

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

---

Año LXIX ◦ Julio-Agosto 1993 ◦ Núm. 617

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

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

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

I S. B N.º 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958



# S U M A R I O

*Págs*

## ESTUDIOS:

|                                                                                                                                 |      |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| «El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH)», por JUAN M. LLOPIS GINER .....                       | 831  |
| «La idoneidad de los testigos en los testamentos», por MARÍA DEL PILAR MARTÍN FERREIRA .....                                    | 863  |
| «Monopolio de petróleos», por SALVADOR CASAMITJANA LLOVET .....                                                                 | 903  |
| «Medio ambiente y función social de la propiedad», por MARÍA JESÚS MORO ALMARAZ .....                                           | 943  |
| «La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges», por DOMINGO BELLO JANEIRO. | 1021 |

## DICTAMENES Y NOTAS:

|                                                                                                                                                                                  |      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| «Reglamento de Sociedades Mercantiles de los Valles de Andorra», por FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO .....                                                                           | 1095 |
| «El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario». por JOAQUÍN LANZAS GALVACHE . . . . . | 1115 |

## ACTUALIDAD JURIDICA:

|                                                                  |      |
|------------------------------------------------------------------|------|
| Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN ..... | 1145 |
|------------------------------------------------------------------|------|

## JURISPRUDENCIA:

|                                                                                  |      |
|----------------------------------------------------------------------------------|------|
| I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....     | 1169 |
| II. Resoluciones de la Dirección General, por ANGEL VALERO FERNANDEZ REYES ..... | 1177 |

### III. Sentencias del Tribunal Supremo:

#### 1 Derecho civil:

- b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .. 1201
- c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ ..... 1209

#### 4 Derecho procesal, por ERNESTO CALMARZA CUENCAS ..... 1216

### INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

- «Derecho inmobiliario registral o hipotecario (t II)», de JOSE MANUEL GARCIA GARCÍA, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS ..... 1229
- «Il supercondominio», de ALDO FERRARI, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ. 1233
- «Le swaps», de PIERRE-ANTOINE BOAT y PIERRE-YVES CHABERT, por JOSE M PIÑOL AGUADÉ ..... 1235
- «Fiducia, trust, mandato ed agencia», del CONVEGNO DI STUDIO MADONNA DI CAMPLIGLIO, por JOSE M PIÑOL AGUADÉ ..... 1237
- «Acquisizione, fusione e scissione di società», de GUIDO GERMANO PETTARIN, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADE ..... 1238
- «Il testamento (norme e casi)», de GIOVANNI CRISCUOLI, por VICENTE ESPERT SANZ ..... 1240
- «El Justicia de Aragón visto por...», de la DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ..... 1246
- «La publicidad registral base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles El Registro de la Propiedad como garante de dicha seguridad», de SUSANA CAMBIASSO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ ..... 1248

### REVISTA DE REVISTAS, por LA REDACCIÓN ..... 1253

# ESTUDIOS



# El objeto de la hipoteca inmobiliaria (Comentario al art. 106 de la LH)

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: 1. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: CLASIFICACIÓN CUATRIMEMBRE DEL OBJETO DE LA HIPOTECA. 2. LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: DE LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS BIENES. 3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909.—III. EL OBJETO DE LA HIPOTECA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. SU EXAMEN: 2.1. *Comentario general: el objeto físico y jurídico del Derecho de hipoteca.* 2.2. *Examen particularizado del artículo 106.1 de la Ley Hipotecaria.* 2.3 *Examen del artículo 106.2 de la Ley Hipotecaria.*—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION

El presente estudio obedece a una interpretación del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y concordantes del mismo cuerpo legal. La doctrina hipotecaria tradicional ha resuelto muy rápidamente, a mi juicio, las posibles contradicciones del precepto. Quizá, por sabido, no fue correctamente interpretado y se puso más el acento en diferenciar la figura de la hipoteca de la prenda que en el propio contenido del precepto, cuya finalidad consiste en establecer el objeto de la hipoteca y su posible extensión.

El trabajo sobre el objeto de la hipoteca no es más que un aspecto introductorio de otro que reposa, mucho tiempo ya, sobre la extensión objetiva de la hipoteca, sobre el que impartí dos cursos de doctorado los años 1989-90 y 1990-91. Permítanme, pues, que sea en éste en el que fije algunos criterios que fueron las bases de las disertaciones doctorales que soportaron pacientemente mis doctorandos, y sin embargo amigos y compañeros, entre otros Marcelino Alamar, Antonio Canals, Beatriz Delgado, Ana Julia Roselló y Miguel Verger; a todos ellos mi agradecimiento por su paciencia y por las aportaciones que realizaron.

La hipoteca es una institución que cuenta en la actualidad con la preferente atención de un numeroso sector de la doctrina. También la jurisprudencia hipotecaria ha venido resolviendo las nuevas cuestiones que se presentan

debido al innovador tráfico económico y jurídico. Este fenómeno no puede causar extrañeza; si se examinan las estadísticas de estos últimos años, se observa que en cada uno de ellos ha venido aumentando el capital confiado y garantizado por la garantía hipotecaria y, por tanto, la hipoteca es una figura jurídica que hoy también goza de gran importancia, lo que sirve al mismo tiempo para acreditar el buen funcionamiento y servicio de la publicidad registral, sobre la que indudablemente descansa la garantía hipotecaria.

El tema del objeto ha sido sin embargo dejado a un lado; preocupada la doctrina por los grandes temas de la hipoteca y de ajustarla a las nuevas figuras crediticias no se ha detenido a observarlo, pero la cuestión que plantea el objeto reviste una importante trascendencia al ser el objeto de la hipoteca sobre lo que ella descansa y lo que en definitiva es dado en garantía por el deudor al acreedor para que éste satisfaga sus intereses en caso de incumplimiento del débito.

El concepto y el contenido del objeto de la hipoteca inmobiliaria es propiamente registral, es decir, en él no influye para nada el crédito garantizado por la hipoteca, sino que se refiere al elemento real del contrato de hipoteca; y al ser el derecho real de garantía de constitución registral, el objeto de la hipoteca no puede aparecer desligado del de finca registral.

Uno de los puntos que considero importante resaltar es el de que la extensión objetiva de la hipoteca no puede ser separada del objeto de la hipoteca; no cabe estudiar aisladamente la extensión objetiva sin antes conocer cuál es el objeto de la hipoteca, aquello sobre lo que recae la garantía hipotecaria o lo que no es objeto de la misma por decirlo así la ley o el pacto de las partes.

La materia de la extensión objetiva ha sido, a mi juicio, oscurecida por el tema de las llamadas pertenencias o de las partes integrantes, conceptos que si bien son importantes en otros ordenamientos, sin embargo no lo son en el nuestro en el que les falla el respaldo positivo, pese al esfuerzo bienintencionado de la doctrina; de ahí que para entender el alcance de los preceptos hipotecarios relativos al objeto de la hipoteca se deba volver la vista al artículo 334 del Código Civil y a la enumeración que de los bienes inmuebles realiza este precepto.

Simplemente, quiero recordar en este punto introductorio la clasificación de la hipoteca por razón del objeto en hipoteca inmobiliaria e hipoteca mobiliaria, que, como de todos es sabido, se hallan regulados separadamente, pero que necesariamente tienen elementos comunes, muy especialmente en el tema que ahora se estudia. Sin embargo, por la amplitud del estudio quiero que toda esa problemática pueda ser vista en posterior trabajo. Ahora tan solo quiero incidir en la, a mi entender, necesaria reforma de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, en busca de una mayor determinación y precisión en el objeto hipotecado.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

### 1. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: CLASIFICACIÓN CUATRIMEMBRE DEL OBJETO DE LA HIPOTECA

En la Ley Hipotecaria de 1861 el legislador se enfrentó a una cuestión previa: la propia clasificación de los bienes, y aunque manifestó que la misma no era una materia propia de ser recogida por la Ley Hipotecaria (1), sin embargo, necesariamente, debía partir de una clasificación de éstos para determinar qué bienes podían ser o no objeto de hipoteca. Se partió de la distinción entre bienes muebles y bienes raíces y además se distinguieron diversos grados en orden a su hipotecabilidad.

En la propia Exposición de Motivos, y más tarde en la ley, se realizó una clasificación de los bienes que se podría considerar de cuatrimestre; así, se distinguió entre: 1) aquellos bienes y derechos que pueden ser hipotecados; 2) aquellos otros que aun pudiendo ser hipotecados lo serían con restricciones; 3) aquellos bienes que no pueden ser objeto de hipoteca, y 4) por último, se ocupa de los bienes a los que se extiende la hipoteca.

1. Los bienes y derechos que pueden ser hipotecados aparecían recogidos en el artículo 106 y estaba fundamentalmente dirigido a deslindar entre las figuras de prenda e hipoteca; así, se dice que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, «quitando así la anfibiología que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras» (2).

2. Respecto de los bienes y derechos que pueden ser hipotecados pero con restricciones, se regulan en la Exposición de Motivos y en la ley en el artículo 107 lo siguiente: El edificio construido en suelo ajeno; el derecho a percibir los frutos en el usufructo; la mera propiedad, en cuyo caso se extenderá la hipoteca al usufructo cuando se consolide con la nuda propiedad; los bienes anteriormente hipotecados aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar; los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real; los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público; los bienes pertenecientes a per-

---

(1) En la Exposición de Motivos se dice «No corresponde a la Ley de Hipotecas definir y clasificar las diferentes clases de bienes, que comprende la regla general, la división de éstos en muebles y raíces». A continuación y de forma innovadora para el derecho anterior, se considera que los oficios públicos enajenados de la Corona no deben considerarse como bienes inmuebles.

(2) El artículo 106 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía Sólo podrán ser hipotecados, primero, los bienes inmuebles, segundo, los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestos sobre los bienes inmuebles.

sonas que no tienen la libre disposición de ellos y el derecho de hipoteca voluntaria (3).

3. Respecto de los bienes que no pueden hipotecarse y para el discurso que a este tema interesa, se afirma como excluidos de la posibilidad de ser hipotecados de forma independiente: los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca; los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria. Resulta interesante subrayar alguno de los puntos, como es el apartado quinto referente a las cosas que deban poseer en lo futuro, pero que, sin embargo, no están aún inscritas. Las restantes cosas o derechos no hipotecables se refieren al derecho de percibir los frutos en los usufructos legales, el derecho de uso y habitación a las servidumbres, los bienes vendidos con pacto de retro, las minas mientras no se haya obtenido el título y, por último, los bienes litigiosos (4).

---

(3) Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan 1.º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado. 2.º El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que les puso fin. 3.º La mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo no se consolidare con ella en la persona del propietario no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo como no se haya pactado lo contrario. 4.º Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar, siempre que queden a salvo las prelación que tuviere para cobrar su crédito aquel a cuyo favor esté constituida la primera hipoteca. 5.º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes de la propiedad. 6.º Los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público cuya explotación haya concedido el Gobierno por diez o más años, pero quedando pendiente la hipoteca que sobre ellos se constituya de la resolución del derecho del concesionario. 7.º Los bienes pertenecientes a personas que no tienen la libre disposición de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enajenación. 8.º El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre el de la resolución del mismo derecho.

(4) El artículo 108 decía. No se podrán hipotecar: 1.º Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca. 2.º Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios. 3.º Los oficios públicos. 4.º Los títulos de la deuda del Estado de las provincias o de los pueblos y las acciones de bancos, empresas o compañías de cualquier especie. 5.º El derecho real en cosas que aun cuando se deban poseer en lo futuro no estén aún inscritas a favor del que tenga el derecho a poseerlas. 6.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada. 7.º El derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes o fueros especiales a los padres o madres sobre los bienes de sus hijos y al



Los frutos, rentas, árboles en pie, mientras no estén separados del suelo son, por su naturaleza, bienes inmuebles y siguen la condición de la tierra en que se hallan; y añade la Exposición de Motivos: «Como adheridos a la finca y como parte de ella pueden, sin duda, ser hipotecados, pero no independientemente del suelo en que se arraigan porque, separados de él, son ya bienes muebles. Aduciendo respecto de los objetos muebles una doble razón: 1) que considerados aisladamente son bienes muebles, y 2) que no son enajenables con arreglo a las leyes de partida, «que de este modo se propusieron evitar demoliciones de edificios e impedir actos que, a veces, más podían considerarse como de un vandalismo grosero que como verificados bajo la protección tutelar de las leyes» (5).

4. La Ley Hipotecaria de 1861 reguló la materia de la extensión de la hipoteca en cuatro preceptos: el artículo 110; el artículo 111, expresando la extensión automática de la hipoteca de los bienes excluidos en el citado precepto para el caso de que los bienes perteneciesen al propietario de la finca (6); el artículo 112 para el caso de que la finca hipotecada pasara a

---

cónyuge superviviente sobre los del difunto. 8.º El uso y la habitación. 9.º Los bienes vendidos con pacto de retroventa mientras la venta no quede irrevocablemente consumada o resuelta. 10. Las minas mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva aunque están situados en terreno propio. 11. Los bienes litigiosos.

(5) Es curioso citar el ejemplo que se transcribe en la Exposición de Motivos y que refleja una situación social y jurídica que se intenta erradicar: «Ver, en efecto, que para pagar a un acreedor no se pone en venta la casa, sino que se empieza por quitar las tejas que la cubren o las vigas que forman la techumbre, sin otro objeto que el de sacar los materiales a la venta, sería repugnante e indigno de un pueblo civilizado».

(6) En el artículo 110 se decía textualmente: La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados.

El artículo 111 completaba el anterior diciendo. Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario 1.º Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno o comodidad o bien para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca. 2.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otros semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 3.º Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria estuvieren pendientes de los árboles o plantas, o ya cogidos pero no levantados ni almacenados. 4.º Las rentas vencidas y no pagadas, cualquiera que sea la causa de no haberse hecho efectivas y las que se hayan de pagar hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito 5.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseveración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

manos de un tercer poseedor, y los derechos que le corresponderían a éste en el caso de ejecución de la finca hipotecada en el artículo 113 (7).

Con ello el legislador de 1861 estaba haciendo en realidad una verdadera clasificación de los bienes en orden a su naturaleza, indudablemente predecesora de su articulación en el posterior Código Civil.

## 2. LA PUBLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: LA CLASIFICACIÓN LEGAL DE LOS BIENES

La publicación del Código Civil fue muy importante para el tema en estudio, pues se producía por primera vez en nuestro Ordenamiento la enumeración y clasificación legal de los bienes, ubicada en los artículos 333 y siguientes. Ya se dijo que el legislador hipotecario de 1861 no quiso descender a regular esta materia que consideraba impropia de una Ley Hipotecaria, pero que necesariamente debía partir de ella con una previa clasificación de los bienes en muebles e inmuebles; y en relación a la hipoteca se realizó la clasificación cuatrimembre que anteriormente se estudió.

Indudablemente el legislador a la hora de enumerar los bienes inmuebles siguió, de acuerdo con nuestra tradición jurídica y los antecedentes inmediatos, el sistema francés, y en un artículo de carácter imperativo como es el 334 del Código estableció qué bienes deberían tener la consideración de inmuebles: la doctrina posterior fue la que los clasificó en bienes inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía; pero esta clasificación es la única posible a la hora de estudiar el concepto de bien en nuestro Derecho positivo.

El artículo 334 concuerda con el artículo 380 del proyecto de 1851 y en gran parte de sus apartados supone una innovación importante respecto al Derecho histórico; así, por ejemplo, en los apartados 2, 7, 8 y 9 y en los restantes son escasos los antecedentes históricos (8).

---

(7) Artículo 112, que decía: Cuando la finca hipotecada pasare a manos de un tercer poseedor no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación siempre que unas u otros se hayan costado por el nuevo dueño, ni a los frutos pendientes y rentas vencidas que sean de la pertenencia del mismo. Estableciéndose en el artículo 113 los derechos que le asisten al tercer poseedor de finca hipotecada, diciendo: El dueño de las acciones o mejoras que no se entienden hipotecadas según lo dispuesto en el artículo anterior podrá exigir su importe o retener los objetos en que consistan si esto pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca; mas en el primer caso no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobiar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito.

(8) En este sentido se muestra SCAEVOLA a la hora de comentar el artículo 334 del Código Civil, en donde, salvo la concordancia ya apuntada con el proyecto de 1851, no

### 3. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1909

La siguiente fase histórica fue la importante reforma de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que fue la edición oficial de la Ley Hipotecaria tras su modificación operada por la Ley de 21 de abril del mismo año; por eso es conveniente que según el criterio adoptado se siga el orden cronológico de las disposiciones.

La Ley de 21 de abril reformó diversos aspectos de la Ley Hipotecaria de 1869, varios de ellos referidos al derecho real de garantía; pero en cuanto a su objeto, tan sólo en su artículo 10 introduce un nuevo concepto de la extensión de la hipoteca, puesto que determina que «salvo pacto expreso que disponga lo contrario la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice no comprenderá...» Ello supone un cambio importante en el principio y en las reglas de la extensión objetiva: es, nada más y nada menos, que la introducción de la autonomía privada en esta materia, de forma que se pasa de regular la extensión automática de la hipoteca a determinados bienes a considerar que no se hallan incluidos en la extensión de la hipoteca algunos bienes como los objetos muebles, los frutos, las rentas vencidas y no satisfechas, a no ser que exista pacto en contrario. El citado precepto termina derogando los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria en todo aquello en que se le oponga (9).

Interesante resulta el comentario que al citado precepto se hizo en el Alcubilla, que después de relacionar la regulación anterior se enumeraba resumidamente lo siguiente: 1) Se destruye la presunción relativa al alcance de la extensión de la hipoteca. 2) Se establece que los bienes muebles anejos o adheridos a los inmuebles no se entienden hipotecados con éstos como no se estipule expresamente. 3) La nueva disposición reforma de un modo directo o deroga parcialmente los citados artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y rectifica de manera indirecta y en cuanto a la garantía

---

existe ningún otro antecedente del precepto, tan sólo se aportan algunos antecedentes históricos que en realidad no son tales, pues más bien se refieren a supuestos de venta que al de transmisión. En este sentido, M. SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado*, tomo VI, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1892, págs. 76 y sigs.

(9) Decía el artículo 10 de la Ley de 21 de abril de 1909 Salvo pacto expreso que disponga lo contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. 2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. 3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. Quedan derogados, en la parte que se refiera y oponga a las disposiciones anteriores, los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria.

hipotecaria se refiere el artículo 334, apartados 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º y 9.º del Código Civil (10).

La propia Exposición que el Ministro de Gracia y Justicia dirigió a las Cortes referida a esta materia fue también elocuente, puesto que basó la razón de la reforma en facilitar el crédito agrícola y en la urgente necesidad de completar la reforma permitiendo la hipoteca de los muebles y frutos, productos o rentas con separación de las fincas a las que se hallen unidos o que estén pendientes, indicando que con este mismo pensamiento se había introducido la modificación contenida en el artículo 16, es decir, la relativa al principio de legitimación registral contenido en el actual artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria (11).

La edición oficial de la Ley de 1909 fue aprobada, como se ha dicho, el día 16 del mes de diciembre del mismo año. Antes de iniciar su estudio conviene recordar las motivaciones de la citada Ley, que fueron: la publicación del Código Civil, haciéndose necesario armonizar muchas de las disposiciones de la Ley Hipotecaria a los nuevos contenidos de las normas de carácter sustantivo contenidas en el nuevo cuerpo legal. Otra de las motivaciones fue la necesidad de refundir los textos que habían sido modificados por la Ley de 21 de abril, dándoles unidad en una Ley Hipotecaria. La publicación de la Ley Hipotecaria de Ultramar fue también el origen de este movimiento, que había sido bien acogida, aunque se pensó en la necesidad de una reforma hipotecaria para la Península; y por último, la jurisprudencia había interpretado y marcado pautas en materia hipotecaria, por lo que era necesario recoger en lo que fuera conveniente el sentir jurisprudencial.

En materia del objeto de la hipoteca la reforma era una verdadera necesidad, porque el Código Civil había recogido en su cuerpo legal una

---

(10) *Anuario de 1909, Boletín Jurídico-Administrativo*, Madrid, 1909, pág. 164, nota 10.

(11) Expresamente el Ministro de Gracia y Justicia en la defensa de la Ley ante las Cortes dijo que tal como venía regulado en la anterior legislación «el crédito hipotecario absorbe por terminante imposición legal y no por pacto, en cuyo caso debe respetarse aquello que el labrador más propia y frecuentemente puede dar en garantía separada e indecentemente de la tierra, dificultando el desarrollo del crédito estrictamente agrícola sin que abone tal extensión razón alguna lógica, no pareciendo en cambio equitativo que forzosamente hayan de quedar siempre hipotecados con la finca dichos muebles, frutos y rentas, sin permitir que los contratantes puedan pactar lo contrario». Posteriormente se refirió a la necesaria modificación del contrato de prenda y del concepto de bienes inmuebles del artículo 334 del Código Civil, lo que permitiría la hipotecabilidad separada de los bienes citados, para finalmente referirse a que a este pensamiento responde el párrafo 2.º del artículo 16 cuando habla de frutos, productos o rentas «inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento» Las citas han sido obtenidas en el *Anuario de 1909, Boletín Jurídico-Administrativo*, Madrid, 1909, pág. 165, nota 10.

clasificación de los bienes y ello hacía necesario que el legislador hipotecario lo tuviese en cuenta a la hora de regular el objeto de la hipoteca y porque la Ley de 21 de abril modificó la extensión de la hipoteca y lo hizo dando un giro de ciento ochenta grados en los principios rectores, así como en la aplicación de las normas sobre la extensión de la hipoteca.

Conviene destacar de la expresada Ley de 1909 aquellos puntos que se consideran derogados por la reforma.

El legislador mantuvo la clasificación cuatrimembre de las leyes hipotecarias anteriores y no fueron modificados los artículos 106 y 107 relativos a los bienes que pueden ser hipotecados y los que pueden serlo aunque con restricciones. Ahora bien, en su artículo 4 ofrece una importante novedad respecto de las ediciones anteriores de las leyes hipotecarias, pues el legislador contaba ya, como reiteradamente se ha dicho, con una clasificación de los bienes inmuebles que había sido introducida en el Código Civil por el citado artículo 334; por eso en el precepto de la Ley no tuvo más que remitirse al Código sustantivo diciendo: «Se reputan inmuebles los enumerados en el artículo 334 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre los requisitos y forma de la inscripción y de lo establecido exclusivamente para las hipotecas en el artículo 110 de la misma». Por consiguiente, el legislador hipotecario estaba dándole un contenido específico al concepto de bien inmueble del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y además estaba afirmando que para la hipoteca y en base al nuevo artículo referente a la extensión paccionada de la misma dicho concepto era aplicado de forma especial o, lo que es lo mismo, que el bien inmueble adoptaba unas características diferenciadoras cuando él era objeto de una hipoteca.

