análisis de la *utilitas contrahentium*, documenta ampliamente la preferencia de los juristas clásicos —fundamentalmente a partir de GAYO— por la aplicación de tal criterio a los negocios gratuitos, *in primis* el comodato y el depósito, como baremo para medir la responsabilidad de los relativos deudores. La autora parte como base de su argumentación de los fundamentales fragmentos de las Instituciones de GAYO, 3,203 a 207, de los que lleva a cabo un detenido y minucioso examen crítico, que completa con el análisis de otro pasaje atribuido al mismo jurista, D.13,6,18, *pr.*, así como de diversos fragmentos ulpianeos, D.19,5,17,2; D.13,5,6,10, que le permiten avanzar conclusiones no circunstanciales sobre el alcance y efectividad del criterio de la *utilitas* desde tiempos de GAYO hasta final de la llamada época clásica. El estudio se completa con una breve, pero muy interesante y documentada referencia a su posterior evolución bizantina, llegando hasta la *interpretatio* medieval.

Examinado el binomio gratuidad-utilidad y su influencia directísima en la determinación del concreto grado de responsabilidad que se va a exigir al comodatario, la autora se ocupa, ya en el tercer y último capítulo, del estudio de tal problemática, realizando un análisis crítico-exégetico de las fuentes, llevado a cabo de manera rigurosamente científica, a través del cual trata de reconstruir el complejo proceso de formación y sucesiva delimitación del «régimen» general de la responsabilidad del citado deudor ante el incumplimiento de sus obligaciones. Tal como expusimos líneas atrás, la autora se despega, aun sólo en cierta medida, de la tradicional periodificación del derecho romano, para otorgar un especial relieve y significación a las decisiones y valoraciones individualizadas de los diversos juristas. Particularmente inte-

resantes, por poco frecuentes en los trabajos sobre la materia, son las páginas que dedica al estudio de la doctrina y opiniones de los juristas republicanos, como QUINTO MUCIO, OFIDIO NAMUSA y MELA, punto de partida de toda la evolución posterior, así como el detenido y exhaustivo análisis de las opiniones de JULIANO y MARCELO, en D.13,6,19 y D.19,2,41, a propósito de la extensión de la responsabilidad del comodatario a la hipótesis de daños de terceros a la cosa dada en préstamo. Precisamente, DOMÍNGUEZ LÓPEZ cree encontrar en la relativa argumentación de JULIANO, excluyendo tal eventualidad del ámbito de la custodia, un cambio en la forma de entender tal grado de responsabilidad, evolución ésta que, siempre a su entender, culminará con la definición que de la misma ofrece ULPIANO en D.13,6,5,5, en la que ya se vislumbra una concepción muy próxima a la *exactissima diligentia* de los textos justinianeos. Aunque los resultados a los que llega a lo largo de su estudio no pueden considerarse demasiado novedosos, sí debe reconocerse como mérito de la autora el enorme esfuerzo que realiza tratando de armonizar los encontrados testimonios de las fuentes, con propuestas de conciliación basadas en un análisis rigurosamente crítico y respetuoso de los textos, que vienen a consolidar las teorías sostenidas por un sector ampliamente representativo de la doctrina. También, y como aportación particular, cabe destacarse la atención que presta al examen del criterio de la culpa, cuya genuinidad defiende abiertamente para toda la época clásica e incluso final de la republicana, demostrando a través del detenido estudio e interpretación de las singulares aportaciones de cada jurista, la verdadera naturaleza y esencia del mismo, como criterio ligado indefectiblemente, desde su origen, a la valoración del comportamiento del sujeto. Aunque se aprecian algunas carencias a la hora de abordar ciertas cuestiones, como la responsabilidad en caso de ser varios los comodatarios, cuestión que trata muy de soslayo al analizar los fragmentos D.13,6,5,15 y D.13,6,21,1, en los puntos esenciales la autora profundiza adecuadamente y afronta los problemas y discusiones doctrinales, tratándolos de manera sistemática y científica, todo lo cual convierte su trabajo en un punto de referencia necesario en todo estudio posterior sobre la materia.

BELÉN MALAVÉ OSUNA

LÓPEZ VILAS, RAMÓN: *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*. Discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Contestación de José María Castán Vázquez. Madrid, 2001. Un tomo de 197 págs.

¿Es la jurisprudencia una verdadera fuente de creación del Derecho o su función se limita a aplicar las normas existentes o, como mucho, interpretándolas, pero nada más? Vieja cuestión que ha venido dividiendo a la doctrina y cuya solución cambia según el sistema que se adopte: En los países anglosajones, el juez hace la ley, mientras que en el ámbito continental europeo no se atribuyen facultades normativas a los órganos judiciales.

Este es el tema que plantea, con ocasión de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Catedrático de Derecho Civil y Magistrado excedente del Tribunal Supremo, RAMÓN LÓPEZ VILAS, aportando un depurado estudio monográfico que gira en torno al concepto de la jurisprudencia y su actual función, que es complementar el ordenamiento

jurídico, según la idea adoptada por la nueva redacción del artículo 1.º del Código Civil, según se dirá.

Como es preceptivo en estos discursos, el nuevo académico comenzó haciendo un recuerdo de su predecesor, el Profesor HERNÁNDEZ GIL, especialmente laudatorio, tal como merecía, y además porque el recipiendario fue su *alter ego* y seguidor fiel.

Ya entrando en materia, el discurso se inicia con unas consideraciones previas y básicas sobre la jurisprudencia en nuestro ordenamiento, partiendo de la base de que no constituye una genuina fuente del Derecho; en el número 1 del artículo 1.º del Código Civil sólo se admiten, como es sabido, la Ley, la costumbre y los principios generales. No obstante se le puede reconocer una función próxima a dichas fuentes, ya que la jurisprudencia, aun careciendo de *potestas normandi*, produce, en cambio, la realización efectiva del Derecho, dando lugar a desarrollos normativos que, debidamente reiterados, alcanzan una proyección que puede afectar al sentido y alcance que se atribuye a las verdaderas normas, por lo que tiene una indudable función complementaria del ordenamiento jurídico. Deja el autor de lado el concepto amplio de jurisprudencia como ciencia del Derecho y aun el más restringido de conjunto de criterios de interpretación y decisión y acepta, en cambio, el concepto más estricto y preciso de que jurisprudencia es, con carácter exclusivo y excluyente, la doctrina que, de modo reiterado y uniforme, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, complementando así el ordenamiento jurídico al resolver los asuntos de que conozca a través del correspondiente recurso de casación. Es la acepción consagrada por el artículo 1.6 del Código Civil.

A seguido diferencia la ya apuntada concepción distinta del sistema del «Common Law» angloamericano y el concepto continental, donde se parte del principio de la primacía de la ley.

En la segunda parte del discurso se estudian las corrientes metodológicas más significativas que se han manifestado entre los doctrinarios del Derecho al estudiar la jurisprudencia, pasando del positivismo legalista al judicialista. A tal efecto repasa las ideas de las distintas escuelas, desde la exegética francesa a la histórica alemana, la llamada «jurisprudencia de conceptos» y otras, entre ellas la posición de Ihering, la jurisprudencia de intereses, la escuela del Derecho libre, la teoría pura del Derecho de Kelsen, y varias más hasta llegar a la jurisprudencia sociológica y el realismo jurídico norteamericano. Toda una amplia panoplia de teorías que el autor desgrana y critica, como pórtico para entrar en la cuestión de cómo se ha planteado el tema en nuestro Derecho.

Y esto último es lo que presenta en la parte tercera del discurso, donde se estudia el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho. De todos es sabido que el antiguo artículo 6.º del Código no concedía valor alguno a la jurisprudencia como productora de directrices normativas. Ante ese silencio, la doctrina se dividió en dos posiciones contrapuestas. Para unos, la jurisprudencia era fuente del Derecho, según una postura, porque podía asimilarse a la costumbre o a los principios generales del Derecho o porque era «realmente» una verdadera fuente normativa; se apoyaban en la Disposición Adicional tercera del Código y en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente. En cambio, las tesis negativas se basaron en el principio de la separación de poderes y en el dato de que la jurisprudencia no aparecía entre las fuentes relacionadas en el artículo 6 del Código.

En la parte cuarta del discurso se expone el iter legislativo de la modificación del Título Preliminar del Código llevada a cabo en 1974, donde se enfoca de modo distinto y positivo la cuestión del valor de la jurisprudencia. Aquí se nos explican los trabajos preparatorios que se llevaron a cabo en el seno de la Comisión General de Codificación, resultando la Ley de Bases. Se aportan interesantes datos explicativos del importante cambio de criterio, desde el silencio anterior a la nueva concepción.

Y es en la parte quinta donde ya se explaya ampliamente esta nueva concepción aceptada en el artículo 1 del Código, donde se distingue claramente cuáles son las propias fuentes del Derecho que se incluyen en el número 1 y se separa en el número 6 la posición de la jurisprudencia. Sin ser ésta una verdadera fuente, goza de una consideración importante en cuanto se acepta que supone una función complementaria del ordenamiento jurídico mediante la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar la ley, la costumbre y los principios generales.

Ante el nuevo precepto, la doctrina se ha dividido otra vez y mientras para unos se viene a reconocer claramente a la jurisprudencia como fuente, para otros se sigue manteniendo que los órganos jurisdiccionales no gozan de una función creadora, sino sólo de aplicación de las normas existentes.

LÓPEZ VILAS da su opinión favorable a la reforma y acepta la actual visión de la jurisprudencia en la nueva redacción del Código Civil, diciendo que su ubicación en el mismo artículo donde constan las fuentes, pero en apartado distinto, y la utilización del término «complementar» para explicar su proyección o integración en el ordenamiento jurídico, con lo que se le reconoce cierta eficacia normativa, constituye un acierto, al conseguir con esa fórmula transaccional que se sitúe la jurisprudencia en el plano que realmente le corresponde.

Esta es la apretada síntesis de un discurso académico pleno de contenido y que denota una cuidada elaboración, dando como resultado una visión acertada de lo que significa la jurisprudencia en nuestro ordenamiento jurídico. Es realmente un estudio completo y acabado que viene a confirmar el prestigio doctrinal del nuevo académico.

En su contestación, el académico JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ trazó acertadamente la brillante biografía del beneficiario, exponiendo su extensa obra y comentó, con justeza y profundidad, el discurso, diciendo que constituye un riguroso estudio construido sobre una documentación muy amplia y expuesto con claridad y objetividad.

Esta es también nuestra modesta opinión, tras oír el discurso y habiéndolo releído después con mayor detenimiento.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, ANTONIO: *La publicidad registral*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 1061 págs.

El que ha sido hasta hace poco Decano-Presidente del Colegio de Registradores durante los últimos cuatro años, nos ha dejado, no a título de despedida, sino como saludo o recuerdo, esta monumental compilación donde recoge algunos de sus trabajos y monografías, escritos a lo largo de veinte años. No

hay, como decimos, despedida alguna en cuanto el autor seguirá colaborando con nosotros y permanece en el Consejo de Redacción de la Revista y, sobre todo, en nuestra amistad.

Adopta para el libro el título común de «Publicidad registral» porque, como nos dice, se ocupa principalmente de esta publicidad, que es la vertiente sustantiva del Registro. Esta institución se justifica en cuanto hace público lo que en sus libros se recibe, depura, reelabora y ordena, con la finalidad de obtener una más completa seguridad jurídica.

ANTONIO PAU, Académico de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación es, desde 1980, Registrador de la Propiedad, y además es Letrado, por oposición, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Al año de ingresar en Registros ya comenzó su colaboración en esta Revista con su trabajo sobre «La reorganización del Registro», acompañado de otro al año siguiente, 1982, titulado «Panorama del sistema inmobiliario alemán».

Desde entonces no ha parado de colaborar en nuestras páginas, donde le contamos más de veinticinco estudios, siempre plenos de una densa doctrina y unas orientaciones todas interesantes y muy aprovechables profesionalmente.

Como ya ha llegado a nuestro ámbito la nueva tecnología informática en forma de casetes, es más asequible la consulta y lectura de todos los trabajos del autor publicados en la REVISTA CRÍTICA. Pero ANTONIO PAU tiene, además, otros muchos estudios y monografías que han visto la luz en otros medios y no siempre resultará factible acudir a todos ellos, dispersos por varias publicaciones. Por eso resulta utilísimo este compendio que nos facilita la consulta y lectura de tales trabajos de forma cómoda y directa.

Pero hemos de aclarar que no se trata de unas «obras completas», ni mucho menos, y esto por dos razones. Una, porque aquí sólo se recogen estudios de índole registral, mientras que ANTONIO PAU es autor de otras muchas obras, jurídicas y no jurídicas, que se salen de este estricto ámbito «hipotecario». Y otra, porque el autor es lo bastante joven como para que podamos esperar de él muchas y abundantes producciones sucesivas que en su día podrían completar su obra; en efecto, nuestro compañero tiene la altura doctrinal y la capacidad y cuerda suficiente como para llenar todavía otros varios tomos al respecto.

Este libro es, por tanto, un compendio que comprende solamente artículos, trabajos y monografías publicadas hasta ahora por el autor sobre el tema de la publicidad registral. Algunos de ellos, pocos, han precisado actualización, aunque tan sólo para cambiar el número de algún precepto o añadir la doctrina emanada de alguna resolución reciente, porque, como nos dice en el prólogo, el Derecho Registral tiene una notable estabilidad.

No es cosa de que reproduzcamos el índice para detallar los veinticinco trabajos que se contienen a lo largo de éstas nada menos que 1061 páginas que componen el libro, por lo demás bien presentado y pulcramente editado. En estos estudios se exponen, entre otros temas, los sistemas registrales más importantes, los principios hipotecarios, las funciones de la Dirección General, las notas que caracterizan a la publicidad registral, la teoría de la oponibilidad que expuso ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, diversos aspectos de la hipoteca unilateral, la llamada multipropiedad, el acta de inscripción y la publicidad en el Registro Mercantil.

En la nota bibliográfica, puesta al final del libro, se indican la fecha y el lugar de la primitiva publicación de estos trabajos, aunque también in-

trduce, por primera vez, estudios nuevos en esta obra y que son los tres siguientes:

— «Influencia de la legislación hipotecaria española en Hispanoamérica», completísima y detallada. Bien la hubiéramos querido tener en su día para incorporarla al número extraordinario que se editó de esta Revista en 1992, con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América.

— «La reforma del recurso gubernativo y la Dirección General de los Registros y del Notariado», materia bien debatida por la doctrina y que ha recibido una última regulación por la reciente Ley llamada de acompañamiento de la de Presupuestos para 2002. Por razón de las fechas, el tema queda fuera del libro por ser última disposición y a posteriori.

— Y «La doble venta de inmuebles y publicidad registral», donde se hace una exposición doctrinal y jurisprudencial del artículo 1.473 del Código Civil que, como es sabido, se basa en la inscripción registral para determinar la preferencia en la adquisición del dominio.

Sobre la altura doctrinal de los trabajos nos limitamos a repetir, como muestra, lo que ya dijimos en la recensión del discurso académico y que puede servirnos de pauta; en los demás trabajos, remitirnos al texto de los publicados en nuestra Revista, donde se puede ver el superior nivel doctrinal que es característico de la producción literaria del autor y que todos conocemos. Para los estudios que ahora vemos por primera vez, la impresión es netamente positiva y por ello hay que animar al autor a que siga en esta línea.

En resumen, el libro nos ha gustado, pero nos sabe a poco; hay varios estudios publicados en la REVISTA CRÍTICA muy interesantes y que también podrían haberse incluido. Lo mismo decimos de la historia del Colegio que se publicó hace poco y que también echamos de menos, por su gran interés. Pero comprendemos que en este plan se necesitaría otro voluminoso tomo más, así que hay que conformarse con esto, que no es poco, ciertamente.