Aunque sobre este punto se insistirá más adelante, es importante tenerlo muy en cuenta, pues de lo contrario es difícil de profundizar en todo lo que se refiere al objeto de la hipoteca no sólo en la extensión objetiva, sino también en lo que, a mi juicio, es una recta interpretación de los conceptos en ella contenidos.

Tal como se dijo, en la Ley modificadora sólo se vieron afectados por la reforma los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria. El primero de ellos porque se derogaron como bienes que no podían hipotecarse independientemente de la finca a la que estuvieran adheridos los descritos en los apartados 1.º y 2.º, relativos a los frutos y rentas pendientes, y a los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios.

El artículo 110 fue el que soportó el mayor número de reformas porque el sistema utilizado no fue —a mi juicio— muy afortunado, ya que a la anterior redacción se le adicionó por entero el artículo 10 de la Ley modificadora de 21 de abril, de forma que en el primer párrafo del precepto se decía que la hipoteca se extendía a las accesiones naturales, mejoras, etc.,

y en los párrafos siguientes se excepcionaba de la regla general, señalando aquellos bienes a los que no se extiende la hipoteca de no mediar pacto expreso (12).

El artículo 111, lógicamente, también sufrió importantes reformas al desaparecer los apartados 1.º, 3.º y 4.º referentes a los objetos muebles, a los frutos y a las rentas como bienes a los que se extiende automáticamente la hipoteca (13).

La supresión de los tres párrafos del artículo 111 en los bienes antes relacionados no supuso un traslado meramente de ubicación al artículo 110, pues tal como se ha visto en el artículo 10 de la Ley de 21 de abril se modificaron sustancialmente los supuestos incluidos en los mismos.

Con ello se cumplió de forma estricta, al menos en este punto, lo ordenado por la Ley modificadora de 1909.

Se debe destacar de la Ley de 1909 la definición del objeto de la hipoteca, porque si bien antes, en las anteriores leyes, podía ser conjeturado, o más bien deducido de la interpretación sistemática de los preceptos, sin embargo ahora, en la Ley Hipotecaria de 1909, se expresa definitivamente. El objeto de la hipoteca será el bien inmueble y este tiene el contenido reflejado en el artículo 334 del Código Civil, y este precepto aparece modificado por la excepción del artículo 110, en el que se convierten en muebles determinados bienes que son independientes del bien principal, como los frutos o las rentas. Esta tendencia se irá explicitando en la futura

---

(12) La redacción de la edición oficial de la Ley Hipotecaria de 1909 en el artículo 110 quedaba de la siguiente forma: La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas por el propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados. Salvo pacto expreso que disponga lo contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá: 1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno o comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. 2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. 3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

(13) La redacción textual del artículo 111 quedaba como sigue: Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otros semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 2.º Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por la aseveración de éstos o de los frutos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca o bien por la expropiación de terrenos por causa de utilidad pública.

para aquel momento, presente en la actualidad, Ley Hipotecaria, y más aún las sucesivas legislaciones sobre la materia, sirviendo de guía y principio de todas ellas.

Fue el Texto Refundido de 1946 el que introdujo una serie de cambios en la materia. Primero se modificó el artículo 106 de la Ley Hipotecaria, que había sido mantenido inalterado a lo largo de todo el desarrollo histórico de las reformas hipotecarias, y se añadió un párrafo al apartado 1.º de la misma relativo a la inscripción, de forma que quedó redactado del siguiente modo: Podrán ser hipotecados: 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Respecto de este punto se debe añadir que no fue incluido en ningún precepto de la Ley otro artículo de contenido semejante al antiguo artículo 4 de la Ley Hipotecaria de 1909 relativo a los bienes inmuebles y su remisión al artículo 334 del Código Civil, salvo la excepción en materia de hipotecas.

### III. EL OBJETO DE LA HIPOTECA

El estudio del objeto de la hipoteca se dividirá en los siguientes apartados: 1) Consideraciones generales sobre el objeto, que de modo introductorio deben ser las bases de partida de este tema. 2) Su examen mediante un estudio e interpretación del artículo 106 de la Ley Hipotecaria. 3) Conclusiones.

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal como indica la doctrina, la hipoteca sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación mediante la sujeción de un bien. Entonces en materia de determinación de la hipoteca tanto se puede considerar este principio desde el punto de vista del crédito como desde el objeto; pero verdadera y propia extensión objetiva lo es solamente en cuanto al bien y derecho hipotecado y no en cuanto al crédito, del que existe extensión (arts. 114 y sigs. de la LH), pero que no debe considerarse objetiva.

El señalar como elemento real de la hipoteca la obligación (14) es, a mi juicio, desacertado. La obligación no es objeto de la hipoteca, sino que entra dentro de los presupuestos de la misma: sin obligación garantizada no podría existir la hipoteca, sea de la clase que sea el tipo de la obligación.

---

(14) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo III, 2ª edición, vol. III, ed. Bosch, Barcelona, cuando estudia la hipoteca inmobiliaria y dentro de los elementos reales incluye las obligaciones que pueden ser objeto de la garantía hipotecaria y a los bienes susceptibles de ser gravados con ella, pág. 80

aun las futuras pueden ser garantizadas mediante el derecho real de hipoteca, pero la obligación en sí no es un elemento real del derecho de hipoteca, más bien debería considerarse una *conditio iuris* de la misma. Con razón se predica el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado; si algo es accesorio de lo principal, este último no puede ser objeto del primero.

Tal como se dijo anteriormente, lo que sucede es que el principio de determinación se exige sobre la obligación garantizada y sobre el objeto, pero este principio de seguridad jurídica no implica la unión de ambos, obligación y objeto como elemento real de la hipoteca.

En otro orden de cosas, no se puede hablar de extensión objetiva de la hipoteca sin referirse antes al propio objeto de la hipoteca. El separar ambas cuestiones induce frecuentemente a errores conceptuales.

La palabra extensión significa la existencia de una cosa unida a otra de la que forman parte; así el término extensión delimita *ad intra* el propio objeto de la hipoteca, mientras que el término pacto extensivo supone una determinación *ad extra* del bien sobre algo que en principio no estaba incluido dentro del objeto pero que podría unirse a él mediante un punto de conexión como es el pacto en nuestro Ordenamiento, admitido en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria. Pero todo lo dicho gira en torno al primer punto de partida que es el propio objeto de la hipoteca.

Se podría perfectamente decir que la extensión objetiva de la hipoteca es el propio objeto de la hipoteca; sin embargo, el estudio dogmático de la figura ha ido perfilando un sentido más restringido y delimitándolo a los artículos 109 y siguientes de la Ley Hipotecaria, lo que ha supuesto, a mi juicio, una desfiguración del verdadero alcance del problema al ser considerado como un compartimento en cierta medida estanco y el que se le haya tratado como un añadido. Bajo esta concepción la cuestión adquiere unos principios y fines distintos del objeto al que pertenece.

## 2. SU EXAMEN

### 2.1. *Comentario general: el objeto físico y jurídico del Derecho de hipoteca*

La doctrina, de forma mayoritaria, configura el estudio del objeto de la hipoteca distinguiendo: entre una regla general de carácter positivo, el artículo 106, y una regla general de carácter negativo, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria, terminando el legislador por tratar de una serie de casos especiales de hipotecabilidad que son los establecidos en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria.



En el comentario concreto del artículo 106 se citan los siguientes puntos:

1. El requisito de ser un bien inmueble sirve para deslindar la hipoteca de la prenda, sólo aplicable a los bienes muebles.
2. El reflejo de la más pura técnica romanista, identificando el dominio con la cosa objeto del mismo y refiriéndose sólo a derechos cuando sean estos derechos limitados o desmembrados del dominio.
3. El término «susceptibles de inscripción» es un requisito sobreentendido, derivado del carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca.
4. Se critica el artículo 106 al decir que uno de los dos puntos es inútil al estar recíprocamente embebidos uno en el otro, pues el apartado 1.º al decir que podrán ser hipotecados: 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción está conteniendo un concepto que ya se encuentra también en el apartado segundo, pues los derechos reales incluidos en el citado apartado son también bienes inmuebles, según lo establece el artículo 334.10 del Código Civil.
5. Los derechos reales para ser hipotecados necesitan ser enajenables; este requisito se predica sólo de los derechos, no de los bienes inmuebles *stricto sensu*; las fincas lo son, naturalmente, siempre: su inalienabilidad es accidental.
6. Mientras los derechos reales tengan el requisito de enajenables son hipotecables (15).

Considero que estos puntos de crítica pueden ser objeto de revisión, pues no llegan a explicar convenientemente el objeto de la hipoteca. El propio artículo 106 de la Ley Hipotecaria es criticado como un artículo reiterativo y que en cierta medida no es sino trasunto de otros preceptos de la Ley o de la propia configuración de la hipoteca, y no deja de ser sorprendente que el artículo pórtilo del objeto de la hipoteca no tenga nada más que decir cuando, a mi juicio, configura y sistematiza todo lo relativo a la materia. Se ha de tener en cuenta que el precepto debe ser interpretado según los avances realizados hasta la fecha, además de que el artículo, aun visto en su ubicación histórica, ofrece un mayor sentido que el indicado.

El apartado 1.º del artículo 106 relativo a que los bienes inmuebles susceptibles de inscripción podrán ser hipotecados, además de diferenciar la

---

(15) Se sigue en este punto el comentario de ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL en el *Derecho hipotecario*, 7.ª ed., t. IV, 1.ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, págs. 464 y sigs. En esta línea se encuentra CHICO, que tras comentar la doctrina mantenida por DORAL en el artículo anteriormente citado, insiste en el valor económico y jurídico de la cosa tanto durante la fase de seguridad como en la ejecutiva y termina haciendo un comentario al artículo 106 de la Ley Hipotecaria en los mismos términos expresados por ROCA, *op. cit.*, págs. 622 y sigs.

hipoteca inmobiliaria de la prenda tiene un alcance diferente al explicar cuál es la naturaleza y clase del bien que puede ser hipotecado.

La equiparación entre bien inmueble y dominio de los bienes inmuebles y que por lo tanto el legislador en el apartado 1.º del citado precepto se está refiriendo al dominio y en el apartado 2.º a los derechos reales limitativos de la propiedad, según la aplicación de la más pura técnica romanista, no deja de ser una posible interpretación del precepto, pero que impide que el intérprete le busque otro sentido dotando al artículo de un mayor alcance. Además, en otros preceptos de la propia Ley Hipotecaria no se ha utilizado esa técnica, sino que de forma clara se ha aludido al dominio y a los derechos reales; sirva solo de ejemplo el artículo 2 de la Ley Hipotecaria en su apartado 1.º, cuando dice: En los Registros expresados en el título anterior se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos. Si el legislador no ha utilizado la misma expresión pudiendo hacerlo en repetidas ocasiones durante las distintas reformas hipotecarias, entre ellas la última de 1946, en la que modificó el artículo 106 introduciendo un nuevo párrafo en el mismo apartado, sino que, muy al contrario, ha mantenido su formulación, ello debe tener un significado; y no se puede interpretar de la forma indicada por la doctrina sin antes realizar una interpretación concordada del precepto salvándolo en todos sus términos si esto es posible.

De forma parecida sucede en el párrafo relativo a «susceptibles de inscripción» del apartado 1.º del artículo 106 que se introdujo con la reforma hipotecaria de 1946 y que se considera sobrentendido por el carácter constitutivo de la inscripción por la hipoteca. Considero que cualquier reforma de entrada tiene un contenido y que además éste no debe ser el de reafirmar una cosa que ya se encontraba en la propia Ley; el cambio, la modificación del precepto, ha de tener un significado, un añadido a lo que antes se decía, y es labor del intérprete el encontrarlo.

El punto 4 de la crítica al artículo 106 también parece que puede ser objeto de revisión, pues tampoco es explicable que el legislador haya sido reiterativo en este punto al incluir en dos ocasiones el mismo concepto al tratar en su apartado primero lo referente a los bienes inmuebles y en el segundo apartado los derechos reales sobre inmuebles que tienen también la consideración de bienes inmuebles según el apartado 10 del artículo 334 del Código Civil. Esta crítica, al igual que la referida a los otros puntos, es fácilmente superable en cuanto que, de inicio, no se puede tachar de reiterativo al precepto sin tener en cuenta previamente otras posibles soluciones o significados que el artículo pudiera tener y que dotase de sentido a los dos apartados que componen el precepto. De momento parece extraño tanto desconocimiento del legislador acerca de los bienes inmuebles regulados por el Código y que se haga necesaria una interpretación restrictiva o correctora que

comprima el texto de la norma al espíritu que dicese la anima, considerándose que el artículo 106 es todo un precepto exuberante en cuanto a su sentido literal. Este tipo de interpretación no es el más adecuado para el artículo 106, pues el contenido del precepto es lo suficientemente expresivo para no necesitarla; lo único que sucede es que un planteamiento distinto supone un giro importante a nivel doctrinal acerca del objeto del derecho de hipoteca.

La necesaria enajenabilidad de los derechos reales para ser susceptible de hipoteca es, evidentemente, una exigencia del propio derecho real de garantía. Los bienes de por sí no son en principio ni alienables ni inalienables, va a depender del ordenamiento jurídico que los regula el que tengan o no esta característica, por lo que no es necesario predicar de éstos la característica de la enajenabilidad, que sí que es importante en cuanto a los derechos que puedan imponerse sobre dichos bienes que, configurados por el Derecho de una forma determinada, llevan consigo o no esta característica de la enajenabilidad; y en este sentido se manifiesta el artículo 108 de la Ley Hipotecaria. Siendo consecuente su exigencia en materia de hipoteca al ser un derecho de realización de valor y que, llegado el caso del incumplimiento de la obligación, deben ser enajenados por el procedimiento legalmente establecido.

Uno de los puntos que deben ser citados en este apartado de crítica es el de que la doctrina, en cierta medida, ha entremezclado la extensión objetiva del bien y la extensión objetiva del derecho, y lo ha hecho cuando se admitía de forma implícita el segundo, basándose en la eficacia extensiva que tiene el dominio; de ahí que se confundan los conceptos y que se negase la extensión objetiva cuando el derecho real fuera distinto que el de la propiedad.

Si se ha criticado en los párrafos anteriores el planteamiento doctrinal acerca del artículo 106 de la Ley Hipotecaria en concreto, y en general de la doctrina sustentada acerca del objeto de la hipoteca, se hace necesario en los siguientes el realizar una interpretación distinta que resulte más acorde, a mi juicio, con la literalidad del precepto, sin necesidad del uso de la interpretación restrictiva, intentando, dentro de lo posible, hallar soluciones que hagan posible el encontrar un sentido al precepto y también al propio objeto de la hipoteca y, consecuentemente, a la extensión objetiva de dicho derecho real de garantía.

Se ha de indicar, en primer lugar, que la función del artículo 106 de la Ley Hipotecaria es la de fijar el objeto de la hipoteca, y si este precepto así se deduce es todavía más expresivo el artículo 1.874 del Código Civil cuando textualmente dice: Sólo podrán ser *objeto* del contrato de hipoteca: 1.º Los bienes inmuebles. 2.º Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes sobre bienes de aquella clase.

De acuerdo con esta visión, el objeto de la hipoteca lo forman dos elementos: un objeto de primer grado que es el bien inmueble y un objeto

de segundo grado que es el derecho real impuesto sobre el bien. Ambos elementos conjuntamente, y no por separado o absorbido uno en otro, van a integrar la totalidad del objeto que se incluye en la hipoteca. El elemento físico lo constituye el bien, que es soporte de cualquier derecho real; el elemento jurídico lo forma el propio derecho que recae sobre dicho bien; a ambos atiende la hipoteca, que como cualquier otro derecho real de garantía necesita de los dos para su subsistencia. Ambos elementos integrantes del objeto de la hipoteca se encuentran incluidos en el artículo 106 de la Ley Hipotecaria: el objeto de primer grado en el apartado primero, que se refiere a los bienes inmuebles como cosa susceptible de ser hipotecada y que es el elemento físico o material. El objeto de segundo grado aparece recogido en el artículo 106, apartado segundo, el derecho real, que es el poder de disposición que tiene el titular sobre la cosa, sea ésta titularidad de dominio o de usufructo, o de nuda propiedad, etc. De esta forma cobran sentido los dos apartados del artículo 106, al mismo tiempo que se explica el objeto real de la hipoteca.

En este sentido cabe recordar la opinión vertida por LARENZ acerca del objeto del derecho, quien distingue, tal como se ha hecho anteriormente entre un objeto de primer grado que lo forman las cosas, sean éstas materiales o inmateriales, y un objeto de segundo orden u objetos de disposición, que lo forman los derechos y las relaciones jurídicas (16).

Se podría afirmar en contra de esta posición que con ella se estaría apoyando la postura de aquellos autores que admiten la doctrina de los derechos sobre derechos. Independientemente de que la problemática de la objetivización de los derechos es más teórica que práctica, resulta que en materia de hipoteca difícilmente el investigador pueda sustraerse de ella, cuando en realidad el derecho real de garantía supone la puesta a disposición del acreedor no solamente de la cosa o bien, sino también del derecho que existe sobre éste. Como dijo PASCUAL Y MARÍN, es la manera más sencilla y satisfactoria de explicar determinadas figuras (17). Dentro de éstas, indudablemente también a mi juicio, se encuentra la hipoteca.

---

(16) KARL LARENZ, *Derecho civil* Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, EDESA, 1978. Traducción de MIGUEL IZQUIERDO y MACÍAS-PICAVEA, págs. 369 y sigs., en donde expresamente dice: «Son objetos de derecho de primer orden las cosas ..., éstas son solamente los objetos materiales y los objetos inmateriales, sobre los que es posible un derecho de dominio o de utilización con eficacia frente a terceros, así las obras de ingenio y los inventos. Los objetos de derecho de segundo orden, esto es, objetos de disposición, son los derechos y las relaciones jurídicas. Según esto, la cosa que se halla en propiedad de alguien es un objeto de derecho de primer orden, y la propiedad existente sobre la misma, en cuanto objeto de disposición, un objeto de derecho de segundo orden...»

(17) PASCUAL Y MARÍN, «Los derechos sobre derechos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1947.

Sin embargo, considero que la naturaleza del objeto de la hipoteca y el estar formado por los dos objetos de primer y segundo grado es predicable no sólo de aquellas hipotecas especiales reguladas en nuestra Ley Hipotecaria en el artículo 107, sino de la hipoteca en general establecida en el artículo 106, que es el que, como se dijo, define el objeto de la hipoteca y del que el artículo 107 no es más que una especificación originada por la singularidad de los supuestos recogidos por el precepto y que existe sobre el objeto de segundo grado (18).

En segundo lugar, no considero aplicable en la interpretación del artículo 106.1.º la llamada técnica romanista de entender que se está refiriendo al dominio de los bienes inmuebles, pues esta interpretación, como se dijo, no se ha producido en otros preceptos de la misma Ley y además la redacción del precepto se ha mantenido a través de las sucesivas reformas hipotecarias, incluida la de 1946, que reformó el mismo apartado del que ahora se trata.

El artículo 106.1.º tiene como misión el establecer el objeto de primer grado de la hipoteca, sin el que no puede existir ningún derecho real, que necesita de la cosa como presupuesto, y lógicamente no va a ser diferente la hipoteca, que como derecho real de garantía tiene el bien inmueble hipotecado como objeto de la misma.

Si el precepto comentado se refiere exclusivamente en su apartado primero al bien inmueble hipotecado se podría preguntar: ¿en dónde se incluye el dominio? Indudablemente la propiedad o el dominio se encuentra junto con los restantes derechos reales hipotecables en el apartado segundo del mismo precepto, y ello por la siguiente consideración además de las ya dichas, y es que la doctrina clásica que establece la clasificación de los

---

(18) Es interesante en este punto hacer notar la doctrina mantenida por VALLET DE GOYTISOLO en su estudio «La hipoteca sobre derechos», en *Estudios sobre garantías reales*, ed. Montecorvo, S.A., 2.ª ed., Madrid, 1973, págs 37 y sigs., en el que como conclusión al examen de los supuestos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria dice: «Que las relaciones que se ocultan tras la denominación genérica de hipoteca de derechos sólo tienen un dato común: el tener como objeto de su interés a la cosa objeto del derecho base. Es decir, que su única nota uniforme estriba en no ser ninguna de ellas un verdadero derecho sobre derecho». De esta forma VALLET está afirmando la existencia de lo que antes denominaba objeto de primer grado, que es la cosa sobre la que recae el derecho, objeto de segundo grado. Esto confirmaría la posición apuntada en el texto. Ahora bien, considero que ese objeto de segundo grado es de existencia necesaria en la hipoteca, y no solamente en la llamada hipoteca de derechos del artículo 107, sino de cualquier tipo de hipoteca; la cosa de por sí no basta: la estructura de un derecho real de garantía exige la existencia de un derecho sobre la cosa, que es también objeto de la garantía dada al acreedor. Como se dijo anteriormente, el valor de la garantía hipotecaria viene dado no sólo por el bien, sino también por la titularidad que se ofrece al acreedor; sin este doble elemento no puede entenderse, a mi juicio, el funcionamiento y la estructura de la hipoteca.

derechos reales en dominio y los derechos limitativos del dominio debe considerarse superada. Según las tendencias doctrinales actuales, en las que si la propiedad ocupa un lugar preeminente dentro de los distintos derechos, sin embargo no sirve de criterio para deslindar éstos.

La propiedad, en definitiva, es el derecho real por excelencia, pero no por eso deja de ser un derecho real, con las características propias de este tipo de derechos, llevadas a su plenitud. Si por necesidades dogmáticas se centró la problemática de los derechos reales en el dominio, hoy se puede decir que esta tendencia se encuentra totalmente superada, siendo preferente aquellas posiciones que distinguen entre dominio y derechos reales sobre cosa ajena o *iura in re aliena*, que, como dice Díez PICAZO, atienden a una «realización de fines e intereses, sociales o individuales, merecedores de tutela» (19).

De esta forma el artículo 106 de la Ley Hipotecaria deja de ser reiterativo, pues, por un lado, en su apartado primero fija el objeto de primer grado o elemento físico de la hipoteca, que como derecho real necesita del bien, y por otro, en su apartado segundo establece el objeto de segundo grado, que son los derechos reales, de dominio o sobre cosa ajena, que se imponen sobre dicho bien y que sirven de garantía en la constitución del derecho de hipoteca.

El artículo 334 del Código Civil en su apartado 10 debe ser interpretado en relación con el artículo 106 de la Ley Hipotecaria con un sentido totalmente distinto al expuesto como crítica, pues cuando el precepto dice que: Son bienes inmuebles: 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, es claro que el legislador hipotecario no puede referirse a él, pues efectivamente las concesiones son bienes inmuebles susceptibles de hipoteca, aun con una especialidad (art. 107.6.º), y las servidumbres en general no se pueden hipotecar, tal como previene el artículo 108 de la misma Ley. De forma que tan solo quedarían los derechos reales, que tienen la consideración de bienes inmuebles, pero que éstos están incluidos en el apartado segundo del artículo 106 como objeto de segundo grado de la hipoteca, y no en el apartado primero del citado precepto como pretende la doctrina tradicional.