Lo dicho, nos ha gustado tanto que nos sabe a escaso, y felicitamos el acierto que supone esta edición.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES y otras autoras: *Derecho Civil comunitario*. Editorial Colex. Madrid, 2001. Un tomo de 483 págs.

De modo paulatino, pero continuo, sigue avanzando el proceso de consolidación progresiva de la Unión Europea. El último peldaño, por ahora, ha sido la entrada en funciones de la moneda única, que nos hace sentirnos un poco más europeos.

Sin embargo, queda todavía algún eslabón pendiente, al que debemos conceder una fundamental importancia, para llegar a conseguir de verdad esa idea central de la existencia de una única y auténtica unión, y es la aspiración a contar con una normativa común suficiente que venga a certificar la deseada uniformidad entre los países miembros, lo que supone todavía un largo camino no exento de dificultades.

Y de esto trata, precisamente, el libro que presentamos, en el cual se nos dice que la adhesión de España a la Unión Europea supone una notable

influencia del Derecho comunitario en cuanto que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico español en la parte reguladora de la persona, la familia y el patrimonio, o sea, lo que se conoce clásicamente como Derecho Civil. Y este nuevo Derecho Civil comunitario, se nos dice en el prólogo del libro, presenta peculiaridades al integrarse en el Derecho español, porque aun siendo su materia o contenido puramente civil, tiene unos principios que superan el ámbito nacional, correspondiendo su interpretación y aplicación al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En estos casos se da un desplazamiento o sustitución lenta y progresiva del Derecho Civil español por el Derecho Civil comunitario, de tal manera que incluso el juez nacional debe aplicar, en caso de conflicto, la normativa comunitaria antes que la española.

Todo esto requiere una detallada exposición de la materia y un análisis comparativo del nuevo ordenamiento semi-internacional que se nos presenta con vehemencia cuasi-imperativa y que no se puede eludir. Y esto es lo que hacen cumplidamente en este libro sus autoras, doña MARÍA DE LOS DOLORES DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, doña MARÍA PAZ POUS DE LA FLOR, doña LOURDES TEJEDOR MUÑOZ y doña MARÍA DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, todas ellas Profesoras Titulares de Derecho Civil, las tres primeras en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la última en la Complutense de Madrid. La obra ha sido dirigida por doña MARÍA DOLORES DÍAZ-AMBRONA, la cual ha redactado quince de los veintiún capítulos de que consta, correspondiendo la autoría de los restantes, a razón de dos capítulos cada una, a las otras profesoras citadas.

Se ha seguido en la exposición el sistema tradicional de las obras de Derecho Civil, comenzando por el concepto y las fuentes de este Derecho comunitario, para seguir con los derechos de la persona como tal ciudadano europeo; la materia de los contratos, según la misma perspectiva continental; la responsabilidad civil, la propiedad y la familia, para acabar con el Derecho medioambiental y el agrario. Se recoge y comenta la legislación tanto en el texto del libro como reproduciendo las normas en una casete adjunta, y se acude a la doctrina del Tribunal de Justicia en los casos en que se ha pronunciado. Es de resaltar también una amplia noticia bibliográfica que se nos ofrece a la cabecera de cada uno de los capítulos y que sirve de orientación para quienes quieran profundizar en el estudio de las materias concretas contempladas.

Según hemos dicho, el libro comienza con el concepto del Derecho comunitario, que es el nacido a partir del Tratado hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, completado por otros posteriores como el de Maastrich, de 7 de febrero de 1992; el de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, y el de Niza, de 26 de febrero de 2001. Tiene unas peculiaridades y características propias que lo diferencian de los ordenamientos jurídicos de los países miembros y cuyas normas están integrándose en ellos hasta formar parte de los mismos. Según nos dice la doctora DÍAZ-AMBRONA tiene como caracteres la primacía sobre los Derechos internos, el sentido armonizador, sus efectos directos, la autonomía y la congelación del rango a favor de la norma comunitaria que no resulta afectada por las normas internas.

Se hace un estudio de sus fuentes que se manifiestan en las Directivas y Reglamentos, y las decisiones, recomendaciones y dictámenes, y se aclara el sentido que tiene el trámite de la transposición a los Derechos internos. En España esa transposición tiene la dificultad añadida de las competencias que tienen, o que se autoatribuyen las Comunidades Autónomas; en efecto, la

tendencia unificadora e integradora de las normas continentales tropezará en más de una ocasión con los pujos diferenciadores regionalistas, lo que puede dar lugar a no pocos problemas. Dentro de estos conceptos generales se estudian los órganos de aplicación del Derecho comunitario que se concretan en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de primera instancia y las Salas jurisdiccionales; el problema de la determinación de la norma aplicable al caso concreto debe resolverse en el sentido de que los jueces deben acudir al Derecho comunitario, teniendo presente la interpretación del Tribunal de Justicia y siendo los órganos de la jurisdicción ordinaria los garantes de la aplicación correcta del Derecho. Caso de duda, la cuestión prejudicial recomienda acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que éste se pronuncie.

En la parte referente al Derecho de la persona se exponen los derechos fundamentales que dimanar de la condición de ciudadano europeo y los reconocidos expresamente por los Tratados, con especial atención a la protección de datos personales, según la Directiva 46 de 1955 y la Ley Orgánica española de 13 de diciembre de 1999.

En los capítulos VI a XIV se estudia ampliamente la normativa europea sobre la contratación, con especial atención a la protección de los consumidores, regulando los elementos del contrato, la seguridad de los productos y las condiciones generales de la contratación; de forma especial se contempla el tema de la firma electrónica, los contratos a distancia, los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la publicidad engañosa, la venta de bienes muebles a plazos, el crédito al consumo y los viajes combinados. En todos estos supuestos se expone la normativa comunitaria, comparándola con las leyes españolas dictadas sobre el particular, resaltando las coincidencias o desajustes en un detallado análisis.

La responsabilidad se contempla en un doble aspecto: Por un lado, se analiza la resultante de los daños causados por productos defectuosos que se ha regulado en una Directiva de 1988, y en otro capítulo se estudia la responsabilidad de los Estados miembros por la falta de cumplimiento o inaplicación del Derecho comunitario.

La propiedad ha sido regulada por normas europeas en cuanto a dos de sus formas especiales. La llamada propiedad a tiempo parcial o multipropiedad ha sido objeto de una Directiva de 1994, que se ha traducido en la Ley española de 15 de diciembre de 1998. Por otro lado, la propiedad intelectual se contempla analizando tanto las normas comunitarias contenidas en la Directiva de 22 de mayo de 2001, como en la vigente legislación española.

El Derecho de familia es objeto del capítulo XIX, donde se aborda su concepto y naturaleza con los antecedentes romanos y germánicos, para centrar su estudio en la conveniencia de la cooperación judicial comunitaria en los procesos matrimoniales cuando se presenten los problemas del reconocimiento de las resoluciones dictadas en los casos de divorcio, separación o nulidad.

Materia novedosa y que está adquiriendo creciente importancia es la relativa a la conservación y defensa del medio ambiente. En el capítulo XX se estudia el Derecho ambiental, tanto en su regulación comunitaria como en las competencias estatales, para penar las agresiones y fijar la responsabilidad civil ecológica.

Y el último capítulo se refiere al Derecho agrario comunitario, sector este que está siendo objeto de una abundante y variada regulación comunitaria,

tratando de fijar los objetivos de una política agraria común, con criterios no siempre estables y por ello más bien coyunturales; se manifiesta en varias normas que se reseñan.

Como se ha visto, el panorama del Derecho Civil comunitario es bastante complejo, pues hay que contar con una abundante normativa europea que hay que combinar con las leyes nacionales, siendo los estudios doctrinales tan prolíficos como variados. Las autoras han tenido el acierto de conseguir una exposición a la vez concreta y completa de las diversas figuras en las que se manifiesta el ordenamiento comunitario, relacionándolas con las correspondientes construcciones legales españolas. Por ello, esta labor, que tiene una doble dosis de doctrinal y práctica, es de toda utilidad en un campo en el que, cada vez más, se ha de mover la actuación de los juristas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

COLOMER FERRÁNDIZ, CARLOS: *Jurisprudencia del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 2001. Un tomo de 395 págs.

La relación entre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y el Registro de la Propiedad es tan normal como antigua. Es normal porque lo que se grava con él es la constitución, transmisión o extinción del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, y tales actos son, precisamente, los que se publican y aseguran mediante su inscripción registral. Y es antigua, mucho más que antigua diríamos, porque tal relación se dio incluso antes de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, y por tanto anterior a la misma existencia del verdadero Registro de la Propiedad.

Nos explicamos. El inicialmente llamado Impuesto de Hipotecas se estableció por un Real Decreto de 31 de diciembre de 1829, que fue ampliado por otro de 1845 para gravar todos los actos traslativos en propiedad o usufructo y también a las transmisiones hereditarias, así como a los arrendamientos, embargos y establecimientos a primeras cepas. Se fijaron plazos perentorios para presentar los documentos a la liquidación de ese impuesto y como por entonces no había nacido el Registro de la Propiedad, pero sí su antecedente, las Contadurías de Hipotecas, en esta oficina se concentraron las funciones fiscales y de toma de razón. Esto repercutió favorablemente, como indica ROCA SASTRE, en la efectividad de las Contadurías, merced a la confusión que el Registro heredó y que se prolonga hasta hoy día, entre lo registral y lo fiscal.

Tales antecedentes han pasado a las actuales oficinas registrales de Distrito Hipotecario, y todos sabemos que hay base para mantener que la función registral tiene íntima unión con las funciones tributarias derivadas de este impuesto como, igualmente, con el de Sucesiones y Donaciones, sucesores de aquel clásico «Impuesto de Derechos Reales» que fue su soporte inicial. En muchas regiones, sobre todo en los ámbitos rurales, se suele identificar lo que se llama «pasar los papeles por el Registro» con la liquidación de los impuestos. Por eso se ha podido pensar que el Registro de la Propiedad y la Oficina Liquidadora de Distrito son partes de un mismo sistema de legalización y aseguramiento de las funciones transmisoras de los bienes.

En el programa de las oposiciones de ingreso en el Cuerpo de Registradores hay una parte dedicada al Derecho Fiscal y en especial a estos temas concretos, que todo opositor debe conocer y exponer si quiere convertirse en aspirante, para poder aplicar su normativa cuando ejerza la profesión.

Antiguamente la función del Registrador-Liquidador comprendía la totalidad del proceso, desde calificar el acto impositivo, comprobación de valores, liquidación y recaudación. Ahora, aunque hay autoliquidación y se han simplificado algo las operaciones, aún tiene que comprobar tales liquidaciones y realizar la correspondiente liquidación complementaria que proceda. En resumen, es patente la función que desempeña el Registrador en relación con los impuestos que gravan los actos que se presentan a inscripción, como requisito previo.

Varios han sido los trabajos y bastante los libros que han estudiado estos temas tributarios en el ámbito registral, pero casi siempre en el comentario de los preceptos o en su vertiente doctrinal. El libro que ahora presentamos aborda la materia de modo especial en el aspecto jurisprudencial y tiene por autor a CARLOS COLOMER FERRÁNDIZ, cuya competencia es notoria en cuanto que es Inspector de Hacienda del Estado y a quien ya conocemos por su colaboración en este campo en el Boletín de Información del Colegio de Registradores. Ahora queda bien demostrada esa competencia en esta obra, cuya utilidad es indiscutible para los profesionales a quienes afecta el impuesto, por activa o por pasiva.

En efecto, se ofrece una recopilación abundante de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, actualizada hasta junio de 2000, siguiendo en su orden a los 57 artículos del Texto Refundido del Impuesto, que se concreta en unos 300 epígrafes donde se resumen las decisiones más relevantes de la jurisprudencia dimanada de las sentencias del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central y de los Regionales y también la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los puntos que resultan de interés para este impuesto.

Para mejor manejar el libro en la búsqueda de la cuestión concreta que interese, se tiene, además del índice normal o general que sigue el articulado, con su desarrollo en párrafos y epígrafes, otro índice alfabético que facilita la entrada rápida y directa a los variados puntos que pueden presentarse en las operaciones sujetas al impuesto.

El libro es útil no sólo para los Liquidadores, sino también para los demás Registradores, aunque no tengan tal ocupación específica, pues ahí tenemos el artículo 254 de la Ley Hipotecaria que exige, en todo caso, la acreditación de que se han cumplido los requisitos fiscales antes de inscribir. Y no acaban aquí sus funciones, pues además han de practicar de oficio las notas marginales de afección fiscal para garantizar la efectividad de las futuras liquidaciones que puedan girarse y también por los beneficios fiscales concedidos y sujetos a comprobación posterior o en los casos de aplazamiento o fraccionamiento del pago del impuesto.

El autor, al escribir esta obra, y el Centro de Estudios Registrales al editarla, prestan a todos los Registradores, Liquidadores o no, y también a los demás funcionarios y profesionales en general, el servicio de facilitarles el trabajo en cuanto esté relacionado con este impuesto.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 681 (Junio 2001)

«El desarrollo legislativo de la ordenación farmacéutica a nivel estatal y en las Comunidades Autónomas. Su problemática», por M.^a DEL CARMEN VIDAL CASERO, pág. 4884.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. DISPOSICIONES ESTATALES Y ACLARACIONES DADAS POR EL TS Y TC: 2.1. DECRETO DE 24 DE ENERO DE 1941. 2.2. LEY DE BASES DE SANIDAD DE 1044 Y DECRETO DE 31 DE MAYO DE 1957. 2.3. REAL DECRETO 909/1978 Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL. 2.4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 2.5. SENTENCIAS DEL TS Y TC. 2.6. LEY GENERAL DE SANIDAD. 2.7. LEY DEL MEDICAMENTO. 2.8. EL REAL DECRETO-LEY 11/1996. 2.9. LA LEY 16/1997.—3. LA ORDENACION FARMACEUTICA DE LAS CC.AA.: 3.1. TÍTULOS-COMPETENCIAS CON QUE CUENTAN LAS CC.AA. PARA ABORDAR LA PLANIFICACIÓN FARMACÉUTICA. 3.2. IMPRECISIONES CONCEPTUALES: 3.2.1. *La imprecisión del término de «ordenación farmacéutica»*. 3.3. NATURALEZA DE LA OFICINA DE FARMACIA: 3.3.1. *Servicio público impropio*. 3.3.2. *Establecimiento sanitario*. 3.4. REGULACIÓN POR VÍA REGLAMENTARIA Y POR VÍA LEGISLATIVA: 3.4.1. *Aspectos generales*. 3.4.2. *Problemática de las transmisiones de oficinas de farmacia*. 3.4.3. *Otros problemas*. 3.4.4. *Planificación en CC.AA.*: 3.4.4.1. Criterios y principios generales. 3.4.4.2. Base de referencia. 3.4.4.3. Módulo poblacional. 3.4.4.4. Distancia. 3.4.5. *Procedimiento de autorización de nueva oficina de farmacia*: 3.4.5.1. Baremación. 3.4.5.2. Trámite del procedimiento de autorización de una nueva oficina de farmacia: 3.4.5.2.1. Iniciación del procedimiento. 3.4.5.2.2. Concurso. 3.4.5.2.3. Designación del local. 3.4.5.2.4. Acta de apertura y funcionamiento.—4. CONCLUSIONES.

«Aproximación al estudio de la tutela procesal penal del medio ambiente (La investigación de los delitos medioambientales)», por MANUEL M. GÓMEZ DEL CASTILLO, pág. 4905.