---

(19) L. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II. *Las relaciones jurídico reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 67, en la que afirma: «Por la misma razón hay que considerar errónea la tesis que no ve en estos derechos otra cosa que desmembraciones del dominio, como si temporalmente la propiedad saltara en pedazos, constitutivos cada uno de ellos de tales derechos menores, para reconstituirse después, una vez extinguidos aquellos derechos y con perenne vocación a que tal reconstitución se produzca. Los derechos, en cuanto titularidades, no son más que formas de utilización de los bienes. Su contenido real está conformado por las facultades que llevan consigo, que serán mayores o menores de acuerdo con las características de cada situación».

El legislador hipotecario utiliza el artículo 106 de la siguiente forma: 1) Se refiere en su apartado primero al bien inmueble como soporte físico del derecho real, por lo que no se incluye, ni tampoco debe hacerlo, el derecho real que recaiga sobre el mismo, y de esta forma el artículo 106 se puede decir que es una norma de remisión al Código Civil y al concepto que este Cuerpo legislativo tiene sobre los inmuebles como elemento base de los derechos reales, como más tarde se estudiará más ampliamente; y 2) En su apartado segundo se encuentran recogidos los derechos reales, soporte jurídico, que también constituyen el objeto de derecho de hipoteca, pero para los que no interesa para nada destacar su carácter de bien inmueble por analogía, no así respecto de las concesiones o de las servidumbres, que, como ya se dijo, están reguladas especialmente en la Ley Hipotecaria.

En cierta medida este apartado segundo del artículo 106 también es una norma de remisión, pues la regulación de aquellos derechos reales típicos se encuentra en el Código Civil y a ella se remite el artículo 106 al requerir que sean enajenables, y la regulación específica del artículo 107 lo único que hace es ver su especialidad respecto del derecho de hipoteca, no, y lógicamente, en cuanto a su regulación sustantiva, que es cometido del Código Civil. A esta interpretación debe referirse el propio precepto cuando en su apartado 2 está afirmando impuestos sobre los mismos bienes, por lo que está diferenciando ambos objetos, de primer y segundo grados.

Se podría alegar en contra de esta interpretación la cuestión de la hipotecabilidad de las concesiones que pueden ser hipotecadas aun no siendo un elemento físico como sucede con los restantes bienes inmuebles, pero al tratar de las concesiones no se debe olvidar que aun en estos supuestos existirá la finca, base de la concesión; así resulta de la conocida Resolución de 5 de septiembre de 1908, en la que se suspende la inscripción de la escritura de emisión de obligaciones hipotecarias por la falta subsanable de no estar previamente inscrito el ferrocarril cuyas obras y productos se hipotecan y por no describirse detalladamente el mismo; y así, CANO TELLO afirma que «la hipoteca de concesiones se extiende a la concesión según los límites físicos y jurídicos que resulten de su inscripción en el Registro en virtud del principio de especialidad (20).

## 2.2. Examen particularizado del artículo 106.1.º de la Ley Hipotecaria

El artículo 106.1.º gira alrededor de los bienes inmuebles susceptibles de inscripción. Este precepto había sido introducido, como se dijo en la

---

(20) C. CANO TELLO, *La hipoteca de concesiones administrativas*, Ed Montecorvo, Madrid, 1973, pág. 170

parte histórica, con la primera Ley Hipotecaria de 1861 y se había mantenido en su redacción hasta la reforma de 1946, en el que se añadieron los términos «susceptibles de inscripción».

Ahora bien, es necesario resaltar como en la Ley de 1909 el precepto en cuestión estaba completado por lo establecido en el artículo 4, en el que se definía el concepto de bienes inmuebles, remitiéndolo al Código Civil, y marcaba la excepción que existía en materia de hipotecas al establecer el entonces artículo 110 la no extensión de la hipoteca a determinados bienes de no existir el pacto en contrario. La reforma de 1944-46 no recoge un precepto semejante al artículo 4, pero mantuvo la redacción del artículo 106, que, por otra parte, como se sabe, coincide casi plenamente con el artículo 1.874 del Código Civil.

Tres cuestiones son las que deben ser estudiadas en este punto: la primera es la interpretación del término bien inmueble; la segunda, la hermenéutica sobre la expresión susceptibles de inscripción, y la tercera, aunque sea sólo una simple referencia, la significación de este apartado respecto de la extensión objetiva.

La primera cuestión que surge es la de dar contenido al concepto de bienes inmuebles, interpretando los términos del precepto de acuerdo con el objeto de la hipoteca.

De entrada, como ya se ha descartado en el apartado anterior, se debe decir que no expresa el dominio de los bienes inmuebles, sino que necesariamente viene referido al objeto o soporte físico del derecho y por lo tanto el tema se delimita en el ámbito de las cosas materiales.

Tres conceptos son los que cabe estudiar: el de bien inmueble, contenido en el artículo 334 del Código Civil; el de finca, admitido en preceptos dispersos del Código y en leyes especiales, especialmente en la Ley Hipotecaria, y el de finca registral, que interesa fundamentalmente a esta última Ley.

El concepto de finca y el de finca registral se encuentran íntimamente unidos. La finca en sentido material, equiparable en su definición a la finca por naturaleza, «es —según la ya clásica definición de Roca— la porción de terreno cerrada por una línea poligonal, edificado o no, cuya propiedad corresponde a una sola persona o a varios en común o en dominio dividido enfiteútico, así como las fincas urbanas edificadas que pertenezcan a diferentes dueños, sujetas o no al régimen de propiedad horizontal» (21). La finca registral se refiere a todo lo que sea susceptible de abrir hoja, folio

---

(21) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, t. II, pág. 407 Otra definición de finca en sentido material nos la proporciona Díez PICAZO diciendo que «se llama finca en sentido material a una porción de superficie o a un espacio delimitado que forma una unidad en el tráfico jurídico», *op. cit.*, pág. 170.



o registro particular en los libros de inscripciones. El concepto de finca en sentido material y finca registral coinciden, salvo en casos de disparidad entre la realidad extrarregistral y la registral y en aquellos otros en que el Registro de la Propiedad considera finca anormal o especial a efectos de poder abrir folio registral.

El concepto de finca es básico según la Ley Hipotecaria al estar nuestro sistema centrado en el folio real, y es el claramente dominante en materia de Derecho inmobiliario registral. La cuestión reside en determinar si éste es el sentido utilizado por el legislador en el artículo 106.1.º en materia de hipoteca. Pero antes de adentrarse en esta cuestión es necesario afirmar que el concepto de bienes inmuebles y el de finca no son enteramente coincidentes.

Los bienes inmuebles enumerados en el artículo 334 del Código incluyen los cuatro tipos de bien inmueble: por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía; solamente los dos primeros pueden formar el concepto de finca en sentido material, excluyéndose los inmuebles por destino y por analogía; este último se integra no obstante como finca registral en materia de concesiones (22).

Visto lo cual se podría interpretar el artículo 106.1.º de dos formas distintas: La primera sería aquella en la que el concepto de bien inmueble viene identificado con el de finca en sentido material, pues si del concepto de finca material se excluyen los bienes inmuebles por destino y por analogía, existe coincidencia entre ambos conceptos, ya que el artículo 106 de la Ley Hipotecaria estaría excluyendo del concepto de bienes inmuebles lo regulado por el artículo 111 sobre bienes inmuebles por destino. De esta forma el legislador, a pesar de utilizar el término de bien inmueble, reconduciría la materia al concepto de finca material y por lo tanto al de finca registral.

No es esta la primera interpretación, la que a mi juicio debe ser admitida, sino que habrá de mantenerse una segunda interpretación: la de que el artículo 106 está refiriéndose al concepto de bienes inmuebles en sentido semejante al que es el utilizado por el artículo 334 del Código Civil y consiguientemente estableciendo el objeto físico de la hipoteca como un concepto más amplio que el de finca al incluir, de entrada, los bienes inmuebles por destino y por analogía; y ello por las razones siguientes:

---

(22) En este sentido, Díez PICAZO dice «Conviene, sin embargo, establecer alguna diferenciación entre finca e inmueble, para la que da base el artículo 334 del Código Civil (vid. especialmente apartado 6.º: “unido a la finca y formando parte de ella de un modo permanente”). Supuesto que los inmuebles pueden serlo no sólo por su naturaleza y por incorporación, sino también por destinación y por analogía, creemos que el concepto de finca debe reservarse para los inmuebles por naturaleza con sus incorporaciones o partes integrantes, pero con exclusión, en cambio, de las pertenencias», *op cit*, pág. 169.

1. Por un argumento histórico. Si la Ley Hipotecaria de 1861 carecía del apoyo legislativo en derecho sustantivo para enumerar los bienes inmuebles, fue la de 1909 quien se basó en la categoría de bienes inmuebles en base a un concepto delimitado por el ya publicado Código Civil, y en ella se hizo una remisión expresa al Código de forma general, y con carácter excepcional se establecía una visión distinta de determinados bienes que en materia hipotecaria iban a tener un alcance y juego jurídico que no era el regulado de forma general, por lo que se iniciaba así un concepto diferente, que bien se le podría llamar bien inmueble hipotecado. Esta visión, con algún retoque como se verá, fue la mantenida por el legislador de 1944-46, quien conservó la redacción y contenido del artículo 106 de la Ley Hipotecaria; y ello se hizo no sólo, sino también, como una aceptación de las raíces históricas que tenía la cuestión.

2. Por la ubicación y función del artículo 106 de la Ley Hipotecaria. La interpretación aislada del precepto podría determinar una concepción distinta del mismo. La expresión «susceptibles de inscripción» podría interpretarse como una reconducción hacia el concepto de finca registral. Pero desde una interpretación sistemática considero que esto no es posible, ya que el artículo 106 es el artículo póstico de la materia que regula el objeto de la hipoteca inmobiliaria; de él los preceptos siguientes van a derivar y encontrar su función, por lo tanto está definiendo de forma general el objeto de la hipoteca e incluye las diversas posibilidades del bien inmueble hipotecado; y si es excepcional el alcance de extensión automática de la hipoteca a los bienes enumerados en el artículo 111, también permite su inclusión mediante pacto, de forma que el supuesto del artículo 106 no puede dejar de integrar la posibilidad del pacto extensivo de la hipoteca.

3. Por una interpretación literal. Si el legislador ha expresado bienes inmuebles y el concepto de éstos se encuentra en el Código Civil, el intérprete no puede variar lo que en él se dice, de forma que su sentido debe ser hallado en el artículo 334 de dicho Cuerpo legal.

4. Por una interpretación lógica. No se puede excluir lo que no está comprendido antes. El artículo 111 de la Ley Hipotecaria carecería de sentido si el artículo 106 no incluyese la posibilidad de extenderse la hipoteca a los bienes comprendidos en el artículo 111. De interpretarse en sentido contrario al expuesto, que sólo las fincas en sentido material serían objeto de la hipoteca, lógicamente no haría falta la exclusión del artículo 111, pues los citados bienes ya no estarían comprendidos en el objeto hipotecado.

Las consecuencias jurídicas de afirmar que el objeto físico de la hipoteca es el bien inmueble hipotecado y no la finca registral son las siguientes:

1. El concepto de bien inmueble hipotecado no coincide con los requi-

sitos exigidos por el concepto de finca registral, así el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y el 51 del Reglamento Hipotecario no contemplan los elementos necesarios para poder comprender la descripción del objeto de la hipoteca. Indudablemente, lo requerido en tales preceptos estará ya incluido en la descripción del bien inmueble. No se puede olvidar que la primera inscripción registral será la de dominio, no de hipoteca, y esta primera inscripción o inmatriculación de la finca bastará que recoja los elementos que se requieren para la finca registral; pero cuando esta finca registral se hipoteque entonces deberá completarse la descripción con aquellos bienes que puedan estar incluidos de una forma natural o pactada en la hipoteca y que, sin embargo, no son necesarios para el ingreso de la finca en el Registro de la Propiedad ni tampoco en posteriores inscripciones que no sean de hipoteca. La finca registral se convertirá en bien inmueble hipotecado.

2. La descripción registral del bien inmueble y la real de la finca deben de ser coincidentes. La necesaria identidad del bien inmueble hipotecado y el bien inmueble extrarregistral se muestra como una exigencia aún mayor, si cabe, en el caso de la hipoteca. Las divergencias registro realidad extrarregistral, que siempre son perjudiciales, lo son todavía más en el campo del derecho real de la hipoteca.

El principio de determinación de la hipoteca exige la total descripción del bien objeto de la misma y no sólo actúa dicho principio con respecto de la obligación garantizada, sino que también debe aplicarse a su soporte físico, al objeto sobre el que recae la garantía; ello es de importancia vital no sólo en el momento de la constitución y vigencia de la hipoteca, sino también llegado el caso de su ejecución. Con frecuencia, en la práctica se olvida este principio y se reitera, sin más, la descripción de la finca que figura en el Registro, quedando fuera del asiento registral aquellos elementos que deben incluirse dentro del inmueble hipotecado y a los que puede extenderse automáticamente la hipoteca si se trata de un hipotecante propietario del bien, o, por el contrario y por no constar registralmente su existencia, si la finca se transmite a un tercer poseedor, éste puede reclamar sus derechos sobre los mismos dada la dificultad que supone para la parte acreedora acreditar el momento de la incorporación y la pertenencia de las inversiones realizadas. Si esto es así para los bienes inmuebles incorporados, todavía lo es más para aquellos bienes inmuebles por destino, que tienen una significación muy distinta, pues en el acto de constitución de la hipoteca se realiza la destinación del bien; y si esto no se hace de una forma expresa, difícilmente podrá hablarse de que a ellos se extiende de una forma eficaz la hipoteca.

Precisamente por la posible inclusión o exclusión según pacto de los bienes inmuebles por destino se debe decir que el bien inmueble hipotecado

es semejante al bien inmueble del artículo 334 del Código Civil y no de idéntica regulación, pues el artículo 334 es un precepto de carácter imperativo, mientras que en el concepto de bien inmueble hipotecado lo imperativo es transformado en dispositivo en virtud del artículo 111, y también en el caso de la obra nueva del artículo 110 de la Ley Hipotecaria. Esta distinta naturaleza de la norma depende del acto de destinación a realizar por el titular del derecho real, no sólo el de dominio. De todas formas, la regulación del artículo 334 se aplica también en materia de hipoteca, pues es en éste donde aparecen regulados los bienes inmuebles por destino y los requisitos exigidos para ello.

El bien inmueble hipotecado puede tener o no una correspondencia con el derecho real que se hipoteca, es decir, que la finca hipotecada puede no comprender determinados bienes a los que se refiere el artículo 111 y también a lo que no se extiende en virtud del artículo 112; por lo tanto, la eficacia extensiva de la hipoteca no llega a alcanzar estos bienes, sobre los que sí ostenta la titularidad real hipotecada, el dominio, la mera propiedad, la concesión, etc. De ahí que se insista en la idea de la existencia de un doble objeto de la hipoteca integrado por los dos elementos, físico y jurídico, que de ordinario serán coincidentes, pero que pueden ser de distinto alcance.

3. El concepto de bien inmueble hipotecado adquiere una significación distinta, a mi juicio, en relación a la eficacia del Registro de la Propiedad. Si bien es verdad que la protección registral no se extiende a las circunstancias de mero hecho que constan en el Registro de la Propiedad, no es menos cierto que, primero, tal como afirma la propia jurisprudencia, se va extendiendo la eficacia a algunas de estas circunstancias, y segundo, que en materia de hipoteca, en donde la publicidad del derecho real descansa única y exclusivamente en la inscripción y además es ésta de carácter constitutivo, cobra el asiento registral una relevancia aún mayor que permite afirmar unos efectos de protección y publicidad en materia de hipoteca que son superiores y más amplios que en otro tipo de asientos; así y muy especialmente en materia del principio de legitimación registral.

El significado de la expresión «susceptibles de inscripción» del artículo 106 de la Ley Hipotecaria también debe ser objeto de interpretación, porque hay que preguntarse cuál es el sentido que el legislador de 1944-46 quiso dar al precepto con esta reforma.

La doctrina de forma general considera que la modificación no tuvo un alcance innovador, pues en realidad al tratarse la hipoteca de un derecho cuya inscripción es de carácter constitutivo, lógicamente el bien inmueble sobre el que recae ha de ser susceptible de inscripción.

No considero que ésta deba ser la única interpretación, ya que si la finalidad del precepto y apartado está dirigida a la concreción del objeto

físico de la hipoteca, también se tendrá que pensar que el legislador ha querido expresar algo respecto de éste, de forma que los términos susceptibles de inscripción añaden una característica registral al bien inmueble, confirmando el concepto que del mismo se da en el Código Civil se ha de pensar que no solamente se refiere a aquellos bienes inmuebles por naturaleza, sino que el legislador incluye como bien inmueble hipotecable el que lo es por analogía, como la concesión administrativa; de ahí, quizá, la expresión ahora comentada.

Además ha de tenerse en cuenta que la desaparición del artículo 4 de la Ley Hipotecaria de 1909 por la reforma de 1944-46, como se dijo, pudo tener también su consecuencia en este punto, pues el precepto desaparecido se remitía al artículo 334 del Código Civil y después lo limitaba respecto de los requisitos y forma de la inscripción. Al no reiterarse en la Ley Hipotecaria un precepto semejante a éste, pudo originar que el legislador de 1944-46 añadiese en el artículo 106.1.º de la Ley, al lado de la remisión a los bienes inmuebles, los términos «susceptibles de inscripción».

No puede tratarse de la equiparación entre bien inmueble hipotecado y finca registral, que es la que posibilita la apertura de folio real, porque la hipoteca no va a ser primera inscripción y ésta necesariamente ha de ser de dominio y la hipoteca no lo es. Se está significando lo dicho anteriormente, y es que el bien inmueble que se hipoteca adquiere unos caracteres específicos en cuanto que aun siendo bien inmueble del artículo 334 del Código Civil se debe sujetar a lo establecido para éstos por la Ley Hipotecaria, con las modificaciones y peculiaridades introducidas por ésta en materia de hipoteca, lo que en definitiva permite hablar del inmueble hipotecado como categoría jurídica autónoma.

Pienso que la interpretación de los términos antes indicados debe referirse también a la importancia que tiene la inscripción respecto de la descripción registral de la finca en cuanto que las modificaciones y elementos que el inmueble tenga deben reflejarse en el Registro de la Propiedad. Tratándose de cosas compuestas el bien inmueble hipotecado, en la misma descripción registral de la finca, deberán figurar las diversas partes que integran la cosa hipotecada, de manera que deba describirse el bien de la forma más amplia posible e incluir en ella los bienes inmuebles que lo sean, no sólo por la naturaleza, sino también por incorporación o por el destino. Consecuentemente, como se decía antes, la descripción registral del inmueble reviste una especial importancia cuando el derecho inscrito es el de hipoteca (23).

---

(23) En este sentido se debe citar la Resolución de 19 de noviembre de 1943, que consideró que de las certificaciones literales aportadas «aparece la red de alumbrado formando parte del contenido del inmueble hipotecado, pues su descripción, indicacio-

No cabe duda que al referirse el legislador a los bienes susceptibles de inscripción está desligando los bienes inmuebles que tienen acceso al Registro de la Propiedad Inmobiliaria de los bienes muebles, también hipotecables, pero sujetos al régimen de la Ley de 1954. En este sentido la hipotecabilidad de aquellos bienes que son objetos muebles y a los que puede extenderse la hipoteca en virtud del artículo 111 sólo pueden tener acceso en el Registro de la Propiedad de bienes inmuebles cuando sean éstos los hipotecados y juntamente con los bienes a los que se encuentran destinados, de forma que no es posible constituir una hipoteca inmobiliaria en la que, por ejemplo, se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre el bien inmueble y el objeto mueble. El valor del bien mueble se encuentra unido al del inmueble, no es independiente de éste.

Por último, en relación a la extensión objetiva de la hipoteca se ha de decir que viene referida, en primer lugar, sobre este apartado del artículo 106 al ser este precepto el encargado de fijar el objeto físico y a ser la extensión objetiva un complemento a lo que dicho precepto se determina. De esta forma los artículos 109 y siguientes no son otra cosa que complementarios del apartado 1 del artículo 106, pero con ello no se agota el concepto y alcance de la extensión objetiva de la hipoteca, pues al estar el objeto de la hipoteca integrado por dos elementos, el físico y el jurídico, también este último tiene su extensión objetiva en determinados casos, aunque no se halla en los mismos preceptos.

### 2.3. Examen del artículo 106.2 de la Ley Hipotecaria

Dos cuestiones deben ser tratadas al estudiar el apartado segundo del artículo 106 de la Ley Hipotecaria: la primera consiste en el examen del precepto y su significado, y la segunda su relación con la extensión objetiva, específicamente el alcance de ésta respecto de los derechos hipotecados, aunque en el presente trabajo sea examinada brevemente la cuestión, pues se alejaría del objeto principal de este estudio.

---

nes, elementos de que consta, etc., son datos que permiten unirlos económica y jurídicamente al predio como una de tantas *qualitates praediorum*, y aunque la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de este estado de hecho, sí permite dar a conocer la presunta extensión y alcance del dominio, de tal suerte que el acreedor hipotecario podrá apreciar los límites del derecho que lo ampara y extender el alcance de la hipoteca a los bienes ya descritos en el Registro de esa manera peculiar y cuyo valor, en muchos casos, será el principal móvil que induce a la aceptación de la hipoteca». De ello deduce CANO TELLO en la *op. cit.*, pág. 172, que «la hipoteca se extiende a la concesión en la forma y con los elementos con que consta descrita en la inscripción registral», refiriéndose al caso concreto de la hipoteca sobre concesión administrativa

El artículo 106.2 viene referido, como se dijo, al objeto de segundo grado, que es el objeto sobre la cosa; la unión de ambos forma el objeto de la hipoteca. La propiedad y los restantes derechos reales se encuentran incluidos en este apartado, el requisito de enajenabilidad y el ser una norma de remisión al derecho sustantivo son interpretaciones ya expresadas anteriormente y sobre las que no se va a insistir.

Es interesante resaltar la sistemática utilizada por el legislador en la regulación de la materia porque, debido a los antecedentes históricos, los artículos 107 y 108 son complementarios de este segundo apartado, mientras que los siguientes, del 109 al 113, lo son del apartado 1 del artículo 106.

Esta ubicación sistemática, a mi juicio equivocada, ha inducido a error, ya que sin quererlo se han involucrado cuestiones que afectaban a un objeto o a otro. Se hubiera debido regular, en primer lugar, lo referente al bien hipotecado, siguiendo la sistemática del artículo 106, para después dar el contenido jurídico relativo a los derechos.