SUMARIO: I. INTRODUCCION A LA TUTELA PROCESAL DEL MEDIO AMBIENTE.—II. LA TUTELA PROCESAL DEL MEDIO AMBIENTE.—III. LA TUTELA PROCESAL PENAL DEL MEDIO AMBIENTE. LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACION EN LOS PROCESOS POR DELITOS MEDIOAMBIENTALES: TIPOS DELICTIVOS CONTEMPLADOS EN EL CODIGO PENAL RESPECTO AL MEDIO AMBIENTE; TIPOS PROCESALES A SEGUIR PARA SU ENJUICIAMIENTO.—IV. LA ACTIVIDAD DE INVESTIGACION EN LOS PROCESOS POR DELITOS MEDIOAMBIENTALES.

«Delitos contra el patrimonio cultural: análisis desde una perspectiva formalista», por JOSÉ ANTONIO CRUZ ASTORGA, pág. 4917.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CONSIDERACIONES PREVIAS:

A) APROXIMACIÓN A LA EXPRESIÓN «¿DELITOS SOBRE EL PATRIMONIO HISTÓRICO?»

B) TÉCNICA LEGISLATIVA Y CRITERIOS DE VALORACIÓN.—III. ANALISIS DE LOS

DELITOS CONTENIDOS EN EL CAPITULO II, TITULO XVI DEL CODIGO

PENAL: A) ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO. B) ANÁLISIS DE LOS

ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.—IV. CONCLUSIONES.

«El derecho a saber de los hijos adoptivos (contenido y límites)», por ISABEL MARÍA ARTERO MOLINO, pág. 4967.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. MARCO NORMATIVO DE LA PROBLE-

MÁTICA: A) INTERNACIONAL. B) NACIONAL.—III. LA DOCTRINA ADMINIS-

TRATIVA SOBRE EL DERECHO DE ACCESO E INFORMACION A LOS

EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS.—IV. JURISPRUDENCIA DE INTE-

RES SOBRE EL PARTICULAR: A) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. C) TRIBUNAL SUPREMO.—V. PRACTICA ADMI-

NISTRATIVA DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTONOMAS: CATALUÑA,

ANDALUCIA Y BURGOS.—VI. DERECHO COMPARADO.—VII. CON-

CLUSIONES: FACULTADES Y LIMITES DE LAS COMUNIDADES AUTO-

NOMAS COMPETENTES EN MATERIA DE ADOPCION.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 188 (Septiembre-Octubre 2001)

«Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional, número 164/2001, de 11 de julio, referente a la Ley del Suelo 6/1998», por ANGEL CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, pág. 11 (sin sumario).

«En torno a las medidas liberalizadoras del suelo: apuntes críticos a la luz de las SSTC 61/1997 y 164/2001», por JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE, pág. 59 (sin sumario).

«La articulación de las técnicas de distribución de beneficios y cargas en la fase de planeamiento. Marco de regulación autonómica bajo la Ley 6/1998», por DANIEL ANTÚNEZ TORRES, pág. 81.

SUMARIO: 1. LA DISTINCION DE DOS FASES EN EL PROCESO DE AC-
TUACION DE LAS TECNICAS DE DISTRIBUCION DE BENEFICIOS Y
CARGAS: DEL PLANEAMIENTO A LA EJECUCION DEL PLAN.—2. EL
MANTENIMIENTO DE ESTAS TECNICAS DESDE LA FASE DE PLANEA-
MIENTO EN EL MARCO DE LA LEY 6/1998.—3. LOS LIMITES TRADI-
CIONALES AL DERECHO A LA EQUIDISTRIBUCION Y EL NUEVO
MARCO NORMATIVO.—4. SUELOS URBANIZABLES.—5. SUELOS UR-
BANOS Y SUS CATEGORIAS.—6. LA PROBLEMÁTICA DE LAS DOTA-
CIONES PUBLICAS DE CARACTER GENERAL Y LOCAL.

«Comentarios a la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria», por JOSÉ VICENTE MEDIAVILLA CABO, pág. 119.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PLANIFICACION TERRITORIAL Y URBANISTICA: 1. LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL. 2. EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 3. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO. 4. LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—III. INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN LA EDIFICACION Y EN EL MERCADO DEL SUELO: 1. LA INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO. 2. LA INTERVENCIÓN EN EL MERCADO DEL SUELO.—IV. LA DISCIPLINA URBANISTICA Y LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA: 1. LA DISCIPLINA URBANÍSTICA. 2. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.—V. EL REGIMEN TRANSITORIO.

«La intervención administrativa en la edificación y uso del suelo y la disciplina urbanística en la nueva Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria», por CÉSAR TOLosa TRIBIÑO, pág. 133 (sin sumario).

«Depreciación física de las construcciones según el Real Decreto de 25 de junio de 1993, y la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1994», por VICENTE GONZÁLEZ DE BUITRAGO DÍAZ, pág. 161 (sin sumario).

Número 189 (Noviembre 2001)

«El premio de afección en la jurisprudencia: su diferente alcance para propietarios y arrendatarios. Análisis de su procedencia en la ejecución del Planeamiento urbanístico por el sistema de compensación», por JOSÉ ANTONIO SEGOVIA ARROYO, pág. 11.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NOTAS GENERALES SOBRE EL PREMIO DE AFECCION: A) CONCEPTO Y FUNDAMENTO. B) CARÁCTER IMPERATIVO. C) APLICABILIDAD A TODO TIPO DE EXPROPIACIÓN. D) EL PREMIO COMO PARTIDA INTEGRANTE DEL JUSTIPRECIO TOTAL.—III. ALCANCE DE LA APLICACION DEL PREMIO DE AFECCION SEGUN SEA EL EXPROPIADO PROPIETARIO O ARRENDATARIO. PARTICULAR REFERENCIA A UNA EXPROPIACION QUE TRAE CAUSA DE LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO POR EL SISTEMA DE COMPENSACION: A) DOCTRINA GENERAL. B) POSTURAS JURISPRUDENCIALES CONTRADICTORIAS. C) ANÁLISIS DE UN CASO CONCRETO EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO POR EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN: CONSECUENCIAS DE LA INCORPORACIÓN O NO A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN. EFECTOS SOBRE EL PREMIO DE AFECCIÓN.—IV. INTERESES DE DEMORA Y SU INCIDENCIA EN EL PREMIO DE AFECCION.—V. CONCLUSIONES.

«Apuntes de jurisprudencia registral (Sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con especial incidencia en materia urbanística)», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 47.

SUMARIO: 1. INSCRIPCION DE LOS PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCION: 1.1. ALCANCE DEL ACTA COMPLEMENTARIA.—2. INSCRIPCION DE LAS OBRAS NUEVAS: 2.1. AUTO RECAÍDO EN EXPEDIENTE DE DOMINIO. 2.2. EDIFICACIÓN EN SUELO RÚSTICO Y ANTERIOR A LA LEY 8/90. 2.3. LA FIRMA DEL TÉCNICO COMPETENTE HA DE SER LEGITIMADA.—3. INSCRIPCION DE ACTOS DE PARCELACION: 3.1. TRANSMISIÓN DE CUOTA INDIVISA CON ASIGNACIÓN DE USO EXCLUSIVO DE ESPACIO DETERMINADO.—4. INSCRIPCION DE CESIONES DE INMUEBLES DERIVADAS DE CONVENIOS DE LA ADMINISTRACION: 4.1. DIFERENCIA ENTRE ARRENDAMIENTO DE OBRA A CAMBIO DE PARTE DE LA EDIFICACIÓN RESULTANTE Y PERMUTA DE SOLAR POR OBRA FUTURA.

«Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia sobre gestión urbanística», por GABRIEL SORIA MARTÍNEZ, pág. 69.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA JURISDICCION EN LOS ASUNTOS EN LOS QUE SE DISCUTE LA TITULARIDAD SOBRE TERRENOS ENTRE UN PARTICULAR Y LA ADMINISTRACION CON OCASION DE LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO.—3. INEXIGIBILIDAD DE CESIONES SUPERIORES AL 10 POR 100 DEL APROVECHAMIENTO DEL AMBITO CORRESPONDIENTE.—4. LA ILEGALIDAD DE LA LIQUIDACION DE CUOTAS POR EL CONCEPTO DEL IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS EN RELACION CON LAS OBRAS DE EJECUCION DE PROYECTOS DE URBANIZACION.

«La responsabilidad administrativa por actuaciones conjuntas. Reciente jurisprudencia», por SUSANA GALERA RODRIGO, pág. 89.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: COMPETENCIAS CONCURRENTES, ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONJUNTAS Y RESPONSABILIDAD CONCURRENTES.—2. LA ARTICULACION DE COMPETENCIAS CONCURRENTES: A) FÓRMULAS ORGÁNICAS. B) ACTIVIDAD CONVENCIONAL. C) PARTICIPACIÓN NORMATIVAMENTE ORDENADA EN LA ACTIVIDAD DE OTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: a) *Informes*; b) *El artículo 60 LBRL*.—3. RESPONSABILIDAD POR ACTUACIONES CONJUNTAS: A) EL ARTÍCULO 140 DE LA LEY 30/1992: REDACCIÓN INICIAL, REFORMA Y PROBLEMAS SUBSISTENTES. B) PROBLEMAS QUE SE SUSCITAN EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN. C) APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS.

«Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (Estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia)», por JOSÉ ANTONIO SEGOVIA ARROYO, pág. 125.

SUMARIO: 1. CONCEPTOS: A) REVISIÓN *VERSUS* MODIFICACIÓN DEL PLANEAMIENTO GENERAL. B) SISTEMAS GENERALES *VERSUS* DOTACIONES LOCALES. C) SOBRE LA CONSIDERACIÓN COMO «SUSTANCIAL» DE UN CAMBIO INTRODUCIDO EN LA TRAMITACIÓN DE LA ALTERACIÓN DEL PLANEAMIENTO. D) SOBRE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS.—2. DETERMINACIONES DEL PLANEAMIENTO GENERAL: EN PARTICULAR, LA CLASIFICACION DE LOS TERRENOS COMO SUELO URBANO.

NO.—3. MOTIVACION DEL PLANEAMIENTO Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD. UN ASUNTO CONCRETO: INCLUSION DE UN BIEN EN UN CATALOGO Y EXCLUSION DEL MISMO DE UNA UNIDAD DE EJECUCION.—4. APROBACION DEFINITIVA: COMPETENCIA. AUTONOMICA DELEGADA EN EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO (DECRETO ANDALUZ 77/1994, DE 5 DE ABRIL).—5. CONTROL POR LOS TRIBUNALES DEL PLANEAMIENTO GENERAL MODIFICADO O REVISADO.—6. ASPECTOS PROCESALES: EJECUCION PROVISIONAL DE UNA SENTENCIA EN TRAMITE DE CASACION.

Número 190 (Diciembre 2001)

- «Señores de la desregulación, y ahora ¿qué?», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 11 (sin sumario).
 «La aprobación definitiva del planeamiento general», por FERNANDO GARCÍA RUBIO, pág. 29 (sin sumario).
 «Régimen transitorio de la legislación del suelo y urbanística en la Comunidad Autónoma de Aragón», por PEDRO CORVINOS BASECA, pág. 81 (sin sumario).
 «La evaluación de impacto ambiental en el Derecho comunitario», por JUAN CRUZ ALLI ARANGUREN, pág. 133.

SUMARIO: I. LA EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL DERECHO COMUNITARIO: 1. INTRODUCCIÓN. TRATADOS DE LA CECA Y DEL EURATOM. 2. ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. LOS PROGRAMAS: 2.1. *Primer Programa (1973-1977)*. 2.2. *Segundo Programa (1977-1981)*. 2.3. *Tercer Programa (1982-1986)*. 2.4. *Cuarto Programa (1987-1992)*. 2.5. *Quinto Programa (1993-2000)*. 3. LAS DIRECTIVAS 85/337 Y 97/11 SOBRE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 3.1. *Las acciones preventivas y evaluadoras*. 3.2. *Ambito de aplicación y exclusiones*. 3.3. *Objeto de la evaluación*. La «repercusión importante» y el «efecto significativo» de los proyectos. 3.4. *Contenido de la evaluación*. 3.5. *Contenido de los proyectos*. 3.6. *Participación en el procedimiento*. 3.7. *Repercusiones transfronterizas de los proyectos*. 3.8. *Protección de la confidencialidad comercial e industrial*. 4. EL ACTA UNICA EUROPEA. 5. EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. 6. LA DIRECTIVA 90/313, SOBRE LIBERTAD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN SOBRE EL MEDIO AMBIENTE. 7. LA DIRECTIVA 96/61, SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL INTEGRADOS DE LA CONTAMINACIÓN. 8. EL TRATADO DE AMSTERDAM.—II. EL PROYECTO DE DIRECTIVA SOBRE EVALUACION DE PLANES Y PROGRAMAS: 1. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA. 2. OBJETO. 3. PROCEDIMIENTO. 4. COMPATIBILIDADES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 240 (Abril-Junio 2001)

- «Marcas y derecho de autor», por ALBERTO BERCOVITZ, pág. 405.

SUMARIO: I. DIFERENCIAS Y RELACIONES ENTRE LAS MARCAS Y EL DERECHO DE AUTOR.—II. TITULARES INDEPENDIENTES SOBRE LA

MARCA Y EL DERECHO DE AUTOR: 1. DERECHO DE AUTOR PRIORITARIO FRENTE A UNA MARCA POSTERIOR. 2. MARCA PRIORITARIA FRENTE A UNA OBRA POSTERIOR PROTEGIBLE EN PRINCIPIO POR EL DERECHO DE AUTOR.—III. MARCA Y DERECHO DE AUTOR CON TITULARES JURIDICAMENTE RELACIONADOS ENTRE SÍ: 1. TITULAR ÚNICO. 2. AUTORIZACIÓN DEL TITULAR DEL DERECHO DE AUTOR: A) *Obra creada con total independencia del solicitante de la marca.* B) *Obra creada por encargo para ser registrada como marca.*

«Reflexiones en torno al interés social», por IGNACIO ARROYO, pág. 421.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. DEL DEBATE SOCIETARIO AL DEBATE SOCIAL.—III. EL VALOR RELATIVO DE LAS AFIRMACIONES ABSOLUTAS.—IV. COMPATIBILIDAD ENTRE EL RELATIVISMO Y LA FORMULACION DE PRINCIPIOS RECTORES.—V. MERCADO, MAYORIA E INTERES SOCIAL.—VI. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL «INTERES SOCIAL».—VII. EL «INTERES SOCIAL» DEBE SER DEFINIDO POR EL JUEZ EN FUNCION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.—VIII. LA CUESTION DE LA DISOLUCION Y LIQUIDACION DE COMPAÑIAS SOLVENTES.—IX. CONCLUSION.

«La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», por JESÚS ALFARO AGUILA-REAL y AURORA CAMPINS VARGAS, pág. 441.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: 1. EL RÉGIMEN LEGAL. 2. DETERMINACIÓN DE LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN DEL SOCIO SALIENTE POR ACUERDO DE LAS PARTES. 3. EL RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO. 4. REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA LIQUIDACIÓN DEL SOCIO QUE CAUSA BAJA.—II. EL VALOR REAL DE LA PARTICIPACION: 1. EL VALOR REAL DE LA SOCIEDAD COMO VALOR DE MERCADO DE LA EMPRESA SOCIAL. 2. LA VALORACIÓN DE LA EMPRESA SOCIAL COMO PROBLEMA JURÍDICO.—III. METODOS DE VALORACION: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMAS DE VALORACIÓN ESTÁTICOS. 3. SISTEMAS DE VALORACIÓN DINÁMICOS. 4. EN PARTICULAR, EL MÉTODO DEL FLUJO DE CAJA DESCONTADO. 5. EL «VALOR» DE CADA UNO DE LOS SISTEMAS DE VALORACIÓN.—IV. LA VALORACION DE LA PARTICIPACION DEL SOCIO QUE CAUSA BAJA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PARTICIPACIONES PRIVILEGIADAS. 3. COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS RECÍPROCOS ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD. 4. «PRIMA DE CONTROL» Y DESCUENTO POR CARÁCTER MINORITARIO. 5. LAS OPERACIONES PENDIENTES. 6. SINERGIAS Y GANANCIAS SUBJETIVAS. 7. PARTICIPACIONES SOCIALES PERTENECIENTES A SOCIEDADES DE GANANCIALES. 8. RESTITUCIÓN DE LOS BIENES APORTADOS. 9. EL MOMENTO RELEVANTE.—V. LA IMPUGNACION DE LA VALORACION EFECTUADA POR EL EXPERTO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ARBITRIO DE TERCERO Y DICTAMEN ARBITRAL. 3. LA LABOR DEL JUEZ FRENTE AL INFORME DEL PERITO.—VI. LA DEUDA DE LA CUOTA DE LIQUIDACION: 1. EL PAGO DE LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN. 2. EFECTOS DE FALTA DE PAGO. 3. RESPONSABILIDAD DEL SOCIO EXCLUIDO O SEPARADO POR LAS DEUDAS SOCIALES.—VII. CONCLUSIONES.