Los derechos enajenables, los derechos reales especiales hipotecables y los derechos reales no hipotecables pueden tener todos ellos el mismo bien inmueble hipotecado; sin embargo, la posibilidad de constituir hipoteca no va a depender sólo de la naturaleza del bien, sino que es necesario tener en cuenta la naturaleza del derecho que se disfruta sobre el mismo. Esta perspectiva es necesaria para poder examinar algunas cuestiones planteadas en la extensión objetiva, como es el caso del alcance que ésta tiene en relación a los derechos que se hipotecan y la propia extensión objetiva de los derechos.

Si la regla general de contenido positivo se encuentra establecida en el artículo 106.2, la de carácter predominantemente negativo es la del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, que a pesar de su enunciado prohibitivo modaliza la hipoteca de las servidumbres y admite la de aguas y la del usufructo concedido al cónyuge viudo.

Los derechos reales van a poder ser hipotecables en tanto en cuanto revistan esta naturaleza y el requisito de la alienabilidad. El problema puede surgir en torno a la propia configuración de un derecho real, tema indiscutido en materia de derechos reales típicos, pero que puede verse dificultado en determinados derechos de los que se discute su naturaleza o de aquellos que en virtud del sistema de *numerus apertus* puedan alcanzar su determinación como reales.

De todas formas, al igual que sucede respecto del bien inmueble hipotecado, también el derecho objeto de la hipoteca debe ser susceptible de inscripción, puesto que sin ésta no podrá constituirse la hipoteca; por lo tanto el carácter de inscribible del derecho servirá de parámetro para su hipotecabilidad.

El artículo 107 de la Ley Hipotecaria realiza una enumeración de supuestos en los que los derechos existentes sobre el bien revisten una especialidad que se refleja en la propia hipoteca. El usufructo, la nuda propiedad, los bienes hipotecados, el mismo derecho de hipoteca, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, las concesiones administrativas, los bienes vendidos con pacto de retro o carta de gracia, el derecho de retracto convencional, los bienes litigiosos, los sujetos a condición resolutoria expresa y los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal son todos ellos derechos que de alguna forma modalizan el dominio y que, consecuentemente, producen una regulación específica en el derecho de hipoteca.

El derecho real, como segundo elemento objetivo de la hipoteca, tiene también su extensión objetiva al igual que el bien inmueble hipotecado; ello, además de reafirmar su carácter de objeto, sirve para deslindar situaciones jurídicas. Por su propia naturaleza el derecho hipotecado se extiende a otros derechos que son accesorios del principal hipotecado. La extensión objetiva del derecho sólo se produce cuando el objeto jurídico hipotecado se extiende a otro objeto jurídico; así la hipoteca de la mera propiedad cuando se extiende al usufructo o cuando la propiedad de un elemento privativo se extiende a la propiedad de un elemento anejo.

Conviene advertir que, según la concepción expuesta del objeto de la hipoteca, el derecho real forma el objeto jurídico de la misma, y ello significa que todo el contenido jurídico del derecho real se encuentra sometido a la garantía hipotecaria, y estas facultades inherentes al propio derecho dado en garantía no son propiamente extensión objetiva, sino el objeto de la hipoteca. No se puede decir, por ejemplo, que la facultad que tiene el nudo propietario para realizar en la cosa usufructuada obras y mejoras y nuevas plantaciones, según lo establece el artículo 503 del Código Civil sea una extensión objetiva de la hipoteca de la mera propiedad, sino el contenido propio del derecho del nudo propietario y por lo tanto objeto de la hipoteca. Extensión objetiva lo serán las modificaciones introducidas como mejoras, obras o plantaciones de la finca hipotecada.

Pero no se debe generalizar la extensión objetiva del derecho; me explico: solamente ésta es posible cuando el derecho real hipotecado es el de la propiedad, pues éste es el único que tiene una eficacia extensiva frente a los restantes derechos reales. Así sucede en los supuestos del artículo 107 de la Ley, salvo el de las servidumbres prediales que a continuación se expresan.

Se puede hablar de extensión objetiva en el caso de las llamadas servidumbres prediales, que solamente pueden ser objeto de hipoteca juntamente con el predio dominante; y, propiamente, más que de objeto de hipoteca el fenómeno que se produce es el de la extensión del derecho sobre el derecho



real de servidumbre (24). En este caso la extensión objetiva se produce por ser la servidumbre una cualidad jurídica aneja a la finca, y ello lleva consigo que si bien se trata de una extensión objetiva del derecho, sin embargo, no se necesita que el derecho base sea el de dominio; puede ser cualquier otra titularidad real a la que afecte la servidumbre, el goce de la finca lleva consigo el de la servidumbre a su favor.

La servidumbre predial une a dos o más fundos; en aquel que sea dominante el derecho de servidumbre va necesariamente ligado a la titularidad real que se hipoteca. Esta extensión objetiva de forma automática de un derecho sobre otro se realiza de igual forma que la extensión objetiva sobre la finca hipotecada y por lo tanto debe considerarse dentro de la propia definición de la extensión objetiva.

Otro supuesto es el que se produce en el caso del artículo 107.11 de la Ley Hipotecaria, el relativo a la posible hipoteca de los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo 8. En este caso la hipoteca se extiende objetivamente a la copropiedad sobre los elementos comunes o anejos de la propiedad privativa, y aunque esta extensión no se encuentre reflejada expresamente en los textos legales debe sobrentenderse por la misma naturaleza del derecho de propiedad horizontal.

La hipoteca que el legislador llama de mera propiedad produce también una extensión objetiva al decirse en el citado precepto que podrán ser hipotecados: la mera propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo como no se haya pactado lo contrario.

ROCA recoge la crítica al precepto relativa a que su ubicación sistemática es errónea, pues debería regularse la materia en el artículo 110 en vez del 107, posición que considera equivocada, «pues no se trata de una extensión objetiva, material o física de la hipoteca ni de ningún supuesto de subrogación real, ya que cuando el usufructo vuelva a reunirse con la propiedad todo lo más se produce una incrementación jurídica del derecho, pero no un aumento material de la finca gravada».

Cuando se hipoteca la nuda propiedad se está hipotecando el elemento esencial, de forma que cuando se consolida el usufructo con la nuda propiedad la hipoteca habida sobre esta parte del dominio se extiende al usu-

---

(24) A ello se refiere ROCA cuando dice que «las servidumbres prediales .. son elementos integrantes de la finca dominante a modo de extensión objetiva del dominio sobre la misma .. Esta no hipotecabilidad aislada de las servidumbres es, pues, una consecuencia de su carácter inseparable en relación con el predio dominante». ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 470

fructo, pues, tal como indica Roca, es «en la nuda propiedad y no en el usufructo en donde reside exclusivamente el centro o núcleo dominical, con fuerza para atraer cuantas facultades o derechos integrantes del dominio se separaron de él» (25).

#### IV. CONCLUSIONES

De lo dicho en el presente apartado relativo al objeto de la hipoteca y en base a los citados argumentos se pueden expresar las siguientes conclusiones:

1. Reivindicar la importancia y coherencia del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, de forma que debe considerarse como el precepto básico, artículo pórtilo, más bien, de todo el tema del objeto de la hipoteca. Así deberá superarse la doctrina tradicional que lo interpreta desde unos parámetros, a mi juicio, en ocasiones limitados y muchos de ellos superados. Se puede afirmar que el precepto comentado debe su contenido actual a una evolución histórica sobre la materia que lo situaba en un contexto sistemático que fue desapareciendo a lo largo de las sucesivas reformas hipotecarias.

2. Que el objeto de la hipoteca es doble: en primer lugar, el bien inmueble hipotecado (art. 106.1 de la LH) y, juntamente con éste, el derecho impuesto sobre el mismo (art. 106.2 de la LH). El primero forma el elemento físico y el segundo el elemento jurídico, ambos necesarios para que surja el derecho real de garantía. Que la importancia de deslindar ambos se encuentra en que no siempre se van a corresponder el elemento físico y el elemento jurídico, pues el objeto físico puede no comprender unos bienes como los objetos muebles, los frutos o las rentas o lo que pertenece al tercer poseedor y que, sin embargo, integran la titularidad jurídico real del que hipoteca.

3. Que el bien inmueble hipotecado es un concepto distinto al de finca y al de finca registral, más amplio que el de cualquiera de éstos a incluirse modalizados los cuatro tipos de bienes inmuebles regulados en el artículo 334 del Código Civil, los que lo son por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía. Este concepto de bien inmueble, específico de la hipoteca, contribuye a la afirmación de lo que se llamaba propiedad hipotecada como manifestación de la influencia que tiene la hipoteca sobre la configuración del derecho sobre el que se impone.

El bien inmueble hipotecado reviste unas características propias que en virtud del principio de determinación exige una descripción detallada del

---

(25) ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op cit.* págs 487 y sigs.

mismo, puesto que la inscripción en el derecho real de hipoteca juega un papel preponderante dado su carácter constitutivo y el ser el único medio de publicidad del derecho, de forma que los datos físicos de la finca tienen gran importancia para el derecho de la hipoteca, teniendo una eficacia de la que carecen otros derechos inscritos.

4. Que la extensión objetiva se produce sobre los dos elementos integrantes del objeto de la hipoteca, sobre el bien inmueble hipotecado y sobre los derechos, ya que también en éstos y por efecto de su propia naturaleza la hipoteca se extiende objetivamente a otro derecho, caso, por ejemplo, de la hipoteca de la mera propiedad sobre el usufructo o de la hipoteca de pisos en régimen de propiedad horizontal sobre el derecho de propiedad de los elementos anejos o sobre la copropiedad de las partes comunes del edificio o la hipoteca de un derecho real sobre el derecho de servidumbre predial. Sólo en estos casos cabe hablar de extensión objetiva del derecho hipotecado, diferenciándolo así de aquellos otros supuestos que no son propiamente extensión sino contenido jurídico del derecho hipotecado.

La sistemática utilizada por el legislador en este punto ha sido desafortunada, pues la extensión objetiva referida al bien inmueble hipotecado se encuentra recogida en los artículos 109 y siguientes, la de los derechos se encuentra regulada en los artículos 107 y 108, con lo que se rompe el orden establecido en el artículo 106 de la Ley.

JUAN M. LLOPIS GINER  
Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia  
Registrador de la Propiedad



# La idoneidad de los testigos en los testamentos

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: 1. PLANTEAMIENTO. 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—III. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AMBITO DE APLICACIÓN. 3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN. 4. EXAMEN PORMENORIZADO DE CADA UNA DE ELLAS. 5. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE INIDONEIDAD. 6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IDONEIDAD EN EL TESTAMENTO ABIERTO. 7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 682 Y 754 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. MOMENTO EN EL QUE EL TESTIGO HA DE SER IDONEO.—V. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DEL TESTIGO.

## I. INTRODUCCION

Ha sido común distinguir a los testigos «... como las personas que han de presenciar el acto de otorgamiento por disposición imperativa de la Ley» (1). Sin embargo, esta definición hoy necesita una adaptación a la legislación vigente y por ello creemos conveniente añadirle la frase: «o porque el testador o el Notario así lo soliciten». El profesor LACRUZ los ha definido como «... personas que consciente y voluntariamente presencian el acto del otorgamiento enterándose de él, y en el testamento sin Notario autorizante recogen o ayudan a recoger la expresión de la última voluntad, reduciéndola a escrito en ciertos casos y de ser posible» (2). Como «... aquellas personas hábiles que entran en el acto testamentario para acreditar o reforzar la existencia de un testamento o la identidad de quien lo hace» los ha considerado PUIG PEÑA (3). El Código Civil no nos proporcio-

---

(1) J PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Librería Bosch, Barcelona, 1977, pág. 52

(2) *Elementos de Derecho civil*, t. V, Librería Bosch, Barcelona, 1992, pág. 224.

(3) *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, Pirámide, Madrid, 1976, págs. 200.  
nota 1 bis

na un concepto de testigo testamentario, sí lo hace, en cambio, el Reglamento Notarial (4) en su artículo 180.2 al establecer que los testigos instrumentales son aquellos que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública —de un testamento, en nuestro caso—, sin olvidar que cumplen también otras funciones.

Todos estos conceptos nos llevan a distinguir, según el papel que desempeñan en relación al otorgamiento de los testamentos, varias clases de testigos:

— Testigos de conocimiento. Son los que conocen al testador (5) y a su vez son conocidos del mismo Notario (o persona que haga sus veces), circunstancia que determina su intervención en la tarea de identificación del otorgante por el Notario autorizante cuando éste no utilice, a estos efectos, los documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas, alternativa que le ofrece el artículo 685.1 del Código Civil. A esta función que le es propia alude el artículo 184 del Reglamento Notarial en relación a los testigos de conocimiento que intervienen en el otorgamiento de escrituras públicas.

— Testigos instrumentales. Presencian el acto del otorgamiento de los testamentos abierto y cerrado en los casos legalmente previstos (arts. 697.1.º y 2.º, 707.5.ºII, 716, 721, 722, 723 por remisión al 722 y 734 CC, este último también por remisión a las formalidades establecidas en las secciones 5.ª y 6.ª del capítulo I, título III, libro III, del CC) o cuando el Notario o el testador lo soliciten (arts. 697.3.º, 707.7.º y 734 CC). Los testigos de conocimiento pueden actuar a la vez como testigos instrumentales, tal y como ha sido recogido en el artículo 698.1.º del Código Civil, a la par que el artículo 2.º (6) de la Ley de 1 de abril de 1939 sobre intervención de testigos en la autorización de las escrituras públicas (7), hoy expresamente

(4) En materia testamentaria puede ser tenido en cuenta en virtud y en los términos de su artículo 143: «Los testamentos y actos de última voluntad se regirán, en cuanto a su forma y requisitos o solemnidades, por los preceptos de la legislación civil, acoplándose a los mismos la notarial como norma supletoria en todo cuanto no implique modificación de aquellos.»

(5) Según la STS 15-IV-1980, *RJA*, núm. 1418, en el Código Civil no se exige que el testador conozca ni a los testigos de conocimiento ni a los instrumentales.

(6) Su tenor literal era el siguiente: «En los testamentos intervendrán los testigos exigidos por la legislación vigente, pudiendo los instrumentales ser a la vez testigos de conocimiento. No será necesario que los testigos tengan vecindad o domicilio en el lugar del otorgamiento cuando aseguren que conocen al testador y el Notario conozca a éste y a aquellos.» Después de la reforma operada por la Ley 30/1991, su derogación es lógica. La del párrafo primero responde a la innecesariedad de la repetición de disposiciones de idéntico contenido en diferentes textos legales, siendo su sede propia el Código Civil en materia de formas testamentarias, la del segundo es coherente con la supresión del anterior número segundo del artículo 681 del Código Civil.

(7) Ley publicada en el *BOE* núm. 97, 7-IV-1939.

derogado (8) por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos (9).

— Testigos llamados a coautorizar el testamento. Misión atribuida a aquellos que reciben la declaración de última voluntad del testador cuando éste se halla en peligro inminente de muerte (art. 700 CC) o caso de epidemia (art. 701 CC), recogiénola por escrito si es posible o transmitiéndola verbalmente como la recuerden (art. 702 CC) (10). En este grupo pueden ser incluidos los testigos de los testamentos marítimo y militar extraordinarios (arts. 720 y 731 CC). Tendrán obligación de conocer al testador —por lo que actúan a la vez como testigos instrumentales y de conocimiento— y procurarán asegurarse de su capacidad (art. 685.II CC); además, en los tres meses siguientes al fallecimiento han de acudir al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública y se protocolice el correspondiente testamento abierto extraordinario en cuyo otorgamiento han intervenido (arts. 703 y 704 CC), obligación que con carácter general se impone para todos aquellos testamentos otorgados sin la intervención del Notario (11).

El profesor LACRUZ se preocupa en señalar, especialmente en relación a los testigos enumerados en segundo y tercer lugar, que «... el Código Civil no establece distinción en las calidades requeridas para intervenir como testigos en unos y otros testamentos pese a la gran diferencia y trascendencia de su papel; y al contrario —y por necesidad—, disminuye los requisitos

---

(8) Según L. M. Díez-PICAZO, *La derogación de las leyes*, 1ª ed., Cívitas, Madrid, 1990, págs. 107-122. «... la derogación expresa se caracteriza por consistir en una disposición *ad hoc* cuya finalidad directa es la producción del efecto derogatorio, así como el objeto al que se dirige dicho efecto derogatorio es un texto legal» Conceptúa, en consecuencia, el acto de derogación como una norma constitutiva porque no se limita a describir o enunciar algo, sino que además realiza por sí misma ese algo.

(9) Ley publicada en el BOE núm. 306, 23-XII-1991.

(10) En la STS 2-VII-1977, RJA, núm. 3256, se hace un análisis de las dos causas que pueden motivar la imposibilidad de plasmar por escrito los testamentos en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia: « Primera: Cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento o por no tener en tal acto los elementos necesarios para hacerlo, lo que no impide que los testigos con posterioridad, y con la mayor brevedad posible, consignent por escrito las manifestaciones que el testador les hizo y lo suscriban con su firma, y Segunda. Cuando los testigos no sepan escribir y entonces, al no poder consignar en esta forma, tendrán que conservar en la memoria las manifestaciones del testador hasta el momento de hacer su declaración ante el Juez para su elevación a escritura pública y protocolización... »

(11) En este sentido, véanse los artículos 1.938 y 1.943-1.955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Comparativamente el mismo criterio se adopta para el testamento ológrafo en los artículos 689 a 693 del Código Civil y para el testamento cerrado en el artículo 714 del Código Civil que se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 1.956-1.959).

que han de reunir los testigos en los testamentos de urgencia» (12). En estas «calidades» vamos a centrar el presente estudio, que trataremos a la luz de la legislación vigente en la materia.

## II. LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS

### 1. PLANTEAMIENTO

Hacía tiempo que no se retocaba, no diremos ya reformar, la regulación que el Código Civil hace del testamento notarial, pero la necesidad de una revisión actualizadora ha traído, por fin, la promulgación de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos que ha dado nueva redacción a los artículos 665, 681, 684, 685, 696, 697, 698, 699, 706, 707, 709, 710, 711 y 734 del Código Civil. Sin duda, a primera vista, constituye su novedad más sobresaliente la eliminación de la intervención obligatoria de los testigos instrumentales en el otorgamiento de los testamentos notariales ordinarios abierto y cerrado, así como en el otorgado en país extranjero conforme a la legislación española (art. 734 CC). Por esta razón el proyecto de Ley (13) presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados se tituló «Proyecto de Ley sobre supresión de los testigos en los testamentos», denominación que no conservó el texto definitivo de la Ley por la aceptación de la enmienda número dos presentada por ALVAREZ-AMANDI, portavoz del grupo parlamentario del CDS (14). Junto a la supresión de los testigos instrumentales con carácter general, se ha unificado y reducido su número, así como sus funciones. Se ha reducido su número porque al acto del otorgamiento del testamento abierto y cerrado ya no es necesario que concurren tres o cinco testigos idóneos, sino dos (arts. 697, 707.5.º2 y 7.º y 734 CC), como ya exigían los artículos 716, 720, 721 y 722 en materia de testamento militar y marítimo. En cambio, en los testamentos abiertos llamados excepcionales (arts. 700 y 701 CC) sigue siendo necesaria la presencia de cinco testigos idóneos o de tres respectivamente. Por otro lado, se han limitado sus funciones a la de presenciar la conformidad del testador con lo escrito en el testamento durante el acto de otorgamiento, si es abierto, o con lo

---

(12) *Derecho de sucesiones, Parte General, sucesión voluntaria*, Librería Bosch, Barcelona, 1971, págs. 361-362

(13) Publicado en el *BOCG* de 31 de mayo de 1991. IV legislatura, serie A, núm. 55-1.

(14) Las enmiendas al Proyecto de Ley se publicaron en el *BOCG* de 12 de septiembre de 1991, IV legislatura, serie A, núm. 55-5



escrito sobre la cubierta que contiene el llamado testamento cerrado, firmando junto al resto de los presentes en el acto (arts. 695.1 y 707.5.º CC), reforzando así su solemnidad y colaborando en la prueba de la existencia y contenido del testamento (15). Ya no han de procurar junto al Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, pues esta obligación sólo compete a este fedatario público, según parece, como un deber dada la expresión literal del artículo 685.1 del Código Civil (16). Esta supresión ha sido y será acogida favorablemente por la doctrina, pues «... cuando el Notario cree oportuno cerciorarse de la capacidad del testador acude a profesionales capacitados, como es el caso que recorta el artículo 665 del Código Civil» (17). Si bien siguen conservando esta función los testigos en los casos de los testamentos en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia, que, incluso, tendrán obligación de conocer al testador. Su participación, en consecuen-

---

(15) J. M. BLOCH RODRIGUEZ, *Los testigos en los testamentos notariales*, RDN, 1957, págs. 379-390, analiza partiendo de argumentos ofrecidos por la Psicología la función de los testigos como prueba de la existencia y contenido del testamento, estableciendo que «... el testimonio de una persona acerca de un acontecimiento cualquiera depende de cinco factores: a) del modo como se ha percibido dicho acontecimiento; b) del modo como lo ha conservado su memoria, c) del modo como es capaz de evocarlo, d) del modo como quiere expresarlo; e) del modo como puede expresarlo. » Con todo ello trata de demostrar la escasa importancia que tienen los testigos para una futura prueba del testamento desde el momento en que existen medios de prueba mucho mejores que el testifical. Sin embargo, aún en el artículo 280.4.ºd) del Reglamento Notarial se admite la declaración de los testigos como medio de prueba para la reconstrucción de los protocolos destruidos.

(16) La Ley 30/1991, de 20 de diciembre, ha recuperado en este párrafo primero —no en el segundo— la expresión «deberá asegurarse» —hoy sólo referida al Notario— que figuraba en la primera edición del Código Civil, para sustituir a la expresión «procurarán asegurarse». El sentido de una y otra según la doctrina del Tribunal Supremo —Sentencias de 25-III-1940, *RJA*, núm. 198; de 30-IX-1966, *RJA*, núm. 5095, y de 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788— es diferente la segunda, lejos de poseer el carácter imperativo de la primera, indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta. Pese a esta diferenciación terminológica el Tribunal Supremo realmente acaba configurando esta función del Notario como un auténtico deber (vid. la STS 21-VI-1986: «ese deber se cumple...»). En consecuencia, no creemos que el cambio de redacción vaya a exigir un celo mayor al Notario del empleado hasta ahora por ese fedatario público al asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, pues ni es un facultativo ni está obligado a recabar —salvo que se trate del testamento de un incapacitado (art. 665 CC)— el informe de un perito previo a su juicio en este sentido.

En cualquier caso, «la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario». STS 13-X-1990, *RJA*, núm. 7863.

(17) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. ALBALADEJO, t. IX, vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1990, pág. 294

cia, permanece activa en el otorgamiento, y prueba de este negocio jurídico *mortis causa* es la gran diferencia que presentan con el resto de los testigos que hace tiempo perdieron la significación de la que gozaron en nuestro Derecho histórico (18) al convertirse en una compañía del testador y del Notario que, a veces, incomodaba al primero y desconocía la suficiencia de la presencia del segundo. Todo esto ha motivado que su intervención no conserve claramente el valor de solemnidad esencial cuando aparezcan voluntariamente en el otorgamiento del testamento, acto eminentemente formal y solemne (19). Esto lo decimos a la vista de la siguiente afirmación de OSSORIO MORALES interpretada en sentido contrario: «Por su carácter de solemnidad esencial no ha tenido reflejo en materia de testamentos la tendencia a suprimir la obligada intervención de testigos...» (20). Ahora que ha tenido reflejo esa supresión, ¿siguen integrando la formalidad testamentaria los testigos voluntarios?

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Las razones que se han aducido para explicar la tardanza del legislador en prescindir de la presencia de los testigos en los testamentos, aunque contase con el precedente de la supresión de los mismos en los actos notariales *inter vivos* por la Ley de 1 de abril de 1939, suelen ser básicamente dos: la pereza legislativa y el hecho de que supondría —como ha supuesto— una mejor y más profunda reforma del Código Civil (21). En 1982 ya se contó con un proyecto de Ley sobre modificación de determi-

---

(18) Ya indicó BLOCH RODRÍGUEZ, *Los testigos en los testamentos notariales*, op. cit., págs. 377-378, que el aparato externo de los documentos y de los negocios jurídicos no tienen hoy el gran valor que tuvo en algunas épocas de la historia; por ello la solemnidad testifical es inadecuada a la índole del testamento y nula o de escaso valor. Dos son las razones que arguye la defensa de sus afirmaciones: «... 1) mal se coordina con el carácter íntimo del acto la presencia de unos testigos que se enteran de las cosas que no agrada al testador que se enteren; 2) el testamento produce, en muchos otorgantes, una sensación de nerviosismo, que aumenta cuanto mayores son las solemnidades del acto, y en este sentido hay que reconocer que no hay motivo alguno que aconseje se agrave aún más esta supresión...»

(19) Carácter aún resaltado por recientes sentencias del Tribunal Supremo STS 8-III-1975, *RJA*, núm. 986; STS 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788; STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695, STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892, y STS 25-IV-1991, *RJA*, núm. 3029, hasta el punto de que por ser la forma *ab substantiam* para que el testamento tenga existencia jurídica y produzca sus efectos ha de ajustarse rigurosamente a las solemnidades establecidas por la Ley, que además son ineludibles y no convalidables posteriormente.

(20) *Manual de sucesión testada*, Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 62.

(21) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 292.

nados artículos del Código Civil en materia de testamentos (22), pero han sido los derechos civiles autonómicos los que realmente han precedido al Código Civil en esta nueva configuración. Así, la Ley de 21 de mayo de 1985 (23) en su artículo 22 da una nueva redacción al artículo 90 de la Compilación de Aragón por la que se suprime en el testamento notarial otorgado en Aragón (24) la intervención de los testigos, salvo que expresamente lo requieran los testadores o el Notario autorizante. Esta misma línea se ha seguido más tarde por el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Parlamento catalán cuando en su artículo 107 estima que no será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial (25) salvo que concurran circunstancias especiales en el testador —porque sea ciego o completamente sordo, porque no sepa o no pueda firmar o porque no sepa o no pueda leer por sí el testamento— o que éste o el Notario lo soliciten. Fue el artículo 10 de la Ley 8/1990, de 28 de junio (26), el que redactó el artículo 52 de la Compilación balear que con carácter general excluye, como en los casos anteriores, la presencia de los testigos en los testamentos otorgados ante Notario, señalando cuatro excepciones: cuando el Notario no conoce al testador, cuando el testador sea ciego o enteramente sordo, cuando el testador no sepa o no pueda firmar y, finalmente, cuando el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador. Por último, a tenor del Código Civil, sólo intervendrán en los casos legalmente previstos —cuando en el testador concurren circunstancias excepcionales, por ejemplo, es sordo o mudo (art. 697.2.º CC), declara que no sabe o no puede firmar el testamento (arts. 697.1.º y 707.5.º CC), cuando como testigos de conocimiento participen en la identificación del testador (arts. 685.1 y 698.1.º CC)— o cuando el Notario o el testador voluntariamente soliciten su presencia (arts. 697.3.º y 707.7.º CC).

Esta uniformidad de criterios entre los derechos civiles autonómicos y el derecho del Código Civil en materia de intervención de testigos abre una

---

(22) Publicado en el *BOCG* de 26 de abril de 1982, I legislatura, serie A, núm. 264 I. Estaba compuesto exclusivamente de un artículo que proponía la reforma de los artículos 681, 685, 694, 695, 699, 706, 707, 710, 711, 734 y 735 del Código Civil. Podemos encontrar un examen de este articulado propuesto y su valoración general en M. FELIÚ REV. «Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de los testigos en los testamentos», *RCDI*, año LXVII, noviembre-diciembre 1991, núm. 607, págs. 2261-2284.

(23) Publicada en el *BOE* núm. 161, 6-VII-1985.

(24) En el testamento ante párroco aún es preceptiva la presencia de dos testigos que aseveren conocer al testador y éste a ellos, y sepan y puedan firmar (art. 91 I Compilación aragonesa).

(25) Sí, en cambio, en el testamento abierto otorgado ante párroco como en el caso aragonés (art. 117 Cód. Suc. cat.).

(26) Publicada en el *BOE* núm. 194, 14-VIII-1990.

vía para la evitación de conflictos entre los mismos aunque aún persistan diferencias en esta y otras cuestiones derivadas de las distintas formalidades y solemnidades testamentarias exigidas en cada uno de ellos (27).

Las anteriores referencias nos han servido para poner de manifiesto la gran incidencia que la reciente reforma ha tenido en el tema de la idoneidad de los testigos al perder importancia al igual que su presencia, con las excepciones de los siempre citados testamentos abiertos otorgados en circunstancias extraordinarias (arts. 700 y 701 CC) y testamentos especiales militar y marítimo (arts. 716.5, 720, 721, 722 y 731 CC).

### III. ANALISIS DE LAS CAUSAS DE INIDONEIDAD

#### 1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de idoneidad de los testigos se reitera a lo largo de los preceptos que en el Código Civil se dedican a la regulación de las formas testamentarias, así en los artículos 691, 697, 700, 707.5.º, 716.5 y 722.3 del Código Civil; sin embargo, ninguno de ellos ni otros similares nos ofrecen un concepto expreso de la misma, sí implícito. Aparece la idoneidad configurada por un conjunto de cualidades o circunstancias que han de concurrir en una persona física para que pueda ser considerada como testigo; será entonces testigo hábil o idóneo, en sentido negativo, aquel que no reúna las causas de inhabilidad enumeradas legalmente. Una primera aproximación a las mismas muestra cómo la capacidad requerida al testigo testamentario es más rigurosa que la exigida a los testigos medio de prueba y al propio testador. El artículo 1.246 del Código Civil permite ser testigos a los mudos, a los mayores de catorce años, a los ciegos y a los sordos en las cosas cuyo conocimiento no depende ni de la vista ni del oído, por ejemplo. La explicación de esta relajación en los testigos como medio de prueba podemos encontrarla en que éstos se limitan a manifestar su conocimiento de un hecho ya ocurrido y del que incluso pueden haber recibido noticia a través de terceras personas y no directamente. Y será el Juez el que en última instancia valore sus declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica (art. 1.248 CC, por remisión al art. 659 LEC); sin embargo, el testigo testamentario no es sólo medio de

---

(27) Diferencias cuya existencia es posible si partimos del propio texto constitucional, que en su artículo 149.1 8.º si bien reconoce competencia exclusiva al Estado en legislación civil, permite que la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, se lleve a cabo por las Comunidades Autónomas, que para hacer efectiva esta competencia han de asumirla expresamente a través de sus correspondientes Estatutos de Autonomía.

prueba (28) de lo acaecido en el acto del otorgamiento, sino requisito especial para la validez y eficacia del testamento. En relación con el testador, el artículo 663 del Código Civil permite testar —salvo en el testamento ológrafo— al mayor de catorce años, que, paradójicamente, no podrá ser testigo de un acto que, en principio, no va a traerle ningún perjuicio; en este caso la diferencia de tratamiento entre el testador y el testigo ha de buscarse en el carácter de acto personalísimo que tiene el testamento, no admite representación y el carácter intercambiable de la persona del testigo (29), lo que se confirma al no exigirse que los testigos sean rogados, es decir, convocados expresamente al acto del otorgamiento (30).

El Código Civil no detalla a quién corresponde la designación de los testigos en el caso de que intervengan; sí lo hace, por ejemplo, el artículo 684 del Código Civil en materia de testamentos otorgados en lengua extranjera o que el Notario no conoce para la elección del intérprete. Ante esta laguna legal la doctrina, así LACRUZ (31), acude al artículo 183 del Reglamento Notarial, que aunque en estos actos *inter vivos* establece que los testigos instrumentales serán designados por los otorgantes, en su defecto por el Notario, el cual podrá oponerse a que lo sean determinadas personas, sólo cuando el otorgante fuese ciego o sordo —determina el párrafo segundo del citado precepto— deberá designar por lo menos uno de los testigos. En algunos casos, más que de designación podríamos hablar de aceptación, pues en los excepcionales supuestos que contemplan los artículos 700 y 701 del Código Civil no será infrecuente que de modo voluntario una persona se ofrezca como testigo al testador dada la urgencia de la situación. No es, en suma, un asunto que genere demasiados problemas; es más importante que el Notario consigne en el instrumento público que contiene el testamento quiénes son las personas que han intervenido como testigos idóneos para que así queden identificadas básicamente a través de sus nombres y apellidos (32), pues aquellos que aun estando presentes en

---

(28) Sin embargo, para X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Eder-sa, Madrid, 1990, pág. 135, los testigos en los testamentos notariales no tienen una función probatoria, sino que son instrumentos de publicidad, pues el otorgamiento es presenciado y conocido por otros. En este mismo sentido se pronuncian Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 361.

(29) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. VI: «Derecho de sucesiones», vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 412.

(30) El requisito de la rogación fue suprimido por la Ley Única, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, y posteriormente no ha sido mencionado por el Código Civil, cuya tendencia es simplificadora. Sin embargo, el Fuero Nuevo de Navarra en la Ley 185 exige que los testigos sean rogados en los testamentos allí otorgados.

(31) *Elementos de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 224.

(32) M. AMERO DELGADO, *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 136, se refiere a la forma de consignar la intervención de los testigos testamentarios: «En el

el acto del otorgamiento no consten como testigos, pese a reunir los requisitos de capacidad correspondiente, no serán tenidos en consideración de tales si los concurrentes en calidad de testigos carecen de ellos. Sólo es testigo el que interviene en tal calidad y además es idóneo. No tiene el Notario que constatar que, a su juicio, tienen la capacidad legal suficiente ni tampoco que los ha identificado debidamente, como en el caso del testador (arts. 685 y 696 CC). No obstante, la responsabilidad que se le puede exigir por su malicia, ignorancia o negligencia inexcusables (arts. 705 y 715 CC) actuará como estimulante para que traten de cerciorarse de la idoneidad del testigo (33).

En ocasiones la doctrina ha criticado duramente la configuración legal de la incapacidad o inhabilidad para ser testigo en el otorgamiento del testamento. Quizá porque ninguna de las causas que la generan se preocupan por asegurar que el testigo tenga un nivel cultural y de inteligencia suficiente que le conduzca a entender la entidad del acto en el que participa, quizá porque con frecuencia ha sido fuente de nulidad de los testamentos (34). Lo cierto es que el legislador las sigue contemplando y no puede obviarse, claro está que al ser recogidas en normas prohibitivas habrán de ser objeto de una interpretación restrictiva; de este modo será más económico prescindir del testigo dudoso antes que contar con él y arriesgarse a sufrir futuras impugnaciones que propicien la nulidad del testamento aunque

---

testamento se reflejarán todos los datos referentes a la intervención y presencia de los testigos instrumentales, que son: su nombre y apellidos, edad, estado, profesión y vecindad, aunque en la práctica es frecuente prescindir de los datos de estado y profesión, su manifestación de no incurrir en incapacidad, de ver, oír y entender al testador... y, por fin, el hecho de su firma.» Por lo que hemos comprobado, los Notarios hacen referencia, escuetamente, en el instrumento al nombre y dos apellidos de los testigos, a la afirmación de éstos sobre su mayoría de edad e idoneidad de modo genérico, a si intervienen como testigos de conocimiento o/y instrumentales; después firman.

(33) Sólo es responsable el Notario si el defecto de forma, por ejemplo, la inhabilidad del testigo, se debe a su malicia, negligencia o ignorancia inexcusables. Se elimina el deber de demandarlo cuando la causa de la pretendida nulidad del testamento no aparece directamente relacionada con la conducta de este fedatario sin perjuicio del ejercicio separado de las acciones que pudiesen corresponder en este supuesto. Reiteradamente la jurisprudencia ha venido inadmitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. en concreto en los casos de nulidad de testamentos abiertos, por defectos en las solemnidades establecidas cuando no se demanda a los fedatarios autorizantes (SSTS de 15-III-1951, *RJA*, núm. 997; de 22-X-1974, *RJA*, núm. 3899, de 10-XI-1979, *RJA*, núm. 4655, y de 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695. Sin embargo, la inadmisión de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no es obstáculo a la intervención del Notario como coadyuvante —no como parte— en el proceso para sostener y apoyar las pretensiones de una de las partes, normalmente de la que sostiene la validez del testamento, en función de las ventajas que el mismo le reportará que éstas prosperen, de suceder así no se vería incurso en un posible proceso posterior para depurar su responsabilidad (STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892)

(34) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de sucesiones*, op. cit., pág. 362.

haya sido reflejo fiel de la voluntad del testador. Estas causas son recogidas en el artículo 681 del Código Civil.

No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo: Los ciegos y totalmente sordos o mudos.

Tercero: Los que no entienden el idioma del testador.

Cuarto: Los que no están en su sano juicio.

Quinto: El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.»

Antes de la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dicho precepto estaba formado por siete números; el segundo exigía la domiciliación de los testigos en el lugar del otorgamiento a no ser que asegurasen conocer al testador y el Notario conociese a éste y a aquéllos y en los casos exceptuados por la Ley, supuestos que se reducían al testamento hecho en el extranjero (art. 734 CC), en el que expresamente se dispensaba de tal requisito. Sin embargo, en otros testamentos también era difícil encontrar testigos que reunieran tal cualidad y, sin embargo, no estaban exceptuados expresamente; así en el testamento militar (arts. 716 y 720 CC), testamento marítimo (art. 722 CC) y otorgado en inminente peligro de muerte (art. 701 CC) (35). Es fácil imaginar que las opiniones doctrinales eran muy variadas y no siempre coincidentes con la jurisprudencia; además, no existía una clara justificación del precepto y menos aún si tenemos en cuenta que es suficiente para identificar hoy a una persona el documento nacional de identidad o documento equivalente. El número sexto excluía a los condenados por delito de falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, circunstancia que hacía presumir la falta de veracidad y fidedignidad del testigo (36). Sin embargo, la idea de la probidad e imparcialidad del testigo en estos términos sigue latiendo en materia de tacha de testigos (art. 660.4.º LEC), inhabilidad del testigo en las escrituras públicas (art. 182.5 RN) y en el Código de Derecho de Sucesiones catalán al prohibir ser testigos a los condenados por delitos de falsificación de documentos, calumnias o falso testimonio (art. 108.3.º).

---

(35) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Reus, Madrid, 1951, pág. 57.

(36) M. ALBALADEJO, «Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991», *Actualidad Civil*, núm. 24, semana 15, 21-VI-1992, pág. 357. Valora negativamente el suprimido precepto «.. era un precepto puramente testimonial, habiendo, por supuesto, muchas más personas no dignas de fiar, autores de otros delitos o aun sin delito, y, por supuesto, aparte de haber sido condenadas o no, de modo que reducir la inidoneidad a los condenados y precisamente por falsificación o falso testimonio sólo, era bastante inocente...»

Debido a estas supresiones, el artículo 681 del Código Civil consta ahora de cinco números; el último es el único cuya redacción ha sido modificada: el cónyuge aparece en primer lugar y las expresiones «oficiales, auxiliares, copistas, subalternos y criados» han sido sustituidas por la única de: «relación de trabajo».

En poco difiere del texto ofrecido por el Proyecto de Ley de 1982, compuesto por seis números; el quinto excluía a los que estuvieran sufriendo pena de interdicción civil, pero de haber llegado a ser Ley habría sido suprimido por la Ley 8/1984, de 31 de marzo, de modificación de determinados artículos del Código Civil (37), y en vez de hablar en su número sexto de «relación de trabajo» se refería a los «empleados», anteponiéndolos a la palabra «cónyuge», lo cual, quizá, sólo sea una cuestión de estilo. En lo demás, ambos presentan idéntica redacción y estructura.

## 2. AMBITO DE APLICACIÓN

Es una de las cuestiones debatidas tradicionalmente por la doctrina que habría quedado resuelta en parte si el legislador en el último párrafo del artículo 681 del Código Civil hubiese introducido la precisión que en este punto contiene el artículo 108 del Código de Derecho de Sucesiones catalán: «Estas prohibiciones se aplicarán también a los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en el testamento.»

La primera cuestión que plantea este precepto es la de si rige para los testigos de conocimiento al igual que para los testigos instrumentales. Díez-PICAZO y GULLÓN, como criterio general, entienden aplicables las mismas prohibiciones e incapacidades a ambos tipos de testigos, si bien distinguiendo en el artículo 681 los supuestos en los que se haya el peligro que quiere evitar el legislador, los cuales serían aplicables. En tal sentido consideran solamente el número tres como no aplicable. De no ser así, es decir, de utilizar distintos criterios valorativos de la idoneidad de estos testigos, llegaríamos a la situación absurda de tener que aceptar como idóneo a un testigo de conocimiento que, en idénticas circunstancias, no podría actuar como testigo instrumental (38).

Aceptando la opinión de estos autores, GONZÁLEZ PORRAS (39) va más allá y ofrece otra razón que —en su opinión— hace inexcusable la aplicación de todas las circunstancias —salvo la relativa a la edad en el caso del

---

(37) BOE núm. 80, 3 abril de 1984

(38) *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 363.

(39) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, págs. 299-300



artículo 701 CC— del artículo 681 del Código Civil a los testigos de conocimiento: la importancia que tiene su actuación cuando son requeridos.

A esta postura, como vemos mayoritaria, se adhiere TORRES GARCÍA (40) al sostener que los requisitos exigidos por el artículo 681 del Código Civil se aplican a todo testigo que intervenga en el otorgamiento del testamento con independencia de su función. Hasta tal punto esto es así que aquellas inhabilidades que no sean aplicables a los testigos instrumentales por razón del tipo de testamento en que intervienen tampoco serán aplicables a los testigos de conocimiento que intervengan en estas mismas circunstancias. Nos estamos refiriendo no sólo a la excepción de edad del número primero del artículo 681 del Código Civil, sino también a la inidoneidad de parentesco y relación de trabajo consagrada en el número cinco del citado precepto, pues tradicionalmente ha sido considerada como una incapacidad relativa para testificar que bajo ningún concepto regirá para los testigos que intervengan en los testamentos en tiempo de epidemia o en inminente peligro de muerte al no ser autorizados por Notario.

En segundo lugar, se plantea si el ámbito de aplicación del artículo 681 también se extiende al intérprete y facultativos que eventualmente intervengan en el otorgamiento. En cuanto al intérprete (art. 684 CC) que concurre al acto del otorgamiento (art. 698.2.º CC) le son de aplicación las mismas normas que a los testigos instrumentales porque no han de estar interesados en las disposiciones testamentarias (41) y por la importancia de su función (42). Lo mismo puede decirse respecto a los facultativos (art. 665 CC) concurrentes (art. 698.3.º CC) para asegurar su imparcialidad.

El artículo 681 del Código Civil no se aplica a los tres testigos idóneos que participan en el cotejo de la letra y firma del testador en materia de testamento ológrafo (art. 691 CC), pues la calificación de su idoneidad vendrá fijada por los artículos 1.245 a 1.247 del Código Civil, ya que su intervención es posterior al otorgamiento del testamento en un momento en que el testador ya no existe. En suma, su inidoneidad no es la de los testigos que intervienen en el otorgamiento de los testamentos porque sólo son medio de prueba en una fase del proceso de elevación a escritura pública y protocolización del testamento ológrafo (43).

---

(40) *Comentarios al Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 3031.

(41) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op cit., t. IX, vol. 1.º, págs. 300-301.

(42) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op cit., t. IV, pág. 364 concretamente le serían aplicables los números 2.º (totalmente sordos), 4.º y 5.º del artículo 681.

(43) T. TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977, págs. 405-410.

### 3. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

A efectos puramente pedagógicos y atendiendo a varios criterios, la doctrina suele clasificar las causas de inidoneidad. OSSORIO MORALES (44) las agrupa en incapacidades y prohibiciones. Las primeras afectan a la aptitud personal del sujeto; son, por ejemplo, la falta de madurez, de desarrollo psíquico o físico. Las segundas inhabilitan para ser testigo a determinadas personas; por ejemplo, por su relación de parentesco con el Notario autorizante. La mayoría de la doctrina (45), utilizando una terminología en parte diferente a la anterior, habla de incapacidades absolutas y relativas, siendo las primeras las que inhabilitan a una persona para intervenir en cualquier testamento; las segundas, sólo en aquellos en que concurran determinadas circunstancias. Serán consideradas entonces incapacidades absolutas las contenidas en los números primero, segundo y cuarto del artículo 681 del Código Civil, relativas las de los números tercero y quinto.

En cuanto a su finalidad, unas tratan de responder a la necesidad de que el testigo reúna la capacidad intelectual y física suficiente (números primero, segundo, tercero y cuarto del art. 681 CC) y otras tratan de asegurar su imparcialidad (número quinto del art. 681, que se sitúa en la misma línea que el art. 682 dirigido especialmente al testamento abierto).

### 4. EXAMEN PORMENORIZADO DE CADA UNA DE ELLAS

Para comenzar el desarrollo del artículo 681 del Código Civil el legislador ha elegido una oración imperativa negativa, «no podrán ser testigos en los testamentos», criticada por no ser del todo exacta ya que cualquiera puede ser testigo; otra cosa es que no deba serlo. Serán capaces todos los no especialmente excluidos por la Ley y siendo la regla general la capacidad de las personas corresponde la demostración de la incapacidad del testigo a quien impugne la validez del testamento.