«Sobre los destinatarios de la prohibición de usar información privilegiada (art. 81.2 de la Ley del Mercado de Valores Española)», por AURORA MARTÍNEZ FLÓREZ, pág. 495.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: A) LAS SUCEVAS MODIFICACIONES DEL ARTÍCULO 81 DE LA LMV. B) LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE CLÁUSULA GENERAL POR LA LMV: LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN POR LA DISPOSICIÓN DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA.—II. LAS PRETENDIDAS LIMITACIONES DEL CIRCULO DE DESTINATARIOS DE LA PROHIBICION DE USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA: A) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LMV: a) *Argumentos que militan en favor de esta interpretación.* b) *Crítica de la tesis expuesta.* B) LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE UNA INTERPRETACIÓN CONJUNTA DE LOS DOS APARTADOS DEL ARTÍCULO 81 DE LA LMV.—III. SIGNIFICADO DE LA DISPOSICION DE INFORMACION PRIVILEGIADA.

«La protección de las creaciones de forma», por MARÍA LUISA LLOBREGAT HURTADO, pág. 543.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PROTECCION DE LAS FORMAS ESTETICAS Y DE LAS FORMAS FUNCIONALES.—III. LA PROTECCION DE LAS FORMAS ESTETICAS Y DE LAS FORMAS ARTISTICAS: POSIBILIDAD DE ACUMULACION DE PROTECCIONES.—IV. LA PROTECCION DE LAS FORMAS ESTETICAS Y DE LAS FORMAS DISTINTIVAS: 1. LÍMITES PARA EL REGISTRO DE LAS MARCAS TRIDIMENSIONALES. 2. LA DOCTRINA DE LA FUNCIONALIDAD: 2.1. *Principio general.* 2.2. *Funcionalidad utilitaria y funcionalidad estética en el Derecho norteamericano.* 3. CONSIDERACIONES FINALES.—V. LA PROTECCION DE LA FORMA NO REGISTRADA: 1. CUESTIONES PRELIMINARES. 2. COORDINACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DE LA LCD CON LA NORMATIVA SOBRE LOS DERECHOS DE EXCLUSIVA. 3. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 11 DE LA LCD. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL APROVECHAMIENTO DE LA REPUTACIÓN Y DEL ESFUERZO AJENO.

Número 241 (Julio-Septiembre 2001)

«Escritos en recuerdo del profesor Rodrigo Uría», por VARIOS AUTORES, págs. 1033 a 1101.

«Defensa y elogio de Juan de Evia Bolaños, primer mercantilista español», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PLANAS, pág. 1109 (sin sumario).

«Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico», por AGUSTÍN MADRID PARRA, pág. 1189.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRONICO.—II. LA FIRMA ELECTRONICA: 1. CONCEPTO DE FIRMA. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA: A) *Estructura triangular:* a) Firmante; b) Certificador; c) Tercero que confía. B) *Presunción a favor de la firma electrónica avanzada.*—III. EL PAGO: 1. DINERO ELECTRÓNICO: A) *Concepto.* B) *Características.* 2. TRANSFERENCIA ELECTRÓNICA DE FONDOS: A) *Concepto.* B) *Relaciones entre las partes que intervienen en la operación.* C) *La transferencia como forma de pago.* 3. TARJETA ELECTRÓNICA: A) *Características.* B) *Efectos jurídicos.* 4. SEGURIDAD EN LOS MEDIOS DE PAGO.—IV. LA ENTREGA DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS: 1. TRANSPORTE. 2. CONTRATO A DISTANCIA: A) *Ley de*

Ordenación del Comercio Minorista: a) Ambito de aplicación; b) Plazo de ejecución; c) Derecho de desistimiento; d) Devolución. B) Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.—CONCLUSION.—BIBLIOGRAFIA.

«El concepto de comerciante en el Derecho alemán tras la reforma de 1998», por JOSÉ MARÍA MUÑOZ PAREDES, pág. 1265.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PUNTO DE PARTIDA: LA NORMATIVA ORIGINARIA.—III. LA REFORMA. POSTULADOS BASICOS: 1. NECESIDAD Y ALCANCE DE LA REFORMA. 2. MANTENIMIENTO DEL TÉRMINO «KAUFMANN» Y NO INCLUSIÓN DE LOS PROFESIONALES LIBERALES.—IV. REORDENACION DE CATEGORIAS: 1. EL «IST KAUFMANN» Y EL CONCEPTO DE GEWERBE. 2. DE «MINDERKAUFMANN» A «NICHT-KAUFMANN» QUE PUEDE CONVERTIRSE EN COMERCIANTE («KAN-KAUFMANN»). 3. EMPRESARIOS AGRÍCOLAS Y FORESTALES. 4. EL COMERCIANTE POR RAZÓN DE LA INSCRIPCIÓN Y DE LA FORMA.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«Las garantías contractuales en las reglamentaciones de la Cámara de Comercio Internacional», por JAVIER SAN JUAN CRUCELAEGUI, pág. 1315.

SUMARIO: 1. LA ESCASA ACEPTACION DE LAS GARANTIAS CONTRACTUALES ACCESORIAS: 1. LAS REGLAS UNIFORMES ACERCA DE LAS GARANTIAS CONTRACTUALES (RUGC, 1978): A) *Las garantías reguladas en las RUGC.* B) *El carácter accesorio de las garantías contempladas en las RUGC.* 2. LAS REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LOS «CONTRACT BONDS» (RUCB, 1994): A) *Las modalidades de garantía contempladas.* B) *La accesoriidad de las garantías reguladas en las RUCB.*—II. LA DIFUSION CRECIENTE DE LAS GARANTIAS ABSTRACTAS O INDEPENDIENTES: LAS REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTIAS A PRIMERA DEMANDA (RUGD, 1992): 1. LAS PAUTAS GENERALES QUE INSPIRAN A LAS RUGD: A) *El carácter facultativo de su utilización.* B) *Los tipos de garantía contemplados y la preferencia por la garantía documentaria.* 2. LOS CARACTERES DE LAS GARANTIAS INDEPENDIENTES EN LAS RUGD: A) *La independencia de las garantías reguladas por las RUGD), cualquiera que fuera la denominación utilizada.* B) *El carácter internacional de la garantía.* C) *El carácter incondicional de la garantía.* D) *El carácter indemnizatorio de las garantías.* E) *La irrevocabilidad de la garantía.* F) *La general intransferibilidad de la garantía.* 3. EL RÉGIMEN DE LAS GARANTIAS INDEPENDIENTES EN LAS RUGD: A) *El contenido de la carta de garantía y la necesaria mención del importe de la garantía.* B) *La mención de la entrada en vigor de la garantía.* C) *La modificación de la garantía.* D) *La duración de la garantía.* E) *La regla «extend or pay» (Pago de la garantía o prórroga de la misma).* 4. EL RÉGIMEN DE LA CONTRAGARANTÍA: A) *La independencia entre garantía y contragarantía.* B) *La independencia y similitud entre las obligaciones del garante y del contragarante.* C) *Las obligaciones del contragarante.* 5. LA RECLAMACIÓN DEL PAGO DE LA GARANTÍA: A) *La constancia escrita de la reclamación del pago de la garantía.* B) *La diligencia y plazo razonables en el examen de los documentos por el garante.* C) *La comunicación al ordenante acerca de la reclamación del pago de la garantía.* D) *La negativa al abono del pago reclamado y su comunicación al beneficiario.* E) *El pago de la garantía.* 6. LAS REGLAS PARA EL PAGO DE LA CONTRAGARANTÍA. 7. LOS SUPUESTOS

DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL GARANTE Y CONTRAGARANTE.—III. LA COEXISTENCIA DE LAS REGLAMENTACIONES SOBRE LOS CRÉDITOS «STAND-BY» Y SOBRE LAS GARANTÍAS A DEMANDA: 1. LA NATURALEZA Y MODALIDADES DE LOS CRÉDITOS «STAND-BY»: A) *El crédito stand-by financiero*. B) *La utilización del crédito stand-by en garantía del pago del precio*. 2. LA DIFERENTE NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS ORDINARIOS Y DE LOS CRÉDITOS «STAND-BY»: A) *Las diferentes finalidades económicas*. B) *El diferente grado de formalismo*. 3. LA APLICABILIDAD DE LAS RUU A LOS CRÉDITOS «STAND-BY»: A) *Los preceptos de las RUU aplicables a los créditos stand-by*. B) *Los preceptos de las RUU no aplicables a los créditos stand-by*. 4. LA IDENTIDAD DE NATURALEZA ENTRE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y LOS CRÉDITOS «STAND-BY» Y EL CAMPO DE APLICACIÓN DE SUS RESPECTIVAS REGLAMENTACIONES: A) *La inaplicabilidad de las RUU a las garantías independientes*. B) *La aplicabilidad de las RUU a los créditos stand-by*.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 35 (2001)

«Ambito de protección de los menores inmigrantes. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», por TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, pág. 1239.

SUMARIO: I. PROTECCION INTERNACIONAL DEL MENOR INMIGRANTE.—II. EL PRINCIPIO DE INTERES SUPERIOR DEL MENOR.—III. LAS NECESIDADES DEL MENOR COMO EJE DE SUS DERECHOS Y DE SU PROTECCION.—IV. LA PROTECCION DEL MENOR INMIGRANTE EN LAS LEYES 21/1987, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL, Y 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCION JURIDICA DEL MENOR: 1. REFLEJO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR RELATIVO A LOS INMIGRANTES. 2. EL ARTÍCULO 9.6 DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Posibilidad de aplicación de la tutela ex lege a los menores inmigrantes*. B) *Soluciones ante las situaciones de riesgo*. C) *Guarda de menores inmigrantes*. D) *Acogimiento de menores inmigrantes*.—V. LA LEY ORGANICA 8/2000, DE 22 DE DICIEMBRE, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: 1. DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS MENORES EXTRANJEROS. 2. DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES EXTRANJEROS.

«Concepto, forma y continuidad en la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos», por ALBERTO CALVO MELIJE, pág. 1261 (sin sumario).

Número 36 (2001)

«Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa (I)», por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJAN, pág. 1277.

SUMARIO: I. EL PROYECTO DE REGULACION LEGAL ESPECIFICA E INDEPENDIENTE DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.—II. ANALISIS DE LA DEFINICION LEGAL DE JURISDICCION VOLUNTARIA CONTENIDA EN EL ARTICULO 1.811 DE LA LEC DE 1881 Y LA CONTENCIOSIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA CONTRAPOSICION: EL TEXTO DE MARCIANO RECOGIDO EN D. 1. 16.2 PR: 1. LA CONTENCIOSIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA. LA CONVERSION DEL EXPEDIENTE VOLUNTARIO EN CONTENCIOSO. RELEVANCIA DE LA CONTRADICCION. 2. SUPUESTOS DE INTERVENCION PRECEPTIVA DEL JUEZ. 3. CONTENIDO DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA. 4. DIVERSIDAD DE TEXTOS LEGISLATIVOS EN LOS QUE SE CONTIENEN ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA. 5. CONTENCIOSIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA CONTRAPOSICION JURISDICTIO CONTENTIOSA-IURISDICTIO VOLUNTARIA EN EL TEXTO DE MARCIANO.—III. NATURALEZA JURIDICA DE LA ACTUAL JURISDICCION VOLUNTARIA: 1. POLÉMICA DOCTRINAL. 2. CRITERIO JURISDICCIONALISTA.—IV. DIFERENCIAS DE PROCEDIMIENTO ENTRE LA JURISDICCION CONTENCIOSA Y LA JURISDICCION VOLUNTARIA: 1. INTRODUCCION. 2. TITULARIDAD. 3. LUGAR, TIEMPO Y LIBERTAD DE FORMA EN LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA. 4. COMPETENCIA Y CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL. 5. RECUSACION Y ABSTENCION. 6. RECURSOS. 7. COSA JUZGADA.

Número 37 (2001)

«Jurisdicción voluntaria: sanción constitucional y propuesta de racionalización del sistema (y II)», por ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, pág. 1317.

SUMARIO: I. LA SANCION CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN EL ARTICULO 117 DE LA CE: ANALISIS DE SU POSIBLE CONSIDERACION COMO POTESTAD JURISDICCIONAL: 1. INCLUSION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA ENTRE LAS FUNCIONES QUE EL ARTICULO 117.4 DE LA CE ATRIBUYE A LOS JUECES Y TRIBUNALES EN GARANTIA DE CUALQUIER DERECHO. 2. CONSIDERACION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA COMO POTESTAD JURISDICCIONAL, CONFORME AL ARTICULO 117.3 DE LA CE.—II. RACIONALIZACION Y REDISTRIBUCION DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE JURISDICCION VOLUNTARIA: 1. INTRODUCCION. 2. AMBITO PROPIO DE COMPETENCIA JUDICIAL. 3. SUPUESTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA OBSOLETOS, DE NULA APLICACION PRÁCTICA O DE ESCASA EFICACIA. 4. AMBITO DE ATRIBUCION DE COMPETENCIAS AL NOTARIADO. 5. AMBITO DE ATRIBUCION DE COMPETENCIAS A LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES Y A LOS SECRETARIOS JUDICIALES. 6. SUPUESTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA QUE PODRÍAN SER INCLUIDOS EN EL MARCO DEL PROCESO ORDINARIO.—III. PROBLEMAS FRONTERIZOS, SUPUESTOS CONEXOS Y PROCEDIMIENTOS ANALOGOS AL DE JURISDICCION VOLUNTARIA: 1. EL RIESGO DE LA DESNATURALIZACION DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA. EL ETERNO PROBLEMA DE LAS FRONTERAS. 2. PROCEDIMIENTOS CONEXOS O ANALOGOS AL DE JURISDICCION VOLUNTARIA: MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESOS SUMARIOS.

Número 38 (2001)

«El Fondo de Reserva en la Ley de Propiedad Horizontal», por LORENZO PRATS ALBENTOSA, pág. 1343.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA COMPETENCIA DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS.—III. UTILIDAD Y FUNCION.—IV. TITULARIDAD DEL FONDO.—V. FACULTADES DE DISPOSICIÓN DE LOS COMUNEROS SOBRE EL FONDO: 1. GASTOS DERIVADOS DE OBRAS DE CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES: a) *Obras necesarias ex artículo 10 de la LPH*; b) *Actos de reparación*. 2. EL PAGO DE LA PRIMA DE UN CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS. 3. EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN DE UN CONTRATO DE MANTENIMIENTO DE LOS ELEMENTOS COMUNES.—VI. CONSTITUCIÓN DEL FONDO: 1. ACUERDO DE CONSTITUCIÓN. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL: CONSECUENCIAS. 2. CUANTÍA DE LA DOTACIÓN DEL FONDO. 3. INTEGRACIÓN DEL FONDO Y EL PAGO DE LAS APORTACIONES. 4. DOTACIÓN APLAZADA. 5. CARÁCTER DE LAS APORTACIONES. 6. DISPOSICIONES CONTABLES. 7. IMPAGO DE LA APORTACIÓN: PREFERENCIA DEL CRÉDITO Y AFECCIÓN REAL.