Primero: Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Pretendiendo una mejora técnica en la redacción del precepto en su totalidad, ROCA JUNYET, portavoz del grupo parlamentario catalán (CIU), presentó la enmienda número 19 al Proyecto de Ley ante el Congreso de

---

(44) *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 63

(45) Citamos, entre otros, a C. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, Valladolid, 1926, pág. 69; a M. ARMERO DELGADO, *Testamentos y participaciones*, op. cit., pág. 128, a J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, op. cit., t. VI, vol. II, págs. 54-55, y a X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, págs. 136-137

los Diputados que incluía en este número primero, junto a los menores de edad a los incapacitados para testar, lo cual es una remisión implícita al artículo 663.2 del Código Civil, suprimiendo el número cuarto del actual artículo 681, al igual que hace el artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán —en realidad el artículo catalán y el propuesto son prácticamente iguales en su redacción por referirse a situaciones que afectan a la capacidad—. Finalmente no prosperó.

Para ser testigo, por tanto, se requiere ser mayor de edad. La mayoría de edad es una cuestión a determinar conforme a la legislación vigente en cada momento; así antes de 1978 se alcanzaba al cumplir los veintiún años, ahora a los dieciocho en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución española y, conforme a él, en el artículo 315 del Código Civil. Su cómputo se efectuará incluyendo completo el día del nacimiento (art. 315.2 CC). Si el testigo es extranjero pero realiza la función que le es propia a éste conforme a la ley española, habrá de estarse a su correspondiente ley personal —que vendrá determinada por su nacionalidad— para fijar cuándo se entiende mayor de edad (art. 9.1 CC).

El artículo 681.1.º se aparta de los precedentes romanos y españoles en los que una persona era capaz para ser testigo al llegar a la pubertad, es decir, a los catorce años (46), edad que se ha mantenido en la capacidad para testar (art. 663.1.º CC), pues, salvo en el caso del testamento ológrafo (art. 688 CC), es suficiente que el otorgante tenga catorce años. Esta diferencia de tratamiento resulta curiosa, porque, por un lado, se permite testar al mayor de catorce años y disponer así de sus bienes y derechos para después de la muerte, y, por otro, no se le permite ser testigo en el acto de otorgamiento del testamento de otra persona. Ello nos da una idea del papel que para el Código Civil desempeña el testigo y su trascendencia en el otorgamiento, también de la consideración del testamento como un negocio jurídico que produce sus efectos en un futuro, después de la muerte del testador (art. 667 CC), no perjudicando en el presente los intereses del mismo, que puede revocarlo en cualquier momento mientras viva (arts. 737 y sigs. del CC). Sin embargo, parte de la doctrina (47) estima que el legislador debió fijar una edad común para testar y testificar, subiendo la edad para la testamentación y reduciendo la edad exigida para ser testigo.

Dos son las cuestiones que suelen plantearse en el campo de la interpretación de este apartado si los menores de edad emancipados o habilitados de edad (arts. 314 y 321 CC) pueden ser testigos; si, no obstante lo anterior, el requisito de la mayor edad puede interpretarse flexiblemente. En relación

---

(46) La compilación navarra conserva aún la terminología tradicional de púber e impúber para referirse a los mayores de catorce años en las leyes 50 y 184.

(47) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español.*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 56

a la primera han surgido en la doctrina dos corrientes opuestas. Para un sector la expresión «menor de edad» no incluye a los emancipados ni habilitados de edad y se pronuncian por su capacidad, arguyendo razones como las siguientes:

— El Reglamento Notarial los considera en su artículo 181.1 capaces para ser testigos instrumentales en los documentos *inter vivos* (48).

— La emancipación los habilita para regir su persona y bienes como si fueran mayores (art. 323 CC). Esta idea llevó a pensar a ARMERO DELGADO que como toda limitación debe interpretarse restrictivamente, el menor emancipado o habilitado de edad debe considerarse capaz en este supuesto (49). En esta línea, se dice que tienen la madurez psíquica suficiente para la misión propia del testigo (50) (51).

La segunda corriente es la mayoritaria. Procede a una interpretación literal de la ley que claramente pide la mayoría de edad. Por esta razón ALBALADEJO (52) rechaza la aplicación analógica del artículo 181.1 del Reglamento Notarial, pues en el artículo 681.1.º ni se trata de documentos *inter vivos* ni, aunque se tratase, el Reglamento podría modificar el Código. Como en cualquier caso siguen siendo menores (53) y se trata de un precepto de índole restrictiva, de carácter taxativo y de condición formal, no se puede aplicar por analogía la doctrina de la emancipación o de la habilitación de edad (54). Esto no quiere decir que no fuera deseable excluir de

---

(48) F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, t. V, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 131.

(49) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 129. Añade que «a pesar del fundamento de esta opinión, dado el carácter exageradamente formalista que la Ley y la jurisprudencia exigen en el cumplimiento de los requisitos del testamento, ante el temor de incurrir en un defecto que pueda acarrear su nulidad, resulta en la práctica preferible y aconsejable prescindir de los emancipados como testigos, exigiendo siempre en éstos la plena mayoría de edad».

(50) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 362.

(51) N. PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 258. Concreta aún más las anteriores afirmaciones sobre la capacidad del menor emancipado: el legislador en el artículo 688 del Código Civil y en aquellas otras normas que, como el artículo 681.1.º del Código Civil, utilizan la expresión «mayoría de edad», por lo que plantean dudas acerca de si en ellas está inserto o no el menor emancipado, no fija una cifra concreta —como lo hace el art. 663 CC al establecer la edad de 14 años—; ello le lleva a entender la mayoría de edad no como requisito de edad, sino de capacidad vinculado con el estado civil; en este caso sostiene que debe entenderse que el emancipado está equiparado al mayor de edad (art. 323 CC) y ha de darse por supuesto que la emancipación se concede precisamente en función del grado de discernimiento y madurez de la persona.

(52) *Curso de Derecho civil*, t. V, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 211.

(53) J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 64.

(54) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. I, págs. 3033-3034.

tal incapacidad a los emancipados y habilitados de edad en esta materia que, en principio, no parece que pueda acarrearles consecuencias gravosas que justifiquen una mayor protección a sus intereses. *De lege ferenda* ya pedía PUIG PEÑA (55) la validez de la intervención del menor emancipado, recordando en su apoyo la famosísima Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 (56). *De lege data* el testigo ha de ser mayor de dieciocho años salvo en el testamento en tiempo de epidemia (art. 701 CC) —límite que LACRUZ (57) considera extensible a los testigos de los testamentos referidos en los arts. 720 y 731 CC—, en el que basta con que sea mayor de dieciséis años. Esta cuestión no estaba clara antes de 1978, cuando se era mayor de edad al cumplir los veintiún años (58) y la emancipación se podía obtener a partir de los dieciocho años por regla general (59), pues la inclusión de los menores de edad emancipados entre las personas hábiles para ser testigos testamentarios no dejaba sin sentido la excepción del artículo 681.1.º que permite ser testigos a los mayores de dieciséis años en el testamento en caso de epidemia. Pero ahora que la edad mínima para la emancipación y habilitación de edad es la de dieciséis años —con excepción de la emancipación por matrimonio (art. 48.2 CC)— como se desprende de los artículos 317, 319, 320 y 321 del Código Civil, no considerar al menor de edad como menor de dieciocho años nos llevaría a prescindir de la excepción recogida en el presente número; sin embargo, el hecho de que el legislador civil no la haya suprimido aprovechando la reforma operada por la Ley 30/1991 nos parece una circunstancia bastante significativa al respecto, como también lo es el que cuando en el Código Civil se quiere distinguir la menor de edad emancipado del mayor de edad se haga expresamente, citemos como muestra, siguiendo al igual que en la anterior argu-

---

(55) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 203

(56) Jurisprudencia civil, núm. 79, págs. 371-376

(57) *Elementos de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 225.

(58) Por indicación de la base 8 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988, la edad de 23 años fue la fijada para la obtención de la mayoría de edad en la redacción originaria del Código Civil. Por Ley de 13 de diciembre de 1943 se rebaja hasta los 21 años cumplidos, pero esta reforma no se incluyó en el texto del Código Civil hasta que la Ley de 22 de julio de 1972 dio nueva redacción al artículo 320 del Código Civil, aunque ya estaba en vigor desde el 1 de enero de 1944. Antes de la entrada en vigor de la Constitución española, el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, dispuso en su artículo 1 que «la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los 18 años cumplidos». Por último, con motivo de la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981 el contenido del artículo 320.1 pasa al artículo 315.1 del Código Civil.

(59) T. TORRES GARCÍA, *El testamento ológrafo*, op. cit., pág. 199, nota 149, indica que el emancipado por matrimonio podría serlo aunque fuese menor de 18 años, así se podía distinguir entre el casado menor de 18 años y el mayor de edad, ambos menores de 21 años, lo cual era importante en orden a los distintos efectos jurídicos que estas diversas formas de emancipación por matrimonio producían.

mentación a TORRES GARCIA (60), los artículos 20.2.c) y 21.3.a) del Código Civil en materia de nacionalidad.

Abordando ahora la segunda cuestión planteada, hemos encontrado junto con toda la doctrina una sentencia del Tribunal Supremo en la que de modo excepcional, dadas las particularidades del supuesto, el requisito de la mayor edad fue interpretado flexiblemente. Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 sobre el otorgamiento de un testamento en inminente peligro de muerte ante cinco testigos, uno de los cuales tenía veintidós años y cinco meses, es decir, no era mayor de edad por no haber cumplido los veintitrés años; sin embargo, en la opinión común era tenido por mayor, pues figuraba como testigo en instrumentos públicos, tenía cédula de vecindad y derecho electoral y había sido nombrado protutor en un testamento. Semejante posesión de estado determinó la validez del testamento, pues parafraseando a GARCÍA GOYENA (61), parece que «... nada puede objetarse al testador que ignoró lo que todos ignoraron y creyó lo que todos creyeron: por toda parte en caso de duda ha de estarse por la subsistencia de las últimas voluntades, cuya interpretación ha de ser lata, benigna y favorable».

La Compilación aragonesa no incluye un listado —ni siquiera por vía de remisión como la tiene la balear en su art. 52— de causas de incapacidad de los testigos testamentarios; como derecho supletorio respecto a los testigos del testamento ante sacerdote se ha venido aplicando en esta materia el Código Civil, pero con matizaciones; una de ellas es preciso formularla en este punto, pues cuando contraen matrimonio los menores de edad en Aragón tienen la consideración de mayores (art. 4 Comp. aragonesa) y pueden intervenir como testigos. Por el contrario, el artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán sí contemplaba expresamente la minoría de edad como causa de incapacidad del testigo sin incluir ningún tipo de excepción al respecto.

Segundo: Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.

La enmienda tercera presentada por el grupo parlamentario del CDS al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados proponía sustituir la citada redacción por la siguiente: «No podrán ser testigos en los testamentos... Segundo: los discapacitados cuyas minusvalías impidan cumplir con tal cometido». A pesar de la utilización de una palabra tan infrecuente como la de «discapacitados», nos parece loable la intención que justifica esta enmienda: no excluir de la función testifical al sordo, al mudo o al ciego

---

(60) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. I, págs. 3033-3034.

(61) *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Cometa. Zaragoza, 1974, pág. 319

salvo que estas deficiencias físicas les impidieran desempeñarla (62). Así evitaríamos los problemas de la actual redacción, pero no los nuevos que podrían surgir al tener que precisar el alcance de la minusvalía en cada caso concreto.

Centrándonos en el texto vigente, parece lógica inicialmente tal incapacidad si el Código Civil exige que los testigos vean y entiendan al testador (arts. 679 y 680 CC, no el 694 en el que ahora se ha suprimido esa referencia). Estas deficiencias físicas sólo serán causa de incapacitación en el sentido del tomo IX, libro I del Código Civil redactado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, cuando tengan carácter persistente e impidan a la persona sorda, muda o ciega gobernarse por sí misma (art. 200 CC); y para hacerlas valer es necesario que así se proclame en la correspondiente sentencia de incapacitación (art. 199 CC).

El adverbio «totalmente» ha hecho dudar a la doctrina en cuanto a su alcance. En primer lugar, ha habido autores, como ARMERO DELGADO (63) y GONZÁLEZ PORRAS (64), que han sostenido que es aplicable a todos los defectos enumerados, pues es suficiente que tales sentidos se puedan utilizar aunque con graves dificultades si el testigo queda enterado y puede cumplir su función. Esta interpretación no se corresponde con la literalidad del precepto en el que «totalmente» sólo precede a «sordos y mudos». Según ella, el ciego, con independencia de su grado de ceguera, estará impedido para la labor testifical. Es cierto que si no ve al testador ni, por ejemplo, el pliego que contiene el testamento cerrado, podrían producirse suplantaciones que difícilmente percibiría y que justifican esta prohibición legal, peligros que también justifican la concurrencia de dos testigos idóneos con carácter obligatorio en el otorgamiento del testamento notarial abierto por estas personas (art. 697.2.º CC), así como la prohibición a la que están sometidas de otorgar testamento cerrado (art. 708 CC). GONZÁLEZ PORRAS (65) no descartaba, antes de la reforma, que en un futuro se les permitiese ser testigos utilizando los adelantos que la técnica les ofrece para paliar esta deficiencia física. Hoy por hoy no se vislumbra ningún cambio y esta prohibición sigue siendo la menos discutida de las recogidas en este

---

(62) M. ALBALADEJO, *Algunos extremos de la regulación de los testamentos..*, op. cit., pág. 357, califica de falso el planteamiento de la enmienda. «... porque lo que ocurre es que siendo posible elegir testigos normales, la Ley ha querido excluir de serlo a quienes por un defecto parten ya de dar lugar a alguna irregularidad o riesgo en la testificación, al que se ha considerado preferible no admitir por los problemas que, por lo menos eventualmente, pueda plantear el otorgamiento o posteriormente.

(63) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 130.

(64) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 312.

(65) *Ibid*, pág. 313

número; ya dijo PUIG PEÑA (66) que «... la incapacidad del ciego es patente; ningún comentarista la discute; no puede ver al testador ni darse cuenta del documento que ha de firmar...»

En segundo lugar, al referir la Ley «totalmente» a sordos y mudos, *sensu contrario* se está queriendo significar que cuando no padezcan estas deficiencias físicas con carácter absoluto no podrán predicarse de ellos esta incapacidad. De este modo, si el sordo oye algo, bien sea porque se le habla con alta voz o porque utiliza aparatos acústicos que le permiten llegar a la inteligencia de lo que se le dice, será idóneo como testigo. No obstante, el sordo en materia de *testamentifactio* activa recibe un tratamiento más benigno, el artículo 697.2.º del Código Civil; interpretado también en sentido contrario, permite al testador enteramente sordo, que sabe o puede leer, otorgar testamento notarial abierto sin la concurrencia de dos testigos idóneos con carácter obligatorio. En el campo de los actos *inter vivos* ha podido otorgar escrituras públicas el privado del oído que no sabe leer ni escribir, pero sí comunicarse a través de personas peritas en el lenguaje especial de los sordomudos (67). Esto nos ha llevado a pensar en la conveniencia de permitir ser testigo a la persona enteramente sorda que por los movimientos de los labios o por gestos entiende lo que se le dice, más aún si incluso sabe leer y escribir. Planteamos especialmente si quien sabe escribir y puede recoger de este modo la declaración de voluntad del testador que a él le llega por el sentido de la vista podría ser testigo en los casos que contemplan los artículos 700, 701, 720 y 731 del Código Civil. No se explica satisfactoriamente, en opinión de SÁNCHEZ ROMÁN (68), que coloque la Ley en el mismo grado de incapacidad absoluta al sordo y al mudo, y con más razón al sordomudo, al que ni siquiera menciona; por este motivo considera que «totalmente» debe referirse sólo a los dos primeros.

Ahorrando así muchas disquisiciones y acogiendo las sugerencias doctrinales, el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte catalán en su artículo 108.2.º refiere «totalmente» a sordos y ciegos de modo exclusivo. Por todo lo dicho, no resulta entonces extraño comprobar que la doctrina siempre ha discutido la incapacidad del mudo, pues «no se alcanza en qué perjudica la mudez a la actuación de un testigo, sobre todo ahora que su actuación es más pasiva que antes, ya que no tiene que identificar al testador ni emitir juicio de capacidad (69). Sin embargo, como

---

(66) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 204.

(67) Aparece consagrado en dos importantes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. la de 16-X-1974, *BOMJ*, núm. 104, año XXVIII, y la de 31-VIII-1987, *BOJM*, núm. 1470, año XLI.

(68) *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, Madrid, 1910, pág. 410

(69) Díez GÓMEZ, «La supresión de los testigos en los testamentos», *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 1992, pág. 47



ya se ha señalado, la persona totalmente muda, sin distinción, no es idónea. Trasladando aquí los argumentos que, a nuestro entender, justificarían la capacidad del sordo aunque no oyese en absoluto, diremos que aquellos mudos que supiesen leer o escribir o que mostrasen su conocimiento por signos o gestos deben en este punto ser distinguidos de los que no poseen estas cualidades y ser reconocidos como aptos para la labor testifical. Este es el criterio que ha sido seguido por el Código de Derecho de Sucesiones por causa de muerte catalán en su artículo 108.2.º —cuyo contenido coincide con el propio de la enmienda número 19 al Proyecto de Ley de 1991— al permitir ser testigo en el testamento al mudo que pueda escribir. Y esta es la dirección que se plasma en el artículo 709 del Código Civil cuando concede la posibilidad de otorgar testamento cerrado al que no puede expresarse verbalmente, pero sí escribir.

En congruencia con lo anterior que hemos expuesto, el artículo 1.246.2.º del Código Civil declara inhábiles por incapacidad natural a los sordos y ciegos en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído, pero no establece un supuesto general de incapacidad. Una vez más refleja la diferente función que han de cumplir los testigos testamentarios cuando es necesaria su presencia —requisito *ad solemnitatem* de un acto formal— y los testigos medio de prueba, así como lo reacio que se muestra el legislador a reconocer la capacidad de estas personas, que salvo esas deficiencias pueden ser perfectamente normales quedando enteradas de los hechos que presencian, cuando saben comunicarse con el mundo exterior y tienen determinada preparación cultural —por saber leer o escribir—, mejor que otras que no adolecen de tales defectos.

Tercero: Los que no entienden el idioma del testador.

Exigencia lógica si tenemos en cuenta los conceptos legales de los testamentos notariales abierto y cerrado que nos ofrecen los artículos 679 y 680 del Código Civil, pues según la interpretación que del primero ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo (70), si los testigos han de quedar enterados de las manifestaciones del testador habrán de comprender su idioma, quedando excluidos de semejante cometido quienes no se encuentren en esa condición porque su misión consiste en atestiguar la coincidencia entre lo expresado por el fedatario y las declaraciones de aquél. Ello explica la equiparación que tradicionalmente se ha hecho del que no entiende el idioma del testador con el sordo (71).

---

(70) STS 16-V-1974, *RJA*, núm. 3220.

(71) Ya expusimos en el número anterior nuestro desacuerdo con semejante consideración del sordo que por otra vía puede llegar a comprender lo que se realiza en su presencia.

Con esta norma se está permitiendo a los extranjeros que reúnan los demás requisitos de idoneidad ser testigos cuando conozcan el idioma del testador, ya sea este el español o cualquiera de las otras lenguas oficiales existentes en España (gallego, vasco, catalán), ya que, como establece LACRUZ (72), basta que el conocimiento del idioma sea suficiente para comprender el sentido y alcance de las declaraciones del causante. Lo que no está, por el contrario, nada claro es si esta norma permite ser testigo de un testamento otorgado en lengua extranjera o que el Notario no conozca a una persona que también la desconozca. El artículo 684 del Código Civil que regula este tipo de testamentos no soluciona este problema de armonización con el artículo 681.3.º del Código Civil ni siquiera después de su reforma por la Ley 30/1991. Ha sido la doctrina, como en otras ocasiones, la que ha tratado de dar una respuesta adscribiéndose a una de las dos posturas detectadas en el tema. De un lado, OSSORIO MORALES (73) sostiene que, en todo caso, los testigos han de entender la lengua del testador para que puedan apreciar que el testamento refleja exactamente lo declarado por él; PUIG PEÑA (74) añade que «idioma del testador» es el empleado al hacer testamento y es, por tanto, el que ha de entender el testigo sea cual sea. En el otro lado podemos citar a GONZÁLEZ PORRAS (75); opina que los casos de los artículos 681.3.º y 684 del Código Civil son diferentes; en el último basta con la presencia de dos intérpretes —en la actualidad uno— que traduzcan la disposición; da a entender con ARMERO DELGADO (76) que no es imprescindible por ello que los testigos entiendan el idioma del testador, porque los mismos conocerán la declaración de voluntad a través de la versión del intérprete. Este distingo no se puede sostener en estos momentos porque, al igual que el artículo 681.3.º, el actual artículo 684 del Código Civil se refiere tanto a los testamentos otorgados en lengua extranjera *strictu sensu* como a los otorgados en alguna de las lenguas oficiales en España y, en consecuencia, puede testar en lengua extranjera el que por cualquier causa prefiera hacerlo así, sea español o no y conozca o no el idioma español. Pues el artículo 684 «... ni prohíbe que los españoles testen en idioma extranjero ni tampoco que los extranjeros que hablan y entienden nuestro idioma, que sea además el del Notario autorizante, otorguen testamento con dicha lengua. También dicho precepto se aplicará si el otorgamiento tuviese lugar en Comunidad Autónoma que no tenga lengua oficial propia (art. 3.1 CE)

---

(72) *Elementos de...*, op. cit., t. V, pág. 225

(73) *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67

(74) *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 206.

(75) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 314.

(76) *Testamentos y particiones*, op. cit., t. I, pág. 132

y si el testador quiere testar en lengua oficial de otra Comunidad Autónoma...» (77).

Lo cierto es que al artículo 684 del Código Civil parece sólo preocuparle que el Notario no entienda la lengua en que se otorga el testamento, no menciona el entendimiento que de ella deban tener los testigos. Esta laguna nos abre la vía a tres hipótesis: podemos pensar que es coherente con la supresión de los testigos; lo que realmente importa es que el Notario quede enterado de la declaración de voluntad del testador, que da por supuesto que los testigos deben entender la lengua que se exprese el testador, cualquiera que sea; que no es necesario que los testigos intervinientes, en su caso, comprendan esa lengua porque pueden servirse de la traducción que realice el intérprete, y que incluso en ellos mismos pueden coincidir la función de intérprete. Entre todas ellas elegimos la tercera, aunque no dejamos de reconocer la coherencia de la primera con la reforma, pues de otro modo «...serían los testigos de peor condición que el Notario, a quien se le exceptiona que entienda al testador» (78).

Cuarto: Los que no están en su sano juicio.

Con esta expresión se quiere indicar la necesidad de que el testigo tenga el discernimiento necesario que la participación en un acto jurídico requiere, que tenga capacidad suficiente para querer y entender (79). La encontramos designada de modos diversos, y a veces más precisos, a lo largo del articulado del Código Civil; así el artículo 56.2 habla de «deficiencias o anomalías psíquicas»; el artículo 200 «de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter psíquico»; el artículo 663.2.º alude a «cabal juicio»; los artículos 1.246.1.º y 1.263.2.º se refieren a «locos o dementes», al igual que el artículo 182.2.º del Reglamento Notarial. El artículo 108.1.º del Código de Derecho de Sucesiones catalán no permite ser testigos a los incapaces para testar. Son incapaces para testar los menores de catorce años y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento (art. 104 Cód. Suc. cat.) (80).

(77) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit. t. I, págs. 3044-3046.

(78) *Ibid.*, pág. 3046

(79) GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 315

(80) Que, por un lado, el artículo 108.1.º considere inidóneos a los menores de edad (menores de 18 años) y que, por otro, el artículo 104, al que implícitamente se remite el anterior, considere incapaces para testar y también inhábiles como testigos, por esa remisión, a los menores de 14 años, parece una incongruencia. «Incapaces para testar» aludirá en materia de testificación, sólo a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento; habría sido entonces más correcto que ese artículo dijese: No podrán ser testigos en el testamento ni en el codicilo: Primero: Los menores de edad y los que no tengan capacidad natural en el momento del otorgamiento

Ante la parca dicción de este precepto, cabe preguntarse si el Código Civil se está refiriendo con ella a los incapacitados judicialmente o también a aquellos que en el momento de ser otorgado el testamento no se encuentren con la sanidad de juicio suficiente. Para la mayoría de la doctrina, encabezada por BONET RAMÓN (81) y CASTÁN TOBEÑAS (82), se refiere a toda clase de perturbaciones mentales, no sólo a las permanentes, sino también a las pasajeras, hayan sido o no declaradas judicialmente. Si el legislador en el Código Civil se hubiese querido circunscribir a los incapacitados judicialmente, quizá lo hubiera indicado de forma expresa, como así ha ocurrido en materia de nacionalidad en los artículos 20.2.a) y 21.3.d) y en el testamento del incapacitado (art. 665 CC). Si no media la declaración de incapacidad correspondiente en el momento del otorgamiento, hemos de presumir la capacidad del testigo; se trata de una presunción *iuris tantum* (83). En caso contrario, si la incapacidad está declarada judicialmente, el testigo es idóneo sin más; se trata entonces de una presunción *iuris et de iure*. En ambos casos, aquel que impugne la validez del testamento por este motivo habrá de demostrar la incapacidad del testigo, labor que resultará evidentemente más difícil si no media sentencia judicial de incapacitación al respecto. Cuestión en la que, al igual que en materia de edad, difiere el tratamiento que se dispensa a la persona incapacitada judicialmente, la cual podrá testar cuando dos facultativos designados por el Notario y que previamente la reconozcan respondan de su capacidad (art. 665 CC) (84). A la vista de esta flexibilidad del legislador observada en materia de *testamentifactio* activa, la doctrina se pregunta si se puede aplicar por analogía al testigo. Para GARCÍA GOYENA (85) quien puede lo más, puede lo menos; su respuesta es, por tanto, afirmativa, pero queda aislada porque la doctrina suele recordarla sólo para rebatirla. Así pues, el artículo 665 del Código Civil es una norma excepcional que sólo se refiere al testador y no a los testigos (86). Siendo indiferente que sea testigo

(81) *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 132

(82) *Derecho civil español*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 58.

(83) Así lo hace notar J. OSSORIO MORALES. *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67.

(84) A. GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 218-219: «El contar con el intervalo lúcido como posibilidad de emergencia momentánea de una capacidad habitual no existente significa consagrar inequívocamente la relevancia de la llamada *capacidad natural*, aun sin correspondencia con la capacidad legal. En este sentido el artículo 665 nos parece suponer un serio escollo a la tesis, hoy tan extendida, de la incapacitación constitutiva y de la irrelevancia de la situación natural de capacidad».

(85) *Concordancias...*, op. cit., pág. 319.

(86) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, op. cit., t. V, vol. II, pág. 59; F. BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, op. cit., t. V, pág. 132; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 412.

una persona u otra, no se da aquí la necesidad que es fundamento del artículo 665 (87).

Quinto: El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.

Tres grupos de personas —originariamente recogidas en la legislación notarial— están incluidas en esta prohibición en razón del matrimonio, parentesco o dependencia con el Notario —o persona que haga sus veces, pues en este sentido hemos de recordar el art. 734 CC— y con fundamento en la dignidad e independencia de la profesión notarial, como recuerdan diversas sentencias del Tribunal Supremo (así la STS 16-XII-1975) (88).

En cuanto al cónyuge, se ha producido una inversión de orden frente a la anterior redacción del precepto en la que aparecía en segundo lugar desde su inclusión por la Ley de 24 de abril de 1958. El cónyuge, que puede ser tanto un hombre como una mujer en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 de la Constitución española, lo es aunque medie separación judicial. La prohibición, por el contrario, no debe alcanzar a los divorciados o matrimonios declarados nulos y tampoco a quienes conviven maritalmente (89). En relación a estos últimos, puede decirse que si el legislador hubiese querido equiparar el vínculo matrimonial con la convivencia *more uxorio* lo habría hecho, como en el caso de la disposición adicional 3.ª de la Ley de Adopción (90). Por ello, con BLANCO PÉREZ, sostenemos que no cabe aplicar por analogía la normativa sobre matrimonio a los casos de uniones no matrimoniales (91).

(87) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español...*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 59.

(88) *RJA*, núm. 4580.

(89) GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 322.

(90) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *BOE* núm. 275, de 17 de noviembre, que expresamente establece: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal».

(91) *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, Madrid, 1992, págs. 97-99: «... la convivencia de hecho no comparte con el matrimonio sus caracteres esenciales. No existe entre uno y otro identidad de razón, lo que conduce a sostener que no es aplicable la analogía: el acto con el que se da vida al matrimonio es presupuesto de un complejo unitario de derechos y obligaciones que forman un *unicum* inseparable, un estatus, que no puede modificarse en los aspectos esenciales por la autonomía privada. No sería concebible aplicar a la convivencia de dos sujetos la disciplina del matrimonio sólo porque se comporten externamente como marido y mujer sin haber manifestado intención alguna de contraer matrimonio. Ese comportamiento externo puede dar lugar, siempre y cuando concurren determinados elementos en la relación, a

A continuación el precepto analizado extiende su contenido prohibitivo a los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante, sin distinguir entre las distintas clases de parentesco por consanguinidad, por lo que entendemos que incluye tanto el matrimonial, extramatrimonial y por adopción, pues de conformidad con los artículos 14 y 39 de la Comunidad Europea, el artículo 108 del Código Civil reconoce que surten los mismos efectos. El parentesco por afinidad es el que surge como consecuencia del matrimonio entre cada esposo y la familia del otro. El parentesco en ambos casos se computará conforme a lo dispuesto en los artículos 916 a 919 del Código Civil que rigen en todas las materias y no sólo en la sucesión intestada donde se ubican (92).

Por último, tampoco podrán ser testigos quienes tengan relación de trabajo con el Notario autorizante. En la redacción del Código Civil anterior a la Ley de 24 de abril de 1958 se refería a los «dependientes, amanuenses y criados». Dicha Ley sustituye las palabras «dependientes y amanuenses» por las recogidas en el Reglamento de Empleados de Notarías de 26 de agosto de 1956. Todos estos términos plantearon problemas de interpretación y, a falta de un concepto o criterio de identificación preciso en el propio Código Civil, se pretendió aplicar por analogía el artículo 182.3.º del Reglamento Notarial, que en materia de escrituras públicas declara inhábiles a estos empleados si prestan sus servicios mediante salario y viven en compañía del Notario. A partir de una Sentencia de 10 de enero de 1910 (93), el Tribunal Supremo zanjó esta cuestión no considerándolo aplicable a los testigos, materia en la que ya se dispone del artículo 681 del Código Civil, conclusión que avala el artículo 143 del Reglamento Notarial.

De un modo casuístico, el Tribunal Supremo ha tratado de determinar quiénes eran capaces o no según su relación con el Notario. Considera apto para la labor testifical, negándole el carácter de copista, subalterno o criado

---

su toma en consideración por el legislador para, de este modo, otorgarles cierta protección jurídica.»

En esta línea se sitúa la STS 18-V-1992. *RJA*, núm. 4907, al no aplicar por analogía las normas relativas a los regímenes legales de gananciales y separación de bienes a una unión libre o de hecho, sino las correspondientes a la comunidad ordinaria y la sociedad irregular.

(92) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código civil*, op. cit., I, págs. 3038-3039.

(93) «Jurisprudencia Civil», 1910, núm. 4, págs. 24 y sigs. En el otorgamiento del testamento, cuya validez se discutía, figuraban como testigos instrumentales dos personas que en aquella época habían sido amanuenses del Notario autorizante. El Tribunal Supremo fue tajante al considerar que las disposiciones de la legislación notarial se refieren exclusivamente a los actos *inter vivos* y es indudable que no pueden aplicarse a los testamentos. Después de ella, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 419, no duda que todas las personas incluidas en el presente número están afectadas de una incapacidad absoluta para ser testigos en todos los testamentos que el Notario, con el que mantienen la relación preceptuada, autorice.

del Notario, al que de forma desinteresada, sin perjuicio de aceptar obsequios de escaso valor a finales de año, presta servicios esporádicos al mismo, tales como avisar a clientes del Notario para que supiesen el día en que estaba y entrevistarse con él, guardar las llaves del protocolo en las ausencias de aquél o ser, muy de tarde en tarde, copista de algunos documentos protocolizados (94). Tampoco puede considerarse empleado del Notario a aquel en cuya casa se autoriza el testamento como consecuencia de una relación de arrendamiento, de mera complacencia o buena vecindad (95). No es, sin embargo, idóneo el que sin cumplir las condiciones de afiliación laboral de hecho mantiene con el Notario tal relación, aunque perciba su retribución a través del oficial (96). La jurisprudencia interpreta en sentido amplio el concepto de «relación de dependencia» por incluir en ella los meros «servicios de hecho».

Con independencia de los motivos que guiaron al legislador al instaurar esta prohibición, realmente no es clara su razón de ser (97). Pues, por ejemplo, hay que tener en cuenta que esta incapacidad no rige en Cataluña y ello no ha causado detrimento alguno al empleo del testamento (98). El legislador ha optado por conservarla con terminología distinta a la tradicional; habla de «relación de trabajo», expresión más actual pero no menos imprecisa y dada también a múltiples interpretaciones. «Empleados» se decía en el Proyecto de Ley de 1982, al igual que en el artículo 52 de la Compilación balear —aunque éste sea para suprimir su inidoneidad—. Vemos acertada la supresión de esta incapacidad, seguida también por la Ley 186 de la Compilación navarra y el vigente Código de Derecho de Sucesiones catalán. «Relación de trabajo» se puede entender en dos sentidos: amplio y restringido. De acuerdo con el segundo, sólo el que presta sus servicios a cambio de una retribución por cuenta ajena, de forma voluntaria y bajo la organización y dirección del Notario, previa la formalización del correspondiente contrato de trabajo, es decir, cumpliendo las normas de afiliación laboral, sería considerado testigo inhábil. Este concepto es el ofrecido por el artículo 1 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y parece el punto de vista más acertado con la finalidad perseguida por la reforma (99). En sentido amplio incluiría a aquellos no vinculados contractualmente al fedatario público aunque trabajasen para él (100).

---

(94) STS 4-IV-1967, *RJA*, núm. 1764.

(95) STS 20-IV-1972, *RJA*, núm. 1858

(96) STS 16-XII-1975, *RJA*, núm. 4580.

(97) J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, op. cit., pág. 67

(98) J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, op. cit., t. VI, vol. II, pág. 58

(99) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3038

(100) A. DÍEZ GÓMEZ, *La supresión de los testigos*, op. cit., pág. 48, se muestra partidario de esta interpretación amplia la considerar que después de la reforma las cosas

Queda aún por resolver otro problema, si «relación de trabajo» se refiere a la establecida en el ámbito estrictamente profesional, con lo que no podrían ser testigos aquellas personas que unidas al Notario por un contrato de trabajo le auxilian en su calidad de fedatario público o si también se refiere a la relación de trabajo que en el ámbito doméstico y privado en general tenga con otras personas ligadas, de igual modo, por un contrato laboral a aquél. Si la norma persigue alcanzar la imparcialidad del testigo, las personas que dependan del Notario en el terreno no estrictamente profesional de un modo permanente deberían ser consideradas idóneas. En este sentido se manifiesta DIEZ GÓMEZ (101): «... cualquier persona que trabaje para el Notario fuera del ámbito profesional o doméstico, por ejemplo, en un negocio privado que tenga el Notario, el profesor particular de sus hijos, etc., bien podría estar comprendida en la incapacidad. Y hasta puede haber dudas respecto de quienes trabajan para el Notario y otras personas conjuntamente, como porteros o jardineros, etc.».

Por último, esta idoneidad ha sido calificada de relativa porque su ámbito de aplicación es más restringido que el de las demás: se reduce a las formas testamentarias autorizadas por Notario (arts. 694 y 707 CC) o persona que haga sus veces —como es el caso del agente diplomático o consular en el testamento hecho en el extranjero según el artículo 734 CC— (102), en la que además se cuente con la presencia de testigos. No es de aplicación a las formas testamentarias ante testigos exclusivamente (arts. 100, 701, 720 y 731 CC). Aunque se admita como derecho supletorio de la Compilación aragonesa el artículo 681 del Código Civil, para ser testigo en el testamento ante capellán este número 5 no se aplicará a los dependientes del sacerdote por no guardar ambos supuestos conexión analógica (103).

##### 5. OTRAS POSIBLES CAUSAS DE IDONEIDAD

La enumeración del artículo 681 del Código Civil no es cerrada. Aunque no se haya incluido en él, no podrán ser testigos los que no sepan o no

---

no han cambiado: «... la “relación de trabajo” que ahora se dice, no se limitará al caso de que exista un contrato de tal, un servicio estable, remunerado y dependiente, sino que seguirá comprendiendo cualquier ayuda mínimamente habitual que se preste al Notario»

(101) *La supresión de los testigos*..., op. cit., pág. 48

(102) PUIG PEÑA. *Compendio de Derecho civil español*, op. cit., t. VI, pág. 208, se pregunta si deberían estar comprendidos en esta prohibición los parientes del funcionario público que haga las veces del Notario en los testamentos especiales. Así lo entiende, «... por existir la misma razón de la Ley, si bien por otro lado no se debe olvidar que los preceptos referentes a las incapacidades deben ser objeto de interpretación restringida».

(103) BANDRÉS y SÁNCHEZ-CRUZAT, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. XXXIV, vol. 1.º, págs. 58-59.



puedan firmar. El artículo 695 del Código Civil obliga a firmar el testamento abierto a los testigos que en su caso concurran; en su anterior redacción el artículo 695 sólo aludía a los testigos que pudieran hacerlo. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 707.5.º1 del Código Civil, también después de la reforma, en materia de testamento cerrado y el artículo 721 del Código Civil relativo al testamento militar cerrado. En el artículo 722 del Código Civil, primero de los dedicados al testamento marítimo, sólo se pide que por lo menos uno de los testigos pueda firmar; pero por la remisión que efectúa a la regulación de los testamentos abierto y cerrado del Código Civil, entendemos que el requisito de la firma se extiende por igual a los dos testigos que necesariamente han de concurrir en este tipo especial de testamentos, porque esta discordancia es simplemente una manifestación de las disfuncionalidades que toda reforma parcial de un código lleva consigo. La exigencia de firma no es tan gravosa como pudiera parecer en un principio; está comprobado que hay personas que saben firmar y no escribir. Interesa resaltar especialmente que en ningún caso la firma del testigo podrá ser sustituida por la de otra persona aun cuando manifieste que no sabe o no puede firmar. Queda instaurada así una nueva diferencia de tratamiento entre el testigo y el testador, pues si éste declara que no sabe o no puede firmar (104) lo hará por él y a su ruego uno de los testigos (arts. 695.II y 707.5.II CC) (105). En general, la regulación en este tema es más benévola: el artículo 694 ya no requiere que uno de los testigos al menos sepa y pueda escribir.

Cuando se exigía como requisito de idoneidad la domiciliación del testigo en el lugar de otorgamiento, la doctrina planteaba si debía considerarse como causa de inidoneidad la extranjería. La respuesta era siempre la misma: si el extranjero estaba domiciliado en el lugar del otorgamiento sí podía ser testigo siempre que cumpliera los demás requisitos de idoneidad. La legislación notarial permite que sean testigos si están domiciliados en España y comprenden y hablan suficientemente el idioma español

---

(104) La STS 30-XI-1991, *RJA*, núm. 8582, nos presenta un caso en el que el testador no pudo firmar el testamento por tener una disminución de movimientos en hemituerpo derecho, firmó entonces a su ruego y por él un testigo.

(105) La declaración del testador de no saber o no poder firmar ha de estar amparada por la fe del Notario (STS 16-II-1956, *Jurisprudencia Civil*, t. 46, págs. 513 y sigs., y STS 27-IX-1968, *RJA*, núm. 5163). La inexactitud de la declaración del testador sobre este extremo conduce a la nulidad del testamento porque si sabiendo o pudiendo firmar no lo hace por sí, se quebranta una formalidad legal tan esencial como la suscripción del documento por aquel que lo otorga (STS 4-I-1952, *Jurisprudencia Civil*, t. 23, págs. 94 y sigs., STS 31-I-1944, *RJA*, núm. 441; STS 10-XI-1973, *RJA*, núm. 4163). Los motivos que mueven al testador para no firmar el testamento van desde la vergüenza a escribir cuando apenas sabe ante personas más letradas que él, hasta la intención de no ratificar válidamente el testamento porque no refleja su voluntad real

(art. 181.III RN). No tiene sentido preguntar hoy por ello porque, además de haberse suprimido este requisito, los extranjeros tienen en España los mismos derechos civiles que los españoles a tenor del artículo 27 del Código Civil y fundamentalmente conforme al artículo 13 de la Comunidad Europea relativo a los derechos de los extranjeros (106).

Se ha planteado si la incapacidad declarada judicialmente supone que de modo inmediato la persona afectada es inhábil para testificar. Para TORRES GARCÍA (107) el incapacitado sometido a tutela sólo podrá testificar si no se lo impide la sentencia que declare la incapacidad (art. 210 CC); es este un acto en el que no cabe la representación y sin ella no puede el tutelado intervenir en los actos y relaciones jurídicas que se hayan determinado judicialmente (art. 267 CC). En materia de curatela se inclina a favor de la mayor capacidad del sometido a ella, ya que no es un supuesto de representación, sino de asistencia (art. 289 CC), por lo que el margen de actuación de esta persona será mayor que la del tutelado, a pesar de que también haya de estarse a la extensión de la resolución judicial correspondiente, criterio que es avalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1991 (108). Finalmente, los pródigos —sometidos a curatela (art. 286.3.º CC) y necesitados de asistencia, tradicionalmente sólo en el ámbito patrimonial como se desprende del art. 298 CC de modo indirecto—, al igual que los declarados en concurso o quiebra, no son personas incapacitadas y en consecuencia son hábiles como testigos testamentarios.

## 6. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA IDONEIDAD EN EL TESTAMENTO ABIERTO

El artículo 682 del Código Civil contiene una incapacidad propia y exclusiva del testamento abierto —no del cerrado en el que los testigos desconocen el contenido del testamento en virtud del concepto ofrecido por el art. 680 CC—, lo cual le hace merecer la calificación de incapacidad relativa, al igual que la establecida en el número quinto del artículo 681 del Código Civil. Sus términos son los siguientes:

«En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y

---

(106) Estos derechos se han ampliado con la reforma del apartado segundo de este artículo 13, reforma que ha sido la primera operada en nuestro texto constitucional y que se ha publicado en el *BOE* núm. 207, 28-VII-1992. El motivo de la misma fue la firma del Tratado de la Unión Monetaria Europea en Maastricht el 7 de febrero de 1992 al ser reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales de los distintos países miembros de la CEE.

(107) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, págs. 3032-3033.

(108) *RJA*, núm. 9483.

legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

No están comprendidos en esa prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.»

Previo a su estudio, conviene acotar su ámbito de aplicación. El precepto comentado tiene su origen en la Ley 11, título 1.º, partida VI, que confirma la prohibición ya establecida en el Fuero Real de que el heredero fuese testigo en la manda en la que había sido instituido como tal, extendiéndola al padre, descendientes y colaterales dentro del cuarto grado del mismo. La Ley de Partida parecía referirse sólo al caso en que se impugnase la validez y eficacia del testamento; fue el Tribunal Supremo el que amplió su ámbito en este sentido y entendió referida la prohibición exclusivamente al testamento abierto (109). El codificador de 1889 siguió esta jurisprudencia en la redacción del artículo 682, que desde entonces tan sólo ha sido modificado por la Ley de 24 de abril de 1958 para introducir la palabra «cónyuge».

La primera cuestión que nos sugiere su estudio es la de concretar a qué tipo de testigos concurrentes en el otorgamiento del testamento abierto alcanza la prohibición: si a los de conocimiento, a los instrumentales o a ambos. El criterio dominante en la doctrina es que alcanza sólo a los testigos instrumentales porque al estar presentes en el acto del otorgamiento —es decir, en la lectura, consentimiento, firma y autorización— del testamento quedan enterados de su contenido, al igual que los que intervienen en los testamentos otorgados sin Notario (arts. 700, 701, 720 y 731 Código Civil) (110). Según esta postura, no afecta a los testigos de conocimiento cuya función es identificar al testador y no han de declarar la conformidad de la voluntad expresada por éste y la recogida por el Notario en el instrumento público, a no ser que actúen también con aquella condición (arts. 685.II y 698.1.º CC). Aceptar esta postura supone recoger un aspecto íntimamente conectado con la razón de ser del precepto, «... pues si los testigos saben que el testamento contiene alguna disposición a su favor, su posterior testimonio acerca de la validez del acto celebrado podrá carecer de la necesaria imparcialidad y quizá sea indebidamente favorable a la subsistencia de la disposición» (111). De ahí que la prohibición se refiera a todos los instituidos como sucesores (herederos o legatarios) en el testamento, a sus cónyuges y parientes (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción) dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y no al

(109) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*., op. cit., t. VI, vol. 1.º, pág. 420.

(110) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, págs. 3040-3041

(111) J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*., op. cit., t. V, vol. II, pág. 63

cónyuge ni parientes del testador. Al no distinguir entre la línea recta y la colateral del parentesco, TORRES GARCÍA (112) piensa que puede afectar a ambas. Para su cómputo habrá de estarse al artículo 918 CC (arg. art. 919 CC). Literalmente la sanción alcanza, en principio, a los instituidos herederos o legatarios, cónyuge y parientes en los términos expuestos; pero como estas instituciones pueden revestir diversas formas, también a ellas se extiende: sustitución vulgar, a la institución en usufructo, al fideicomisario, al fiduciario y al instituido en cosa cierta y determinada. Basta con que haya designación de bienes aunque finalmente no se convierta en heredero o legatario para que no deba testificar (113).