COMENTARIO: El artículo se centra en el estudio del denominado Fondo de Reserva, introducido por el artículo 9 y la Disposición Adicional de la Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. Estamos ante un nuevo elemento común constituido por dinero cuyo fundamento se encuentra en la intención de fomentar la cultura de la conservación y la rehabilitación de los inmuebles, a fin de potenciar la creación de consignaciones y dotaciones por parte de las comunidades de vecinos para la mencionada conservación del inmueble. Dotación configurada como deber individual y colectivo constituida por las aportaciones que le correspondan según su cuota. Indirectamente la reforma ha concedido personalidad jurídica a las comunidades, ya que sólo de este modo podrán ser titulares de derechos y obligaciones.

Matiza el autor la posibilidad de que las CC.AA., en base a su competencia exclusiva en urbanismo y vivienda, han regulado o pueden regular el deber de conservar las edificaciones, de manera que igualmente pueden regular el deber de constituir el fondo de reserva. Mientras que es de competencia exclusiva del Estado, con base en el artículo 149.1.1.^a u 8.^a CE, la determinación del régimen de propiedad horizontal, entendido como conjunto de derechos y deberes.

Resulta interesante el estudio que realiza el articulista sobre la facultad de disposición de los comuneros sobre el fondo. Siguiendo la ley, y sobre la base de su condición restrictiva, enumera y analiza su utilización para hacer frente al pago de los gastos derivados de obras de conservación y reparación de los elementos comunes, destacando, a su vez, las obras enumeradas por el propio artículo 10 LPH, a los actos de reparación; el pago de la prima de un contrato de seguro de daños; el pago de la contraprestación de un contrato de mantenimiento de los elementos comunes.

En relación con la constitución del fondo son varios los puntos objeto de análisis. El primero hace referencia al acuerdo de constitución que imperativamente deberá ser en el primer presupuesto ordinario tras la vigencia de la Ley de reforma; aunque sin duda más importancia tiene del estudio del incumplimiento de esta obligación. El siguiente asunto tratado hace referencia a la cuantía de la dotación del fondo que puede ser el porcentaje del 5 por 100 del último presupuesto arbitrado por la comunidad señalado por la Ley, o puede ser el decidido por la propia Junta de propietarios, sin olvidar que las CC.AA. pueden incrementar el porcentaje legal en base a sus competencias. En cuanto al fondo mismo, estará integrado por las aportaciones de cada comunero según su cuota de participación en la comunidad que deberá cum-

plirse antes del inicio de cada anualidad, pago que podrá exonerarse a cada comunero por acuerdo de la Junta. La ley ha previsto también la existencia de la llamada dotación aplazada cuando la integración del fondo mediante las aportaciones de los comuneros supongan un esfuerzo económico adicional pueda aplazarse. Desgrana también un punto importante como es el del carácter de las aportaciones, concretamente si éstas debían ser cumulativas o no, o si los fondos, mientras las necesidades de conservación o de rehabilitación no se presenten, deben ser depositados sin interés en la ADMINISTRACION autonómica. No se olvida el autor de analizar las disposiciones contables, una vez constituido el fondo, que deberá ser mantenido en su cantidad mínima con los reintegros que sea preciso exigir. Finaliza haciendo referencia a un tema importante como es el del impago de la aportación y las consecuencias que conlleva el mismo respecto a terceros al considerarse la dotación como una afección real que grava el piso o local, y además por su consideración de crédito preferente por parte de la comunidad de propietarios.

«Consideraciones críticas sobre el tratamiento de la representación voluntaria en la futura reforma del Reglamento Notarial con motivo de la integración de Notarios y Corredores de Comercio colegiados en único cuerpo de notarios», por ESTHER MUÑIZ ESPADA, pág. 1367 (sin sumario).

Número 39 (2001)

«Notas sobre las fundaciones de interés gallego», por JAVIER LETE ACHIRICA, pág. 1375.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ¿INTERES GALLEGO VERSUS INTERES GENERAL?—III. LA APLICACION EXTRATERRITORIAL DE LA LEGISLACION DE FUNDACIONES DE INTERES GALLEGO.—IV. LA REALIZACION DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES O MERCANTILES POR LAS FUNDACIONES DE INTERES GALLEGO.

«Criterio jurisprudencial en torno al plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil», por ICIAR CORDERO CUTILLAS, pág. 1389 (sin sumario).

Número 40 (2001)

«Una nueva forma de inmisión: los campos electromagnéticos. Lo tolerable y lo que no lo es», por RICARDO DE ANGEL YÁGUEZ, pág. 1397.

SUMARIO: I. UN PROBLEMA, UNA SENTENCIA Y EL ATREVIMIENTO DE UN JURISTA.—II. LAS INMISIONES COMO EJEMPLO DE LO QUE ES TOLERAR.—III. LOS CAMPOS ELECTROMAGNETICOS: QUE ES LO TOLERABLE (UNA «INTERPRETACION JURIDICA» DEL ESTADO DE LA CIENCIA).—IV. UNA DECLARACION JUDICIAL SOBRE LA INMISION ELECTROMAGNETICA Y ENTORNO A SU PRUEBA.—V. MI OPINION SOBRE TODO LO ANTERIOR.

COMENTARIO: Aborda el autor un asunto de gran actualidad, por la alarma social que desencadena, como es el derivado de la utilización de los teléfonos móviles, o de reclamaciones entabladas por supuestos perjuicios producidos por las antenas de las empresas que los comercializan, o de demandas formuladas contra la compañía de distribución eléctrica titular de un tendido o de un transformador. Inquietud que ya ha desencadenado la existencia de las correspondientes resoluciones judiciales, aunque en principio sólo en primera y segunda instancia (concretamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 13 de febrero de 2001).

Acomete el análisis del tema desde la perspectiva de la tolerabilidad como referencia jurídica y no como canon, modo o apreciación de quien sufre la inmisión electromagnética que puede ser en todo caso difícil de apreciar. El autor, siguiendo la resolución judicial, entiende que tanto si no se ha acreditado la inocuidad como si no se ha probado la nocividad de los campos citados, no puede, sin duda, descartarse la existencia de nocividad.

Un problema importante reside pues en el relativo a la carga de la prueba de la inicuidad de la inmisión. Entiende que debe correr a cargo del demandante. Y en cuanto al grado de tolerabilidad entiende que no es válido el criterio comparativo como se acoge en la sentencia estudiada, sino que debe versar sobre la intensidad y frecuencia de los campos electromagnéticos.

Por último, que la inmisión sea producto de una actividad reglada (centro de transformación eléctrica) y ajustada a las normativas legales no excluye la responsabilidad, y ello porque el deber de diligencia va más allá.

Concluye el autor señalando la operatividad y éxito de una acción negatoria por inmisiones que no requiere la prueba de un daño, siendo bastante la demostración de que la inmisión excede de lo normalmente tolerable.

Número 41 (2001)

«El convenio de Nueva York, de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero: su aplicación en la práctica», por FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, pág. 1425.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EL CONVENIO EN SU ESTRUCTURA OBJETIVA DE NORMA PARA OBTENER PRESTACIONES ALIMENTICIAS EN EL EXTRANJERO.—III. EL CONVENIO ANALIZADO A TRAVÉS DE LOS ORGANOS Y FUNCIONES ASIGNADAS A LA INSTITUCION INTERMEDIARIA: 1. LOS ORGANISMOS QUE INTERVIENEN EN LA RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS. 2. EL MINISTERIO FISCAL Y LA INSTITUCIÓN INTERMEDIARIA. 3. ORGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES PARA CONOCER DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN.—IV. ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITA LA APLICACION DEL CONVENIO: 1. SU EXTENSIÓN *RATIONE MATERIAE*. 2. OBJETO DEL CONVENIO. 3. FORMAS DE MANIFESTARSE LAS RECLAMACIONES DE ALIMENTOS: A) *Reclamación de alimentos mediante el ejercicio en España de la acción correspondiente*: a) Juicio de alimentos o juicio declarativo; b) Aspectos formales y contenido de las demandas de alimentos. B) *Reclamación de prestaciones alimenticias por la del reconocimiento o exequatur de sentencias extranjeras*.

«El derecho y el deber de alimentos de las personas mayores», por MARÍA ANGELES FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, pág. 1447 (sin sumario).

Número 42 (2001)

«Las multas que impone la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por MARÍA CONCEPCIÓN RAYÓN BALLESTEROS, pág. 1453 (sin sumario).

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

Número 113 (Julio-Septiembre 2001)

«Lo razonable de la tradición. Una revisión crítica de algunos principios pre-modernos», por H. C. F. MANSILLA, pág. 9.

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL DESENCANTO CON LA MODERNIDAD.—II. LA RELIGION EN CUANTO FUENTE DE SENTIDO.—III. LA MONARQUIA Y LA ARISTOCRACIA HEREDITARIAS COMO CONTRAPE-
SOS A LA PLUTOCRACIA PLEBEYA.—IV. LA NECESIDAD DE UNA ES-
TETICA EDIFICADA SOBRE LA BELLEZA.—V. LA NECESIDAD DE UNA
SINTESIS ENTRE LO TRADICIONAL Y LO MODERNO.

«Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», por ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, pág. 43.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. LA CARTA:
DERECHOS DECLARADOS Y DISPOSICIONES GENERALES: A) Los
DERECHOS DECLARADOS: DESGLOSE SUMARIO DE LOS CAPÍTULOS I-VI DE LA CARTA.
B) DISPOSICIONES GENERALES.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

«Gobierno dividido en México: entre la pluralidad y la eficacia», por CARLOS ENRIQUE CASILLAS, pág. 75.

SUMARIO: LA EXTINCION DE LAS MAYORIAS.—LA ARQUITECTURA DEL
PRESIDENCIALISMO Y LOS GOBIERNOS DIVIDIDOS.—ORIGEN PAR-
TIDISTA E INSTITUCIONAL DE LOS GOBIERNOS DIVIDIDOS.—EFICA-
CIA, CONFLICTO Y ESTABILIDAD POLITICA.—DINAMICA Y PERSPEC-
TIVAS.

«Y después de las transiciones, ¿qué? Un balance y análisis de las teorías del cambio político», por SALVADOR MARTÍ I PUIG, pág. 101.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION: LA RELEVANCIA DEL TEMA.—2. LAS TEO-
RIAS CLASICAS: TEORIAS DE LA MODERNIZACION Y DE LA DEPENDEN-
CIA: 2.1. TEORÍAS DE LA MODERNIZACIÓN. 2.2. LAS TEORÍAS DE LA SEGUNDA
GENERACIÓN: LA TEORÍA DE LA DEPENDENCIA.—3. LA RAPIDA OBSOLESCENCIA
TEORICA: EL IMPACTO DE LOS ACONTECIMIENTOS.—4. LAS TEO-
RIAS DE LA «TERCERA GENERACION»: LOS ESTUDIOS SOBRE LOS
PROCESOS DE TRANSICION.—5. UN PEQUEÑO BALANCE.—BIBLIO-
GRAFIA.

«Maquiavelo antihierocrático y las fuentes del anticlericalismo italiano», por JUAN MANUEL FORTE MONGE, pág. 125.

SUMARIO: MAQUIAVELO Y EL PAPEL HISTORICO DE LA IGLESIA EN ITALIA.—TRES MOMENTOS DEL ANTIHIEROCRATISMO ITALIANO.—LA «MISERA ITALIA» Y EL *MALUM EXEMPLUM*.

«Democracia y deliberación. Una reconstrucción del modelo de Jon Elster», por JOSÉ LUIS MARTÍ MÁRMOL, pág. 161.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FUNDAMENTOS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: 1. DISTINCIÓN CONCEPTUAL ENTRE MERCADO Y FÓRUM. 2. PROCEDIMIENTOS PARA TOMAR DECISIONES.—III. EN QUE CONSISTE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: 1. DEFINICIÓN. 2. SUJETOS DE LA DELIBERACIÓN. ¿QUIÉNES SON LOS PARTICIPANTES? 3. EL OBJETO DE LA DELIBERACIÓN. 4. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.—IV. LA JUSTIFICACION DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA.—V. LA DEFENSA ANTE LOS CRITICOS REALISTAS. LA FUERZA DE LOS ARGUMENTOS.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.

«El debate constitucional europeo», por JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ SIERRA, pág. 193.

SUMARIO: I. NIZA Y LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE 2004.—II. LA FORMALIZACION CONSTITUCIONAL.—III. LA CONSTITUCION EN SENTIDO MATERIAL.—IV. EL GIRO INTERGUBERNAMENTAL DE LA UNION EUROPEA: 1. EL CONSEJO, LA COMISIÓN Y EL PARLAMENTO. 2. LA APORTACIÓN DE PRODI: LOS ALTOS REPRESENTANTES Y LAS AGENCIAS. 3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARLAMENTOS NACIONALES. 4. EL CONSEJO EUROPEO Y/O LOS JEFES DE ESTADO Y GOBIERNO. 5. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. 6. LA COOPERACIÓN REFORZADA.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 149 (Julio-Diciembre 2000) (sin sumarios)

«Religión y política en Ambrosio de Milán», por FLORENCIO HUBENÁK, págs. 441-487.

«La atención pastoral prematrimonial: algunas reflexiones críticas sobre su aplicación y práctica en las diócesis españolas», por FEDERICO R. AZNAR GIL, págs. 489-518.

«La doctrina del humano modo y las técnicas biomédicas de reproducción asistida», por JUAN J. PUERTO GONZÁLEZ, págs. 519-558.

«L'impedimento del ratto nell'attuale diritto matrimoniale canonico (can. 1089 CJC)», por PIERO PELLEGRINO, págs. 559-587.

«La participación de la iniciativa privada en la financiación de actividades de interés general. Especial referencia a los convenios de colaboración empresarial con la Iglesia católica en materia de Patrimonio Histórico», por ISABEL ALDANONDO, págs. 589-623.

- «Una primera lectura de la Ley chilena que establece normas sobre la constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas», por CARLOS SALINAS ARANEDA, págs. 625-676.
- «El embarazo previo al matrimonio. Notas histórico-jurídicas en torno a tres escrituras lucenses de finales del siglo XVIII», por JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 679-689.
- «L'atto giuridico formale: aspetti canonici (cann. 1086, § 1; 1117; e 1124 del CIC)», por PRIAMO ETZI, págs. 691-710.
- «Reflexiones en torno a la prohibición del c. 1684», por MARÍA ELENA PIMSTEIN SCROGGIE y BEATRIZ ZEGERS PRADO, págs. 711-742.
- «Variaciones sobre la situación de los archivos eclesiásticos», por EUTIMIO SASTRE SANTOS, págs. 743-761.
- «La Rota de la Nunciatura Apostólica en España: nuevas normas orgánicas y procesales», por M.^a CRUZ MUSOLES CUBEDO, págs. 763-794.

REVISTA JURIDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 10 (Mayo-Agosto 2001)

- «Actos de comunicación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por JAVIER MARTÍN-BORREGÓN Y GARCÍA DE LA CHICA, pág. 13.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ACTOS DE COMUNICACION: 1. CLASIFICACIÓN. 2. ASPECTOS GENERALES: A) *Personas a las que se debe notificar*. B) *Tiempo y plazo*. C) *Administraciones Públicas*. D) *Funcionario que puede notificar*. E) *Respuesta del interesado*. F) *Cédula y copia*. G) *Servicios Comunes*. H) *Nulidad y subsanación*. I) *Responsabilidad*. J) *Auxilio judicial*. 3. FORMA DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN: 1.º *A través de procurador. En la sede del Tribunal. Servicio de recepción de notificaciones y copias*: A) *Antes de la LEC 2000*. B) *Con la LEC 2000*. Medios electrónicos. 2.º *A las partes. Domicilio. Averiguación de domicilio. Registro Central de Rebeldes Civiles*: 1. *Por correo o cualquier otro medio técnico*. 2. *Mediante entrega*: A) En la sede del tribunal. B) En el domicilio. 3. *A las personas que no son parte*. 4. *Edictos*. 5. *Oficios y mandamientos*.—III. COOPERACION JUDICIAL.

- «El justiprecio de los arrendamientos de vivienda en la expropiación forzosa», por LOURDES MONTILLA GORDO, pág. 45 (sin sumario).
- «El nuevo régimen patrimonial de la Comunidad de Madrid», por ANTONIO LUIS CARRASCO REIJA, pág. 55 (sin sumario).

- «Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid», pág. 69.

SUMARIO: CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES.—CAPITULO II. REGIMEN DE LOS BIENES DE DOMINIO PUBLICO.—CAPITULO III. REGIMEN DE LOS BIENES DE DOMINIO PRIVADO.—CAPITULO IV. REGIMEN JURIDICO ESPECIAL EN ORGANISMOS AUTONOMOS, ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO Y DEMAS ENTES PU-

BLICOS.—DISPOSICIONES ADICIONALES.—DISPOSICIONES DEROGATORIAS.—DISPOSICIONES FINALES.

«La protección de datos: el nuevo derecho fundamental del siglo XXI», por M.^a TERESA SANMARTÍN ALCÁZAR, pág. 115.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. FORMACION DE LA PROTECCION DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL: 1. PRIMERA ETAPA. 2. SEGUNDA ETAPA. 3. TERCERA ETAPA.—III. LA AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

«Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid», pág. 125.

SUMARIO: CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES.—CAPITULO II. DEL REGIMEN DE LOS FICHEROS DE DATOS DE CARACTER PERSONAL.—CAPITULO III. DE LAS RESPONSABILIDADES SOBRE LOS FICHEROS DE DATOS DE CARACTER PERSONAL Y SU USO.—CAPITULO IV. DE LA AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—CAPITULO V. DE LA COOPERACION INTERADMINISTRATIVA.—DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA.—DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA.—DISPOSICION DEROGATORIA.—DISPOSICION FINAL PRIMERA.—DISPOSICION FINAL SEGUNDA.

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 31 (Septiembre 2001)

«Las elecciones municipales en Francia, de 11 y 18 de marzo de 2001», por ISABEL MARÍA CANTOS PADILLA, pág. 11.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. MODO DE ELECCION Y NOVEDADES LEGISLATIVAS O DE OTRA INDOLE APLICABLES A ESTAS ELECCIONES.—II. INTERES DE ESTOS COMICIOS.—III. ANTECEDENTES Y SITUACION PREVIA A LA CAMPAÑA ELECTORAL: III.1. SITUACIÓN GENERAL DE LAS FUERZAS POLÍTICAS MÁS IMPORTANTES. III.2. RELATIVIZACIÓN DE LA SITUACIÓN GENERAL ANTES EXPUESTA DEPENDIENDO DE LA UBICACIÓN TERRITORIAL DEL ELECTORADO.—IV. LA CAMPAÑA ELECTORAL.—V. LA PRIMERA VUELTA DE 11 DE MARZO DE 2001.—VI. LA SEGUNDA VUELTA DEL 18 DE MARZO DE 2001: VI.1. SITUACIÓN PREVIA. VI.2. RESULTADOS.—VII. VALORACION JURIDICO-POLITICA.—VIII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA.

«Agenda 2000: la reforma de la PAC, la debilidad de la política rural y la opción de la modulación», por ANA CARRETERO GARCÍA, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA SITUACION ANTE LA APERTURA DE LA NUEVA RONDA.—III. EL RESULTADO FINAL DE LA AGENDA

2000.—IV. LA DEBILIDAD DE LA POLITICA RURAL.—V. LA OPCION DE LA MODULACION.—VI. EL EJEMPLO DE LA LEY DE ORIENTACION FRANCESA.—VII. LA POSICION DE LA UE EN LA NEGOCIACION INTERNACIONAL.

«Los Colegios Oficiales y la disciplina urbanística», por JOSÉ A. CARRILLO MORENTE, pág. 69.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. EL VISADO.—III. LAS LIMITACIONES JURIDICAS Y FACTICAS DEL VISADO.—IV. LA ACCION PUBLICA EN EL AMBITO URBANISTICO.—V. SOBRE EL USO Y ABUSO DE LA ACCION PUBLICA.

«El hecho religioso en el Fuero de Cuenca», por SANTIAGO CATALÁ RUBIO, pág. 93 (sin sumario).

«Derechos de plantación de viñedo y tráfico jurídico privado», por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 115.

SUMARIO: 1. EL DERECHO A PLANTAR VIÑEDO COMO FACULTAD DEL PROPIETARIO DE LA FINCA O DEL TITULAR DE UN DERECHO REAL O PERSONAL QUE COMPORTE TAL APROVECHAMIENTO.—2. LA NORMATIVA COMUNITARIA E INTERNA SOBRE DERECHOS DE PLANTACION DE VIÑEDO.—3. LA PROHIBICION GENERAL DE PLANTAR VIÑEDO Y SUS EXCEPCIONES.—4. LOS DERECHOS DE NUEVA PLANTACION: A) SUPUESTOS. B) ASIGNACIÓN DE CUPOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y ATRIBUCIÓN POR LA ADMINISTRACION AUTONÓMICA DE LOS DERECHOS DE NUEVA PLANTACIÓN A LOS INTERESADOS.—5. DERECHOS DE REPLANTACION: A) CONCEPTO. B) ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE REPLANTACIÓN. C) EJERCICIO DEL DERECHO DE REPLANTACIÓN SOBRE UNA PARCELA DE LA MISMA EXPLOTACIÓN A LA QUE PERTENECIERA LA SUPERFICIE A QUE SE REFIERA EL ARRANQUE DE VIÑEDO. D) TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS DE REPLANTACIÓN A OTRA EXPLOTACIÓN.—6. NATURALEZA DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION RELATIVOS A LAS PLANTACIONES DE VIÑEDO: A) EL CARÁCTER MERAMENTE AUTORIZATORIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. B) LA TRASCENDENCIA EXCLUSIVAMENTE JURÍDICO-PÚBLICA DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.—7. LA FACULTAD DE PLANTAR VIÑEDO, CONTENIDO DE LA TITULARIDAD JURIDICO-PRIVADA DE LA EXPLOTACION VITICOLA.—8. LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS DE PLANTACION DE VIÑEDO Y EL TRAFICO JURIDICO PRIVADO: A) NUEVAS PLANTACIONES. B) REPLANTACIONES: a) *La práctica del sector vitícola*; b) *La autorización administrativa de replantación*. C) EN PARTICULAR, LA TRANSFERENCIA DE «DERECHOS DE REPLANTACIÓN»: a) *El acto administrativo de constatación del arranque y sus consecuencias jurídicas: los llamados «derechos de replantación»*; b) *El tráfico jurídico privado de los «derechos de replantación»*.—9. ALGUNAS CONCLUSIONES.

«Incidencia del Código Penal sobre la ordenación del territorio», por JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 153 (sin sumario).

«La reforma del control externo en el Derecho italiano: nuevas funciones de la Corte dei Conti», por XIMENA LAZO VITORIA, pág. 183 (sin sumario).

«Salarios de tramitación en ejecución de sentencia», por JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 209.

SUMARIO: I. INTRODUCCION: LOS SALARIOS DE TRAMITACION EN TRAMITE DE EJECUCION DE SENTENCIA.—II. DETERMINACION DE LA CUANTIA DE LOS SALARIOS DE TRAMITACION.—III. SUSPENSION E INEXISTENCIA DE LOS SALARIOS DE TRAMITACION: A) SUSPENSIÓN E INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO DE LA MUJER TRABAJADORA Y ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO, PREADOPTIVO O PERMANENTE, DEL MENOR DE SEIS AÑOS. B) SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y HUELGA. C) SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y DESEMPLEO. D) SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y JUBILACIÓN. E) PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA O SERVICIO MILITAR Y SALARIOS DE TRAMITACIÓN. F) SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD. G) SUSPENSIÓN DISCIPLINARIA DE EMPLEO Y SUELDO. H) SALARIOS DE TRAMITACIÓN Y FUERZA MAYOR Y CAUSAS ECONÓMICAS O TECNOLÓGICAS.—IV. SALARIOS DE TRAMITACION E INTERESES: A) NATURALEZA DE ESTOS INTERESES. B) LIQUIDEZ DE LOS MISMOS.—V. SALARIOS DE TRAMITACION, COTIZACIONES SOCIALES Y RETENCIONES FISCALES.

«Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», por ANTONIO M. NÚÑEZ-POLO ABAD y MANUEL SÁNCHEZ GARCÍA, pág. 241.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. CONSIDERACIONES GENERALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEC: 2.1. NATURALEZA. 2.2. CARACTERÍSTICAS: 2.2.1. *Instrumentalidad*. 2.2.2. *Provisionalidad*. 2.2.3. *Homogeneidad con el objeto del proceso*. 2.2.4. *Excepcionalidad*. 2.3. REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN: 2.3.1. *Instancia de parte*. 2.3.2. *Periculum in mora*. 2.3.3. *Fumus boni iuris*. 2.3.4. *Que el solicitante no haya consentido durante largo tiempo la situación de hecho que pretende alterar mediante la presentación de la demanda principal*. 2.3.5. *Proporcionalidad*. 2.3.6. *Caución*. 2.4. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES: 2.4.1. *Medidas cautelares nominadas*. 2.4.1.1. El embargo preventivo de bienes. 2.4.1.2. La intervención o ADMINISTRACION judicial de bienes productivos. 2.4.1.3. El depósito de cosa mueble. 2.4.1.4. La formación de inventario de bienes. 2.4.1.5. Anotación preventiva de la demanda. 2.4.1.6. Otras anotaciones registrales. 2.4.1.7. La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad. 2.4.1.8. Intervención, depósito y consignación de capitales y rentas. 2.4.1.9. El secuestro. 2.4.1.10. Suspensión de acuerdos sociales impugnados. 2.4.2. *Medidas cautelares innominadas*.—3. LEGITIMACION Y COMPETENCIA: 3.1. LEGITIMACIÓN. 3.2. COMPETENCIA: 3.2.1. *Territorial*. 3.2.2. *Objetiva y funcional*.—4. PROCEDIMIENTO: 4.1. INICIO. 4.2. REQUISITOS DE LA SOLICITUD. 4.3. PROCEDIMIENTO CON AUDIENCIA DEL DEMANDADO. 4.4. PROCEDIMIENTO SIN AUDIENCIA DEL DEMANDADO. 4.5. LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.—5. MODIFICACION Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.—6. LA CAUCION SUSTITUTORIA O CONTRACAUCION: 6.1. CONCEPTO. 6.2. PRESUPUESTOS PARA SU ADOPCIÓN. 6.3. PROCEDIMIENTO.—7. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS ESPECIALES: 7.1. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE INCAPACITACIÓN. 7.2. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS SOBRE FILIACIÓN, PATERNIDAD Y MATERNIDAD. 7.3. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DE DIVISIÓN HEREDITARIA.—8. CONCLUSIONES.

«La práctica de las notificaciones administrativas mediante correo. Especial consideración a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-12-1997 y su incidencia tras la reforma de la Ley 30/1992 y la reforma de la Ley de Servicios Postales», por OSCAR RODRÍGUEZ DÍAZ, pág. 291.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA PRACTICA DE LAS NOTIFICACIONES, MEDIANTE CORREO, EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMUN.—III. LA PRACTICA DE LAS NOTIFICACIONES EN LA LEY 30/1992.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 DE DICIEMBRE DE 1997.—V. LA PRACTICA DE LAS NOTIFICACIONES TRAS LA REFORMA OTORGADA POR LA LEY 4/1999.—VI. LA LEY 24/1998, DE 13 DE JULIO, DE REGULACION DEL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL Y DE LIBERALIZACION DE LOS SERVICIOS POSTALES DESARROLLADA POR EL REAL DECRETO 1829/1999, DE 3 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS POSTALES.—VII. LA IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIR LOS PLAZOS MAXIMOS EXIGIDOS EN LA LEY 4/1999, EN EL SUPUESTO DE AUSENCIA DEL INTERESADO, ESPECIAL REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.—VIII. CONCLUSION.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2001)

«Aproximación al principio de la buena fe procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por JOAN PICÓ I JUNOY, pág. 947.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ¿ESTAMOS ANTE UN VERDADERO PRINCIPIO DEL PROCESO?—III. SISTEMATIZACION DE LAS REGLAS DE LA BUENA FE PROCESAL: A) LA BUENA FE PROCESAL EN LOS INCIDENTES DE CARÁCTER SUSPENSIVO. B) REGLAS DE LA BUENA FE PROCESAL EN EL PROCESO DECLARATIVO: B.1. *En la primera instancia:* a) En la etapa de alegaciones; b) En la audiencia previa; c) En la actividad probatoria; d) En las conclusiones; e) En las diligencias finales. B.2. *En los recursos.* C) REGLAS DE LA BUENA FE PROCESAL EN LA EJECUCIÓN. D) REGLAS DE LA BUENA FE PROCESAL EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.—IV. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCION DE LAS REGLAS DE LA BUENA FE: A) LA INADMISIÓN DEL ACTO PROCESAL SOLICITADO. B) LA INEFICACIA DEL ACTO PROCESAL. C) LA PÉRDIDA DE CANTIDADES ECONÓMICAS DEPOSITADAS JUDICIALMENTE PARA LA REALIZACIÓN DE ACTOS PROCESALES. D) IMPOSICIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA ACTUACIÓN MALICIOSA. E) LA VALORACIÓN INTRAPROCESAL DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES. ESPECIAL ATENCIÓN A LA *FICTA CONFESSIO*. F) LAS MULTAS. G) LAS COSTAS PROCESALES. H) LA NULIDAD DE ACTUACIONES. I) LA PÉRDIDA DEL PLEITO. J) OTRAS SANCIONES.

«La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», por LLORENÇ M. BUJOSA VADELL, pág. 969.

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LOS GRUPOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: 2.1. CAPACIDAD PARA SER PARTE. 2.2. DILIGENCIAS PRELIMINARES.

2.3. REPRESENTACIÓN.—3. LA LEGITIMACION COLECTIVA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.—4. PUBLICIDAD DE LA DEMANDA E INTERVENCION DE LOS INTERESADOS.—5. ACUMULACION DE PROCESOS.—6. CARGA DE LA PRUEBA.—7. EXTENSION SUBJETIVA DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA.—8. ACCION EJECUTIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS INDETERMINADOS.

«La sumisión expresa, ¿figura anacrónica?», por MANUEL PELÁEZ DEL ROSAL, pág. 999.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. REGULACION LEGAL DE LA SUMISION EXPRESA.—III. LA DENOMINACION DEL ACUERDO DE PRORROGACION DEL FUERO: LA SUMISION EXPRESA.—IV. LA SUMISION EXPRESA «PACTADA».—V. LOS SUJETOS DE LA SUMISION EXPRESA: «LOS INTERESADOS».—VI. LA BILATERALIDAD DEL ACUERDO DE SUMISION EXPRESA.—VII. LA DESIGNACION CON PRECISION DE LA CIRCUNSCRIPCION DEL TRIBUNAL.—VIII. EXAMEN CRITICO SOBRE LA REGULACION DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DISPONIBLE EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, DE 7 DE ENERO DE 2000.

«La cuestión prejudicial penal en el ámbito del proceso civil», por PEDRO MARTÍN GARCÍA, pág. 1029.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: A) CONCEPTO. B) SUPUESTOS. C) CLASES.—II. REGULACION LEGAL: A) DE CARÁCTER GENERAL. B) EN LA L.E.CIV.—III. ANALISIS DEL ARTICULO 40 DE LA L.E.CIV: A) Cuestiones prejudiciales penales no devolutivas. B) CUESTIONES PREJUDICIALES PENALES DEVOLUTIVAS: 1. *Cuestión prejudicial penal devolutiva del artículo 40, ap. 2, L.E.Civ.*: 1.1. Requisitos. 1.2. Forma de planteamiento. 1.3. Momento procesal. 1.4. Finalización. 2. *Cuestión prejudicial penal devolutiva del artículo 40, ap. 4, L.E.Civ.*: 2.1. Requisitos. 2.2. Forma de planteamiento. 2.3. Momento procesal. 2.4. Finalización. 2.5. Reparación de perjuicios.—IV. RECURSOS.

«La demanda», por JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA, pág. 1045.

SUMARIO: I. CONCEPTO Y AMBITO DE APLICACION.—II. CONTENIDO Y ESTRUCTURA.—III. LA DEMANDA «SUCINTA», Y EN «IMPRESO NORMALIZADO».—IV. DOCUMENTOS QUE LA ACOMPAÑAN Y OTROS REQUISITOS.—V. CONTROL DE ADMISION.—VI. CAMBIOS POSTERIORES.—VII. EFECTOS PROCESALES Y MATERIALES.

«Internet y prueba civil», por JAUME ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, pág. 1071.

SUMARIO: I. INTERNET, UNA NUEVA ERA.—II. INTERNET Y DERECHO PROCESAL.—III. INTERNET EN LA NUEVA LEC.—IV. LAS DISPOSICIO-

NES SOBRE FIRMA ELECTRONICA, SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y COMERCIO ELECTRONICO.—V. INTERNET COMO FUENTE DE PRUEBA.—VI. PRUEBA DE DOCUMENTOS: 1. DOCUMENTOS PRIVADOS. 2. DOCUMENTOS PÚBLICOS. 3. DOCUMENTOS MULTIMEDIA.—VII. DICTAMEN PERICIAL.—VIII. RECONOCIMIENTO JUDICIAL: LA CIBERNAVEGACION COMO MEDIO DE PRUEBA: 1. LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN LA NUEVA LEC. 2. INTERNET COMO OBJETO DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL. 3. PRÁCTICA DE LA PRUEBA DE CIBERNAVEGACIÓN: a) *Tiempo*; b) *Lugar*; c) *Forma*; d) *Eventual concurrencia con otros medios de prueba*. 4. DOCUMENTACIÓN. 5. VALORACIÓN.—IX. PRECONSTITUCION Y ANTICIPACION DE LA PRUEBA DE INTERNET.—X. CONCLUSION.

«La “prueba en contrario” en las presunciones judiciales», por JOSÉ LUIS VÁZQUEZ SOTELO, pág. 1091.

SUMARIO: 1. LA INCORPORACION A LA NUEVA LEC DE LAS NORMAS SOBRE PRUEBA EXISTENTES EN LOS CODIGOS SUSTANTIVOS.—2. INCORPORACION EN EL ARTICULO 386.1 DEL ARTICULO 1.253 DEL CODIGO CIVIL.—3. LA «ENMIENDA DE ADICION» PARA ACLARAR EL TEXTO DEL ARTICULO 388 ANTEPROYECTO LEC.—4. EL NUEVO NUMERO 2 DEL ARTICULO 386 LEC COMO OBVIEDAD INNECESARIA.—5. INEXACTITUD DOCTRINAL DEL ARTICULO 386.2 LEC.—6. LA POSIBLE «RATIO» DEL NUMERO 2 DEL ARTICULO 386 LEC: LAS POSIBLES VIAS PROCESALES PARA LA «PRUEBA EN CONTRARIO».—7. INADMISIBILIDAD DEL «INCIDENTE PROBATORIO».—8. INADMISIBILIDAD COMO SUPUESTO DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA Y EN LOS RECURSOS. INCONVENIENTES DE TAL SOLUCION.—9. ALTERNATIVAS INTERPRETATIVAS PARA LA FUTURA JURISPRUDENCIA.—10. POSICIONES DE LOS COMENTARISTAS DE LA NUEVA LEC.—11. CONCLUSION DESALENTADORA.

«El juicio verbal: aspectos prácticos», por JUAN F. GARNICA MARTÍN, pág. 1107.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. AMBITO DEL JUICIO VERBAL.—III. LA REGULACION LEGAL: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.—IV. LA POSTULACION: A) REGLAS GENERALES DE POSTULACIÓN EN EL JUICIO VERBAL. B) POSTULACIÓN E IGUALDAD DE ARMAS.—V. LA COMPETENCIA: A) COMPETENCIA TERRITORIAL. B) COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL.—VI. EL PROCEDIMIENTO: A) LA DEMANDA: 1. *Acumulación de acciones*. 2. *Requisitos de la demanda*. 3. *Documentos que se deben presentar junto con la demanda*. B) LA CITACIÓN AL JUICIO. C) LA RECONVENCIÓN. D) COMPENSACIÓN Y NULIDAD. E) LA VISTA: a) *Quiénes deben concurrir y las consecuencias de que no lo hagan*; b) *Esquema del juicio*; c) *La suspensión del juicio y su interrupción*; d) *Cuestiones incidentales y suspensión del juicio*; e) *La prueba*; f) *Conclusiones*. F) DILIGENCIAS FINALES. G) LA SENTENCIA.—VII. LOS JUICIOS VERBALES ESPECIALES: A) EL JUICIO VERBAL SOBRE CUESTIONES ARRENDATICIAS. B) EL JUICIO DE PRECARIO. C) LOS INTERDICTOS. D) EL PROCESO DE TUTELA DE DERECHOS REALES INSCRITOS EN EL REGISTRO. E) EL JUICIO DE ALIMENTOS. F) OTROS PROCESOS ESPECIALES CONTENIDOS EN LA REGULACIÓN DEL JUICIO VERBAL.

«El recurso de casación en la LEC 1/2000», por MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, pág. 1135.

SUMARIO: I. ORIGEN HISTORICO Y FUNCIONES DEL RECURSO DE CASACION.—II. PECULIARIDADES DEL RECURSO DE CASACION ESPAÑOL.—III. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA REFORMA.—IV. ANALISIS CRITICO DE LA REFORMA DE LA CASACION.—V. CUESTIONES CONCRETAS OBJETO DE ESTE ARTICULO.—VI. LA INFRACCIÓN DE NORMA JURIDICA EN EL RECURSO DE CASACION: a) LA INFRACCIÓN DE LEY; b) LA INFRACCIÓN DE LA COSTUMBRE; c) LA INFRACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO; d) LA INFRACCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—VII. FORMALISMO DE LA CASACION.—VIII. INDEBIDO MANTENIMIENTO DE LA FASE DE ADMISION.

«La oposición a la ejecución provisional en la LEC 2000», por LLUÍS CABALLOL I ANGELATS, pág. 1161.

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. CONCEPTO.—II. LAS LINEAS DE OPOSICION A LA EJECUCION PROVISIONAL: A) LA OPOSICIÓN AL DESPACHO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL. B) LA OPOSICIÓN A LA CONTINUACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL: 1. *Los motivos o argumentos de oposición.* 2. *Régimen jurídico de la oposición a la continuación de la ejecución provisional de condenas no dinerarias.* 3. *Régimen jurídico de la oposición a la continuación de la ejecución provisional de condenas dinerarias.*—III. SUSTANCIACION DE LA OPOSICION A LA EJECUCION PROVISIONAL.—IV. RESOLUCION Y RECURSOS.

«Suspensión de la actividad ejecutiva como consecuencia de la oposición del ejecutado», por MANUEL CACHÓN CADENAS, pág. 1177.

SUMARIO: 1. CARACTER EXCEPCIONAL DE LA SUSPENSION DE LA EJECUCION.—2. SUSPENSION DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA EN LOS CASOS EN QUE EL EJECUTADO SE OPONGA A LA EJECUCION QUE HUBIERA SIDO DESPACHADA EN VIRTUD DE UN TITULO EJECUTIVO EXTRAJUDICIAL O AL AMPARO DEL AUTO MENCIONADO EN EL ARTICULO 556.3 LEC.—3. CONSECUENCIAS QUE PUEDE ORIGINAR LA SUSPENSION DE LA EJECUCION EN ESTOS SUPUESTOS.—4. NOTA CONCLUSIVA.

«El convenio privado de realización de bienes en el proceso de ejecución (art. 640 LEC)», por LLUÍS MUÑOZ SABATÉ, pág. 1191.

SUMARIO: 1. GENERALIDADES.—2. SOLICITUD DE PARTE.—3. CONVOCATORIA JUDICIAL.—4. COMPARECENCIA.—5. EL ACUERDO.—6. BIENES SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCION REGISTRAL.—7. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO.—8. TEMPORALIDAD.

«Algunos aspectos destacables del apremio en la LEC 2000», por JUST FRANCO ARIAS, pág. 1205.

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. PRESENTACION DE LA TITULACION DE LOS INMUEBLES EMBARGADOS: 1. EL REQUERIMIENTO DE TÍTULOS YA NO ES UN TRÁMITE OBLIGATORIO. 2. POSIBILIDAD DE SUPLIR LOS TÍTULOS A TRAVÉS DE LOS EXPEDIENTES PREVISTOS EN LA LEY HIPOTECARIA TRAMITÁNDOLOS EN LA PROPIA EJECUCIÓN.—III. AVALUO DE LOS BIENES: 1. NUEVA REGULACIÓN DEL AVALÚO. 2. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN EL AVALÚO. 3. VALORACIÓN POR EL VALOR DE MERCADO Y POSTERIOR INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO A FIN DE DESCONTAR LAS CARGAS PREFERENTES. 4. EFECTOS DE UN AVALÚO INFERIOR AL IMPORTE DE LAS CARGAS PREFERENTES.—IV. ANUNCIO DE LA SUBASTA: 1. NUEVAS MODALIDADES DE PUBLICIDAD DE LA SUBASTA. 2. CONTENIDO DE LOS EDICTOS PUBLICANDO LA SUBASTA.—V. MEDIDAS PARA EVITAR LAS VENTAS EN SUBASTA A BAJO PRECIO: 1. UNA SOLA SUBASTA SIN PRECIO MÍNIMO Y MAYORES MEDIDAS PARA EVITAR LA VENTA A BAJO PRECIO. 2. OLVIDO DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEC 1881, QUE TAMBIÉN HUBIERAN PODIDO SER ÚTILES. 3. CONVENIENCIA DE APLICAR CON MODERACIÓN LA CAPACIDAD DEL JUEZ PARA DENEGAR LA APROBACIÓN DEL REMATE. 4. EL TRIBUNAL PUEDE SOMETER A DETERMINADAS CONDICIONES LA DENEGACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL REMATE. 5. LA ADJUDICACIÓN O EL DESEMBARGO NO DEBERÍAN CONSIDERARSE LAS ÚNICAS ALTERNATIVAS A LA NO APROBACIÓN DEL REMATE. 6. HUBIERA SIDO DESEABLE ESTABLECER OTRAS MEDIDAS ADICIONALES PARA INTENTAR EVITAR LAS VENTAS EN SUBASTA A BAJO PRECIO.—VI. LA VENTA POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA: 1. LA VENTA POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA COMO NOVEDAD «ESTRELLA» DE LOS NUEVOS MECANISMOS DE REALIZACIÓN. 2. EL IMPORTE DE LOS HONORARIOS Y GASTOS DE LA VENTA. 3. IMPORTE DE LA CAUCIÓN A PRESTAR POR EL ENCARGADO DE LA VENTA. 4. FACULTADES DE CONTROL DEL TRIBUNAL. 5. RESOLUCIÓN DE INCIDENCIAS. 6. ENTREGA DE LA POSESIÓN. 7. PLAZO PARA CUMPLIR EL ENCARGO Y EFECTOS DE SU INCUMPLIMIENTO.—VII. APUNTE CONCLUSIVO.

«Consideraciones sobre la realización extrajudicial de los bienes hipotecados, después de la Ley 1/2000», por ELÍAS CAMPO VILLEGAS, pág. 1229.

SUMARIO: I. UN RECUERDO YA HISTORICO.—II. EL PROCESO LEGISLATIVO DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO.—III. PRESENTACION DEL PRECEPTO.—IV. SOBRE LA REGULACION FUTURA.—V. INFLUENCIA DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL SOBRE EL ACTUAL TEXTO REGLAMENTARIO: 1. LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE DEUDAS A PLAZOS (ART. 693.2 LEC). 2. LA SUCESIÓN PROCESAL (ARTS. 540.1 Y 2 LEC).—VI. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO: 1. CONSECUENCIAS DE QUE AL 8 DE ENERO DEL AÑO 2001 NO SE HAYA MODIFICADO EL REGLAMENTO HIPOTECARIO: a) *El pacto de la venta extrajudicial*: a') Posibilidad y validez; b') Contenido del pacto y procedimiento: a») Tesis que entienda que existe una laguna legal; b») Tesis que no admite el vacío normativo. 2. PACTOS DE VENTA EXTRAJUDICIAL ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

«El nuevo régimen legal de medidas cautelares o la difícil búsqueda de un justo equilibrio entre intereses contrapuestos», por M.^a PÍA CALDERÓN CUADRADO, pág. 1245.

SUMARIO: I. EN GENERAL.—II. CON RELACION A LAS CAUTELAS POSIBLES, SUS PRESUPUESTOS DE ADOPCION Y LA CAUCION SUSTITUTORIA: 1. AMPLITUD EN LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS MODALIDADES DE TUTELA CAUTELAR: «MIRADA» A QUIEN DEMANDA (O PUEDE DEMANDAR). 2. PREVISIÓN NORMATIVA DE UN TRIPLE FACTOR DE COMPENSACIÓN EN FAVOR DEL DEMANDADO: A) *Exigencias requeridas al solicitante*. B) *Principio de proporcionalidad y poderes del juez*. C) *La posibilidad de sustituir la medida por caución*.—III. SOBRE SU INCIDENCIA EN EL DISEÑO DEL PROCEDIMIENTO A SEGUIR: 1. Los CRITERIOS GENERALES DE PETICIÓN CONJUNTA CON LA DEMANDA Y RESOLUCIÓN PREVIA CONTRADICCIÓN. 2. SOLICITUDES ANTERIORES (O POSTERIORES) Y ADMISIBILIDAD DE ADOPCIONES *INAUDITA PARTE*, EXCEPCIONES CONDICIONADAS.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 1 (2000)

«Conflictualismo y Lex Mercatoria en el Derecho internacional privado», por FRIEDRICH K. JUENGER y SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO, pág. 15.

SUMARIO: I. CONFLICTUALISMO E INTERNACIONALISMO: 1. ¿UN DEBATE DOCTRINAL IRREDUCTIBLE? 2. ENSEÑANZAS DE LA HISTORIA DEL DERECHO.—II. PROBLEMAS INHERENTES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. DIFERENCIAS DOCTRINALES DEL CONFLICTUALISMO. 2. EL LASTRE DE LA TEORÍA EN EL CONFLICTUALISMO. 3. EL DÉFICIT LÓGICO Y AXIOLÓGICO DEL CONFLICTUALISMO: A) *El «contrapunto» de la «armonía» internacional de decisiones*. B) *La raíz formalista del conflictualismo*. C) *Remedios caseros para males universales*. D) *Efectos secundarios de los remedios caseros*. E) *Remedios universalistas*.—III. PRINCIPIOS Y NORMAS INTERNACIONALES EN LA PRÁCTICA ACTUAL: 1. ALCANCE ACTUAL DE LA LEX MERCATORIA. 2. AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y LEX MERCATORIA.—IV. LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1. EL JUEZ STORY Y LA LEX MERCATORIA. 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIOS UNIDROIT. 3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO. 4. CONVENIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 5. LEGISLACIONES INTERNAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 6. LA CREACIÓN DE UN *IUS COMMUNE* A TRAVÉS DE NORMAS DE CONFLICTO.—V. CONCLUSION.

«Un marco normativo e institucional para los desplazados internos en el Derecho internacional», por M.^a TERESA PONTE IGLESIAS, pág. 49 (sin sumario).

REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA Número 865 (2001)

«El Catastro y su conexión con el Registro de la Propiedad Inmueble», por LILIA NOEMÍ DÍEZ, pág. 19.

- «Algunos problemas que plantean las transferencias de fondos de comercio», por ALFONSO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, pág. 37.
- «Tecnología y negociación», por FLORA M. DE KATZ, pág. 53.
- «Contrato de leasing inmobiliario. Nuevas alternativas», por NELLY A. TAIANA DE BRANDI y MARITEL M. BRANDI TAIANA, pág. 61.
- «La impresión digital y la fe de conocer o, mejor, de individualizar», por CARLOS NICOLÁS GATTARI, pág. 81.

REVISTA NOTARIAL DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE BUENOS AIRES

Número 937 (Septiembre-Diciembre 2000)

- «Responsabilidad civil del escribano público», por FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, pág. 741.
- «Hipoteca constituida por todos los condóminos», por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, pág. 767.
- «Constituto posesorio» (Transcripción del artículo publicado en el núm. 192 de LA REVISTA NOTARIAL, correspondiente al mes de septiembre de 1910), pág. 777.
- «El leasing inmobiliario en la Ley 25.248. Aspectos registrales», por GERARDO FEDERICO NÚÑEZ y OSVALDO MIGUEL ARCUCCI, pág. 787.
- «Selección de dictámenes en materia societaria», por CARMEN SILVIA ELENA MAGRI, pág. 799.
- «Cheque cancelatorio: Ley 25.345», por RUBÉN AUGUSTO LAMBER, pág. 811.
- «Clonación humana», por PEDRO F. SILVA RUIZ, pág. 851.
- «Las uniones transitorias de empresas y la propiedad inmobiliaria», por OSVALDO SOLARI COSTA, pág. 867.
- «La seguridad jurídica notarial frente a la titulación administrativa», por VÍCTOR RAFAEL AGUILAR MOLINA, pág. 879.

TEMAS DE DERECHO REGISTRAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS DE PERU

Tomo I (1999)

- «Manifestaciones de la autonomía en un sistema registral. La experiencia peruana», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO y otros, pág. 15.
- «El Folio Real y la pluralidad de folios. Formulación legal. Problemática. Propuestas», por MARTHA SILVA DÍAZ, pág. 59.
- «Doble inmatriculación, duplicidad de partidas o superposición de áreas; problemas que no deben existir en cualquier sistema registral», por RAÚL RIVERA BUSTAMANTE, pág. 73.
- «Implicancias de la publicidad registral con el derecho a la intimidad», por JUAN MORALES GODO, pág. 97.
- «Acceso remoto a la información y comunicación registral de la Oficina Registral de Lima y Callao», por CARLOS HERNÁN MARTÍNEZ QUIÑONES, pág. 117.

- «Interrelaciones entre la publicidad registral y el derecho a la intimidad», por ALVARO DELGADO SCHEELJE, pág. 147.
- «La ficha registral (folio real) en un sistema registral integrado. Su confidencialidad», por CARLOS VELANDIA SÁNCHEZ, pág. 165.
- «Del Folio Registral al Folio Electrónico», por ERICK S. PULLIAM ABURTO y ALFONSO ALVAREZ NARVÁEZ, pág. 175.

Tomo II (2000)

- «Perspectivas del sistema registral peruano en el nuevo milenio», por GUILLERMO GARCÍA MONTÚFAR SARMIENTO, pág. 13.
- «Algunas reflexiones en torno de los valores que deben inspirar al sistema registral», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO, pág. 31.
- «La ética en la actividad registral», por CARMELA D'BROT BURGOS, pág. 39.
- «Los principios registrales y la reforma del Código Civil», por ALVARO DELGADO SCHEELJE, pág. 51.
- «Responsabilidad por los errores registrales», por NELLY CALDERÓN NAVARRO, pág. 65.
- «Función notarial y calificación registral», por CARLOS GÓMEZ DE LA TORRE RIVERA, pág. 75.
- «Régimen de Propiedad Horizontal», por RAÚL ENRIQUE RIVERA BUSTAMANTE, pág. 95.
- «El "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica», por JUAN MORALES GODO, pág. 109.
- «El instituto registral del distrito federal». Ponencia mexicana presentada a la Primera Jornada Iberoamericana de Derecho Registral, pág. 135.
- «Modernización del Sistema Registral», por EDMUNDO ROJAS GARCÍA, pág. 153.

Tomo III (2000)

- «La informática en la labor registral: avances, riesgos y responsabilidades», por CARMELA D'BROT BURGOS, pág. 13.
- «Documentos inscribibles; las formas tradicionales y el documento electrónico», por NELLY CALDERÓN NAVARRO y JOSÉ A. SAAVEDRA CALDERÓN, pág. 31.
- «Las técnicas tradicionales de inscripción y la partida electrónica. Firma digital. Hacia un cambio en la regulación de los Registros Públicos», por MARTHA SILVA DÍAZ, pág. 39.
- «Metodología para la modernización registral. Bases para un Convenio Marco que atienda tanto la compatibilización técnica como la armonización de los derechos nacionales de los países del área», por ROLANDO PEÑA RODRÍGUEZ, pág. 65.
- «La formalización de la propiedad predial», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO y GUILLERMO GARCÍA-MONTÚFAR SARMIENTO, pág. 113.
- «Garantías reales inmobiliarias y mecanismos de inscripción generadas en el Perú en procesos de regularización dominial», por RAÚL RIVERA BUSTAMANTE, pág. 321.
- «Algunas cuestiones relevantes en torno al Registro de Personas Jurídicas», por NÉLIDA PALACIOS LEÓN, pág. 343.

- «Particularidades del principio de especialidad en el Registro de Personas Jurídicas», por ELENA ROSA VÁSQUEZ TORRES, pág. 367.
- «Registro de Personas Jurídicas», por GASTÓN CASTILLO DELGADO, pág. 387.
- «El Registro de la Propiedad Vehicular en el Sistema Registral Peruano», por DAVID RUBIO BRENUY, pág. 405.
- «La seguridad jurídica y los principios registrales», por JUAN MORALES GODO, pág. 419.

Tomo IV (2000)

- «La inscripción de la posesión: la experiencia peruana», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO y GUILLERMO GARCÍA MONTÚFAR, pág. 17.
- «Calificación de documentos judiciales», por FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE, pág. 73.
- «El Registro de Personas Judiciales creadas por Ley», por NORA MARIELLA ALDANA DURÁN, pág. 87.
- «El principio de tracto sucesivo y el Registro de Personas Jurídicas (Mercantil)», por ALFREDO SANTA CRUZ VERA, pág. 101.
- «El desarrollo tecnológico al servicio de la seguridad jurídica», por RAÚL RIVERA BUSTAMANTE, pág. 111.
- «Registro automotor. Avances logrados para su instalación en el Perú», por ARMANDO MIGUEL SUBAUSTE BRACESCO, pág. 131.
- «Calificación negativa de los documentos judiciales. Posibilidad de interponer recursos en caso de reiteración del mandato judicial de practicar una inscripción previamente negada (La experiencia peruana)», por MARTHA SILVA DÍAZ, pág. 147.
- «El Catastro y los Registros de la Propiedad Inmobiliaria», por JUAN MORALES GODO y PEDRO ALAMO HIDALGO, pág. 177.

Tomo V (2001)

- «Aspectos relevantes de la regularización de edificaciones», por NÉLIDA PALACIOS LEÓN, pág. 11.
- «Algunas consideraciones respecto al procedimiento de declaración notarial de prescripción adquisitiva de propiedad previsto en la Ley n.º 27157 de Regularización de Edificaciones, y la Ley n.º 27333, Complementaria de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial para la Regularización de edificaciones», por JORGE LUIS GONZALES LOLI, pág. 35.
- «Fundamento y objetivos de la Ley 271857 y su Reglamento respecto de las Políticas del Sector Transportes, Comunicaciones y Construcción», por LUIS DE LAS CASAS, pág. 53.
- «Procedimientos administrativos de licencia y control de obra», por MOISÉS ARATA SOLIS, pág. 61.
- «El Reglamento Interno y la Junta de Propietarios dentro del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común», por MARTHA SILVA DÍAZ, pág. 89.
- «Declaratoria de fábrica: requisitos y procedimientos para su formación e inscripción», por ELVIRA MARTÍNEZ COCO, pág. 105.

REVISTA DE LA ASOCIACION DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 1 a 6 (Enero-Junio 2001)

- «Firma electrónica», por ZERAFÍN ANDRÉS LABORDA, pág. 15.
- «El Notario de tipo latino ante los desafíos de la informática», por FRANCISCO XAVIER ARREDONDO GALVÁN, pág. 19.
- «Ley de Derecho Internacional Privado Venezolano», por TATIANA BOGDANOVSKI DE MAEKELT, pág. 45.
- «Sobre firma electrónica», por GERARDO CAFFERA, pág. 63.
- «Obligaciones pactadas mediante medios informáticos», por AÍDA NOBLÍA, pág. 69.
- «La venta internacional de mercaderías en el contexto regional y mundial», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 85.

FOLIO REAL (Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial)

Número 4 (Marzo 2001)

- «Naturaleza y sentido de la Publicidad Registral y del derecho a la intimidad», por JESÚS LÓPEZ MEDEL, pág. 11.
- «Raíz romanística del negocio traslativo de inmuebles en el Derecho chileno», por MARÍA SARA RODRÍGUEZ PINTO, pág. 27.
- «La fe pública registral: propuesta de modificación del artículo 2.014», por FRANCISCO AVENDAÑO ARANA, pág. 43.
- «La calificación de documentos judiciales», por JORGE ORTIZ PASCO, pág. 55.
- «La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo», por EDWIN JULIO VILLEGAS POMA, pág. 67.
- «Documento electrónico e instrumento público», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 101.
- «Tiwinza: importancia de una escritura pública en el proceso de paz peruano-ecuatoriano. Visión notarial», por FRANCISCO A. TÁVARA CÓRDOVA, pág. 123.

Número 5 (Junio 2001)

- «El sistema de Folio Real y el Catastro. Bases para modernizar el Registro», por EUGENIO ALBERTO GAETE GONZÁLEZ, pág. 11.
- «La caducidad de los asientos registrales», por PEDRO ALAMO HIDALGO, pág. 41.
- «Avances en el proceso de titulación de predios rurales. La problemática de las comunidades nativas y campesinas», por FRANCISCO ECHEGARAY GÓMEZ DE LA TORRE, pág. 69.
- «El principio de tracto sucesivo y la seguridad jurídica en el tráfico mercantil: Una aproximación a partir de una teoría unitaria del Derecho Registral», por ALFREDO SANTA CRUZ VERA, pág. 89.
- «Autorización de matrimonio de un transexual con una persona de su mismo sexo cromosómico (A propósito de una reciente Resolución de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de 31-1-2001)», por JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, pág. 105.

«Algunos conceptos generales sobre el pago por consignación», por FELIPE OSTERLING PARODI y MARIO CASTILLO FREYRE, pág. 129.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 2 (2001)

«Indirectly Held Securities and Intermediary Risk», por STEVEN L. SCHWARCZ, pág. 283.

«Harmonisation of Commercial Contract Law in the ECO Region: a Role for the UNIDROIT Principles», por BIJAN IZADI, pág. 301.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

Vol. LXXVI (2000)

«The Adaptation of the Portuguese Constitutional Order to Community Law», por RUI MANUEL MOURA RAMOS, pág. 1.

«Argumentação Jurídica: o Domínio do Risco ou o Risco Dominado? (Tópicos para um Diálogo Pedagógico)», por FERNANDO JOSÉ BRONZE, pág. 13.

«Imunidades Parlamentares e Direito Penal (ou o jogo e as Regras para um outro Olhar)», por JOSÉ DE FARIA COSTA, pág. 35.

«Sui Rapporti tra Sospensione Condizionale della Pena, Pena Pecuniaria e Pene Accessorie. A Proposito di una Riforma in Gestazione nell'Ordinamento Italiano», por EMILIO DOLCINI, pág. 55.

«Tribunal Penal Internacional: uma Garantia Jurisdicional para a Protecção dos Direitos da Pessoa Humana», por WLADIMIR BRITO, pág. 81.

«Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à Racionalidade Patrimonialista e Conceitualista», por LUIZ EDSON FACHIN, pág. 129.

«A Protecção da Vida Privada e a Constituição», por PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, pág. 153.

«Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau», por PAULO CARDOSO CORREIA DA MOTA PINTO, pág. 205.

«Da Responsabilidade Civil dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», por MARIA ELISABETE RAMOS, pág. 251.

«The Protection of Intellectual Property in the Legal Framework of Electronic Commerce and the Information Society», por ALEXANDRE DIAS PEREIRA, pág. 289.

«The Public/Private Dichotomy in International Refugee Law», por ANA LUISA RIQUITO, pág. 375.

«A Norma de Universalidade de Direitos e Deveres Fundamentais: Esboço de uma Anotação», por DAVID DUARTE, pág. 413.

«O Consentimento para Intervenções Médicas Prestado em Formulários: uma Proposta para o seu Controlo Jurídico», por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, pág. 433.

«Tutela Possessória das Servidoes», por ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, pág. 473.

«Do Pirata ao General: Velhos e Novos Hostes Humani Generis (Do Princípio da jurisdição Universal, em Direito Internacional Penal)», por AINA LUÍSA RIQUITO, pág. 519.

REVISTA CUBANA DE DERECHO

Número 14 (Julio-Diciembre 1999)

«La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal», por MAYDA GOLTE PIERRE, pág. 4.

«Invitación a una lectura actualizada sobre Informática Jurídica», por YARINA AMOROSO FERNÁNDEZ, pág. 33.

«La Prenda "Omnibus" como garantía bancaria. Su recepción en los Sistemas Jurídicos Internacionales», por DANIEL PIEDRA SIERRA, pág. 38.

«Consideraciones acerca del Régimen Legal de la Disolución y Liquidación de las Sociedades Anónimas en Cuba», por CRISTINA I. PÉREZ ALVAREZ, pág. 61.

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 94 (Enero-Abril 2001)

«Propuestas para el mejoramiento de la calidad de la educación superior universitaria», por JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ, pág. 9.

«La organización administrativa del sector eléctrico español. Funciones y potestades públicas. Un estudio normativo», por JORGE CÓRDOBA ORTEGA, pág. 25.

«Dudas alrededor de la Ley de Protección al Trabajador: ¿a quién protege?», por JOHNNY ALVARADO V., y LUIS CARLOS PERALTA B., pág. 77.

«Lo público y lo privado en la constitución política», por MAURO MURILLO ARIAS, pág. 85.

«Modernización del Estado: democracia y derecho», por JORGE ENRIQUE ROMERO-PÉREZ, pág. 93.

«Normativa antigua sobre el luto en Costa Rica», por JORGE F. SAENZ CARBONELL, pág. 149.

«Como colegio sólo nos interesa la calidad y no la cantidad de graduados», por JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ, pág. 155.