La enmienda 19 al Proyecto de Ley de 1991 y el artículo 108.4.º del Código Sucesorio catalán consideran incapaces a los favorecidos por el testamento de una forma genérica y al cónyuge y los parientes del heredero instituido o legatario. Si esto fuera así en el derecho del Código Civil vigente, el artículo 682.1 del Código Civil habría de ser eliminado por haberse trasladado su contenido al artículo 681 del Código Civil, pero sólo seguiría siendo aplicable a los testamentos abiertos porque es en ellos donde el testigo queda enterado de lo dispuesto por el testador (art. 679 CC). Sin embargo, cuando el legado es de poca importancia no queda afectado por la inidoneidad el testigo, ya que el artículo 682.II del Código Civil establece la excepción al precepto prohibitivo contenido en el párrafo primero. De tal manera que cuando el legado —de cualquier clase que sea— tenga poca importancia en relación al caudal hereditario ni el legatario ni sus parientes están incluidos en la sanción. Sanción que sigue afectando al heredero con independencia de la clase y cuantía de lo que perciba. Se dice que está inspirada en «... la consideración de no inhabilitar en exceso testigos por motivos de escasa significación que no hacen racionalmente sustentar la sospecha de parcialidad, tratándose de cosas y objetos de escaso valor...» (114). Por un lado, habla de «objeto mueble», y por otro, de «cantidad» de dinero —quizá la opinión en este punto no es pacífica—; lo cierto es que ambos han de tener poco valor. Se dejan fuera los bienes inmuebles aunque su importancia económica sea escasa en comparación con los anteriores y en determinados casos concretos. No es fácil encontrar una justificación coherente si pensamos que se permite testificar al legatario o sus parientes de un objeto mueble valioso si el caudal hereditario del que procede es cuantioso, y no al heredero o sus parientes, que recibe, por ejemplo, una pequeña parcela improductiva. Es evidente que si de intereses se trata serán mayores los del legatario que los de este heredero. El precepto en estos casos extremos deviene inútil y mues-

---

(112) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3041

(113) *Ibid*, pág. 3041.

(114) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios.*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 420-421

tra cómo obedece a una época en que las cosas muebles en relación a los inmuebles eran consideradas de poca importancia (115).

La apreciación de la cuantía del legado y de su mayor o menor importancia respecto al caudal relicto corresponde exclusivamente hacerla a los tribunales (116). No obstante, inicialmente el Notario autorizante habrá de cerciorarse de la capacidad de los testigos intervinientes asumiendo la responsabilidad por los daños y perjuicios que sobrevengan si la causa que determina la nulidad del testamento, en su caso, procede de su malicia, ignorancia o negligencia inexcusables (art. 705 CC).

Efectuando un breve repaso sobre la modicidad del legado en la jurisprudencia, materia imprecisa y flexible (117), en ocasiones se ha considerado no módico un legado que consistía en el usufructo del tercio de libre disposición (118) o el legado que representaba los dos tercios de mejora y libre disposición del as hereditario (119). La sanción en todos estos supuestos ha sido la misma: declarar la nulidad del testamento en el que han intervenido como testigos o el legatario o sus parientes determinados legalmente. En otras ocasiones el Tribunal Supremo se ha inclinado por la modicidad del legado, así se ha considerado módico el legado de 30.000 pesetas en relación a un caudal hereditario de 200.000 pesetas (120), dos legados de 9 y 160 reales respectivamente, y un tercero de 3 pesetas con relación a un caudal hereditario tasado en 14.893 pesetas (121).

En la actualidad no consideramos que el artículo 682 del Código Civil sea la única causa de inidoneidad especialmente referida a los testigos instrumentales que intervienen en el otorgamiento del testamento abierto porque, como un caso especial, en el testamento abierto del que no lo sabe o puede leer por sí no basta con que los testigos que entonces deben concurrir obligatoriamente sepan firmar, sino también es necesario que sepan leer (art. 697.2.º CC: «... los testigos *leerán* el testamento en presencia del Notario...»). La lectura del testamento del sordo que no sabía o no podía leer, antes de la modificación del Código Civil no correspondía a los

---

(115) La STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163, manifiesta cómo el precepto «... responde al concepto económico, en la época de elaboración del código, de los bienes muebles estimándolos viles y de poca importancia, *res mobilis res viles*, concediéndola, en cambio, a los inmuebles, tal vez por prejuicios históricos de génesis feudal, que los Tribunales por carecer de poderes abrogadores de las normas no pueden corregir por vía interpretativa, aunque poderosos argumentos de *iure condendo* aconsejen otros criterios en la hora presente o, por lo menos, más flexibles en la materia de testificación...»

(116) STS 15-III-1913, *Jurisprudencia Civil*, núm. 116, págs. 670 y sigs.

(117) J. OSSORIO MORALES, *Manual*, op. cit., pág. 78.

(118) STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163.

(119) STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695

(120) STS 4-XI-1899, *Jurisprudencia Civil*, núm. 55, págs. 246 y sigs

(121) STS 15-III-1913, *Jurisprudencia Civil*, núm. 116, págs. 670 y sigs.

testigos, sino a dos personas que el mismo testador designara. La doctrina también se planteó si los testigos podrían ser estas personas; sin embargo, el Código Civil hablaba de que los testigos presenciaseen esta lectura, por un lado, y, por otro, de personas que leyeran el testamento si el sordo no sabía o no podía (anterior redacción del art. 697 CC). En el testamento del ciego, una de las dos lecturas que necesariamente habían de realizarse de su testamento corría a cargo de uno de los testigos o de otra persona que el testador eligiese (anterior redacción del art. 698 CC).

#### 7. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS ARTÍCULOS 682 Y 754 DEL CÓDIGO CIVIL

Ha sido habitual en la doctrina el resaltar la aparente contradicción entre el contenido de los artículos 682 y 754 del Código Civil. En primer lugar, el artículo 754 CC —en sede de incapacidad para suceder— en relación con el artículo 755 considera nula la disposición testamentaria por la que el testador disponga de todo o parte de su herencia a favor del Notario autorizante, cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado y testigos del testamento abierto otorgado con o sin Notario; en todo caso, con la excepción establecida en el artículo 682 en cuanto al legado módico. Añade una nueva causa de ineptitud cual es la del Notario, cónyuge y parientes del mismo (122) y reitera parcialmente la prohibición que pesa sobre los testigos recogida en el artículo 682 del Código Civil atribuyéndole un diferente efecto, pues este último en relación con el artículo 687 del Código Civil sanciona la participación del testigo indóneo con la nulidad del testamento abierto en el que indebidamente ha concurrido. Podemos tratar de encontrar una justificación a la inclusión del Notario y sus parientes en el artículo 754 del Código Civil considerando entonces que se trata de una extensión del contenido del artículo 682 del Código Civil, al que éste, por otro lado, integra, ya que «... parientes o afines no puede extenderse más allá de lo previsto para supuestos iguales parientes lo serán dentro del cuarto grado y afines del segundo» (123); lo que ya no encontraría una satisfactoria respuesta es la diferencia de trato dispensada a Notario y testigos en ambos preceptos —y mucho menos la diferencia de trato dispensada a los mismos testigos o sus familias (124) en los arts. 754.II y 682.I CC

---

(122) Nótese que el artículo 682 extiende su contenido prohibitivo a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y no hasta el cuarto en ambos casos como el artículo 754. Con el deseo de acercar estos dos preceptos, el Proyecto de Ley de 26 de abril de 1982, variando escasamente la redacción del actual 754 que por lo demás dejó intacta, reducía el parentesco por afinidad hasta el segundo grado.

(123) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 3040.

(124) Según M. ALBALADEJO, «Nulidad de la disposición y nulidad del testamento

por sus diferentes efectos—. Parece más lógico que el legislador trate con mayor severidad al Notario que a los testigos, pero no ha sucedido así sino al contrario: si el Notario o sus parientes intervienen indebidamente, la disposición a su favor es nula, pero no el testamento; si intervienen los testigos inidóneos a tenor del artículo 682, el testamento es nulo en su conjunto. LACRUZ (125) concluye, a la vista de estas contradicciones y diferencias injustificadas, que el legislador debió suprimir uno de los dos preceptos, y en caso de serlo el 754 debió prevenirse la inhabilidad absoluta del Notario; pero «... no habiéndolo hecho, parece solución más acorde con la lógica y la equidad la de sancionar el incumplimiento del artículo 682, de la misma manera que el del 754; solución que debe preponderar sobre la interpretación literal, pero irracional y mecánica, de la doble posibilidad de anular el testamento o la disposición». Díez-PICAZO y GULLÓN (126), de forma más clara que LACRUZ, no dudan en que debería prevalecer el artículo 754 por dos razones: por su carácter general al estar incluido entre las normas que establecen la capacidad para suceder, y por el principio de conservación de la disposición testamentaria. Por el contrario, SÁNCHEZ ROMÁN (127) considera que esta antinomia debe resolverse en favor del artículo 682.I frente al 754.II como precepto especial respecto de los testigos, de mayor fuerza y de preferente aplicación. No toda la doctrina da por sentado que ambos preceptos son incompatibles. En esta línea es significativa la postura de ALBALADEJO (128) que parte de que los supuestos de los artículos 754 y 682 del Código Civil son distintos: el primero hace referencia a una prohibición de heredar y el segundo a una prohibición de testimoniar; la nulidad de la disposición y la del testamento son dos posibilidades diferentes y autónomas, con diferente alcance práctico, sin que la una absorba a la otra. Son cuatro los argumentos en los que apoya estas conclusiones, tal y como los resumimos a continuación:

1.º El llamamiento de un testigo puede ser atacado sin pedir la nulidad del testamento.

---

abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos», *RDP*, t. LI, Madrid, 1967, págs. 4-5, aunque los párrafos 2.º y 3.º del artículo 754 se refieran a los testigos, por su relación con el párrafo 1.º del artículo 754 del Código Civil y con apoyo en el artículo 682.I del Código Civil, se ha de entender que la prohibición alcanza a los parientes próximos de aquellos por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, pues piensa este autor que el círculo de personas afectas ha de ser el mismo en ambos preceptos.

(125) *Derecho de sucesiones*., op. cit., págs. 367-368, notas 6-7

(126) *Sistema*., op. cit., t. IV, pág. 332.

(127) *Estudios*., op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 270-271

(128) *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto*., op. cit., págs. 3 y sigs. y 195 y sigs.

2.º Las acciones para pedir la nulidad de la disposición y la del testamento son distintas. La primera se rige por el artículo 762 del Código Civil y se extingue pasados cinco años desde que el testigo —o un familiar suyo— esté en posesión de la herencia o legado. La segunda se rige por las reglas propias de la nulidad del testamento y no se extingue por el transcurso del tiempo.

3.º Sólo están legitimadas activamente para impugnar el testamento en su totalidad los herederos intestados o los que lo sean por un testamento anterior; los que no tengan esta condición y estén interesados en la nulidad de la disposición sólo podrán pedir ésta.

4.º Los efectos de la nulidad del testamento y de la nulidad de la disposición son distintos. Si el testamento se anula, se abre la sucesión intestada o ésta se rige por el testamento anterior válido al declarado nulo y carente por ello de poder revocatorio. Si lo que se anula es sólo una disposición del testamento, la sucesión, por lo demás, se sigue rigiendo por él.

DÍAZ ALABART (129) estima válidos estos razonamientos de ALBALADEJO, pero la armonización que éste pretende de los dos preceptos le parece algo forzada y por ello trata de encontrar una solución más satisfactoria: los artículos 754 y 683 del Código Civil no chocan de ningún modo, pues los párrafos segundo y tercero del artículo 754 simplemente recuerdan una prohibición que pesa sobre los testigos, pero no establece ninguna sanción al respecto porque ésta ya fue consagrada en el artículo 682 que conduce a la nulidad del testamento *in complexu*.

#### IV. MOMENTO EN EL QUE EL TESTIGO HA DE SER IDONEO

La función que a los testigos encomienda la Ley parece ser el fundamento de la exigencia de capacidad a los mismos en un determinado momento del *iter* sucesorio; éste será el tiempo del otorgamiento y no otro, como se desprende de los términos tajantes que componen la redacción del artículo 683 del Código Civil. Tiempo indicado por la fecha del testamento que es un requisito formal esencial para su validez según los artículos 695.1 y 707.6.º del Código Civil que coinciden en exigir la hora, día, mes y año del otorgamiento. Esta necesidad es perfectamente concordante con el artículo 666 del Código Civil, pues el tiempo de otorgar el testamento también es el punto de referencia para apreciar la capacidad del testador. Será irrelevante la incapacidad anterior o posterior del testigo; en este segundo

---

(129) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, op. cit., t. X, vol. 1.º, págs. 179-182



supuesto, si se suscita contienda judicial sobre la validez del testamento nada impide que su testimonio valga como prueba; así lo indica SÁNCHEZ ROMÁN (130), que como excepción considera que en los testamentos de los artículos 700, 701, 720 y 731 del Código Civil las diligencias de elevación a escritura pública y protocolización son integrantes del mismo otorgamiento del testamento y en estas actuaciones el testigo interviene no sólo como prueba, sino también como solemnidad, lo cual le lleva a excluir para ser testigos en estas formas testamentarias a aquellos que no se hallen en su sano juicio no sólo en el momento de emisión de la declaración de voluntad por el testador, sino también al practicar las diligencias referidas en los artículos 703 y 704 del Código Civil. No adopta el mismo criterio en cuanto al resto de inhabilidades para testificar. Por el contrario, si pensamos que la incapacidad sobrevenida, aun en estos supuestos de falta de cordura, afecta sólo a la prueba y no a la solemnidad del testamento, subsistirá la libertad de apreciación del Juez, según las reglas de la sana crítica, para declarar testamento o no el resultado de las diligencias de protocolización (131). Para TORRES GARCÍA (132) resulta claro que «... si uno de los testigos presentes en el acto del otorgamiento deviene incapaz en el período que media hasta que se cumpla con estos requisitos, no por ello el testamento resulta inválido, ya que el otorgamiento se realizó hallándose todos los testigos simultáneamente en presencia del testador y quedando enterados de lo que en él se dispone» (art. 679 CC). Si no se declara la tacha de incapacidad antes de comenzar el otorgamiento o durante el acto, el testigo se presume idóneo; con posterioridad puede hacerse valer por vía judicial, correspondiendo entonces la carga de la prueba a aquel que alegue la incapacidad (133). El artículo 683 del Código Civil no es de aplicación a los testigos que sólo intervienen como medio de prueba en la adverbación del testamento ológrafo para identificar la letra y firma del testador, pues nada tiene que ver en el acto del otorgamiento por ser éste estrictamente privado. Sí será de aplicación a todos los demás que intervengan en el otorgamiento de un testamento, ya sea éste común o especial, según la terminología propia de los artículos 676 y 677 del Código Civil.

## V. CONSECUENCIAS DE LA INIDONEIDAD DEL TESTIGO

El concurso de los testigos, por ser el testamento un acto formal y solemne, tiene el carácter de requisito esencial que afecta a la validez del

---

(130) *Estudios.*, op. cit., t. VI, vol. 1.º, págs. 421-424

(131) J. CASTAÑO TOBEÑAS, *Derecho civil español*..., op. cit., t. VI, pág. 62.

(132) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., pág. 3043

(133) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 331.

testamento a tenor de lo dispuesto en el artículo 687 del Código Civil que sanciona con la nulidad al testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades legalmente establecidas en el capítulo I, título III, libro III, que comprende los artículos 662 a 743 del Código Civil. Según invariable doctrina del Tribunal Supremo, nunca puede ser legalmente apreciada la voluntad de un testador, por conocida que sea, si no resulta expresada en alguna de las formas y con los requisitos esenciales que en cada testamento en particular —ya sea común o especial (art. 676 CC)— deben concurrir, aun cuando la regla imperante en nuestro Ordenamiento jurídico sea precisamente la de la libertad de forma o que el principio espiritualista es el consagrado por nuestro legislador. De acuerdo con las anteriores afirmaciones, la forma testamentaria es el género, pero para cada una de las especialidades se exigen una serie de requisitos que, recibiendo distinta denominación, son esenciales para que el testamento tenga eficacia jurídica a la muerte del testador, y con ello se cumplen los fines que las diversas formas testamentarias están llamados a garantizar cualquiera que sea la expresión elegida para designarlas: así los artículos 699.I y el 715 del Código Civil hablan de formalidades, y los artículos 705 y 707.I del Código Civil de solemnidades, términos que pueden entenderse como sinónimos (134). En este ámbito no existe la posibilidad de subsanar la falta de forma o de requisitos esenciales, más por inexistencia y nulidad absoluta que por anulabilidad (135); y ni siquiera el testador puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la Ley (art. 675 CC), de tal modo que surgida la causa de nulidad y una vez fallecido el testador nace el derecho de impugnar el testamento como nulo (136).

Como ya dijimos, la intervención de los testigos idóneos en número suficiente tradicionalmente se ha considerado como una solemnidad o formalidad testamentaria esencial, por lo que si el testigo no reúne las calidades necesarias por la Ley —por ejemplo, es menor de edad, pariente del Notario autorizante...— es inidóneo, no cuenta como testigo; y si el número de testigos presentes resulta por ello inferior al exigido —dos, tres o cinco, según la clase de testamento— el testamento será nulo en su totalidad a

(134) T. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., I, pág. 3052.

(135) Como muestra de la abundante jurisprudencia sobre este particular citamos las siguientes sentencias desde finales de siglo hasta nuestros días STS 21-XI-1899, *Jurisprudencia Civil*, núm. 79, págs. 371 y sigs.; STS 19-VI-1958, *RJA*, núm. 2163; STS 28-X-1965, *RJA*, núm. 4747; STS 10-VI-1966, *RJA*, núm. 3933; STS 6-II-1969, *RJA*, núm. 648; STS 16-V-1974 y STS 8-III-1975, *RJA*, núm. 986; STS 21-VI-1986, *RJA*, núm. 3788; STS 9-V-1990, *RJA*, núm. 3695; STS 25-VI-1990, *RJA*, núm. 4892. y 25-IV-1991, *RJA*, núm. 3029.

(136) J. M. GONZÁLEZ PORRAS, *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. IX, vol. 1.º, pág. 381.

instancia del legitimado para ejercer la correspondiente acción de nulidad, que nunca podrá ser la persona que, de una u otra forma, haya aceptado su validez (137).

Una vez examinadas las causas de incapacidad, puede concluirse que no todas tienen la misma entidad, algo que el legislador no tiene en cuenta aunque se llegue, como hemos comprobado, a la nulidad del testamento por circunstancias totalmente ajenas al testador, ya fallecido, que ha manifestado su voluntad en un ambiente de respeto a las demás exigencias de forma y contenido del testamento. La sanción del legislador aún se ve más rígida si pensamos en la inidoneidad del testigo llamado voluntariamente por el testador o por el Notario (arts. 697.3.º y 707.7.º CC). Ahora que ha tenido reflejo la supresión de los testigos en los testamentos notariales nos preguntamos si los antedichos testigos siguen integrando la formalidad testamentaria y si es lógico llegar a la nulidad del testamento en su conjunto por su inidoneidad. Suponiendo que no integrasen la formalidad testamentaria, serían un medio de prueba apreciado libremente por el Juez y el artículo 687 ya no tendría lugar en este punto; tampoco tendrían mucho juego los artículos 681 y 682, pues la inidoneidad del testigo voluntario no acarrearía la nulidad del testamento. Lo que resulta evidente es que no tiene por qué ser válido un testamento sin testigos y nulo un testamento con testigos que han comparecido a petición del testador o del Notario sin ser idóneos, siempre y cuando en los dos casos se hayan cumplido los demás requisitos legales. Similares reflexiones ha vertido MERINO HERNÁNDEZ (138) a raíz de la reforma del artículo 90 de la Compilación aragonesa por la Ley de 21 de mayo de 1985 que suprimió la intervención de los testigos instrumentales sin hacer referencia a los requisitos que hayan de reunir ni a su número en caso de que intervengan voluntariamente. Nos planteamos así si el Código Civil puede seguir siendo derecho aplicable en tema de idoneidad teniendo en cuenta la disposición final de la mencionada Compilación en su remisión al Código Civil (139), y ello por el simple absurdo que sería pensar que va a ser más válido un testamento sin testigos que aquel otro en el que compareciendo voluntariamente éstos les falte algún requisito de los exigidos por el Código Civil para igual clase de testamentos. Entendemos, y en esto seguimos la postura de MERINO HERNÁNDEZ, que cuando intervengan testigos instrumentales, bien sea a requerimiento del testador, bien a petición del Notario autorizante, tales testigos podrán ser cualesquiera clase de personas y en cualquier número. No regirán para ellos las normas que sobre incapaci-

---

(137) DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, op. cit., t. IV, pág. 361

(138) *Comentarios al Código Civil*, op. cit., t. XXXIV, vol. 1.º, págs. 29-31

(139) «Las remisiones que la Compilación del Derecho civil hace al articulado del Código Civil se entenderán siempre en su redacción actual »

cidad o incompatibilidad establece el Código y, por supuesto, tampoco las que prevé respecto de las formalidades y solemnidades a seguir por el Notario respecto de los testigos. Basamos estas afirmaciones en la menor relevancia de las funciones que cumple el testigo instrumental voluntario frente a aquellos cuya intervención es obligada por la Ley, ya sea porque el testador no sabe o no puede firmar y entonces ha de hacerlo por él y a su ruego (arts. 697.1.º y 707.5.ºII CC) o porque no sabe o no puede leer el testamento, en cuyo caso, junto con los demás testigos concurrentes ha de leerlo y declarar que coincide con la voluntad manifestada por el testador (art. 697.2.º CC). El testigo instrumental voluntario se limita, en suma, a presenciar el acto del otorgamiento del testamento abierto o del cerrado y a afirmar el testamento correspondiente. No integra la formalidad testamentaria exigida por la Ley; su participación es pasiva, como la de un espectador que en algún momento posterior, si fuera necesario, podrá declarar sobre lo que se celebró en su presencia sirviendo de medio de prueba.

La supresión de algunas causas de inidoneidad ha marcado un pequeño avance en cuanto a la adopción de un criterio jurídico para valorar los efectos de su falta al ser eliminadas aquéllas que con más frecuencia eran fuente de nulidad de los testamentos. También significó un avance la famosa, por su carácter excepcional, Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899 (140) que no sancionó, manteniendo la validez del testamento, al testador, ni a los testigos ni al Notario que creyeron lo que todos creyeron y actuaron convencidos de la capacidad del testigo. Sin embargo, este criterio no ha sido tenido en cuenta en otras muchas ocasiones como sería deseable, quizá porque el requisito que faltaba en ese caso, la edad, hoy es más fácil de constatar y ahora no se presentan supuestos semejantes. Por último, no debe nunca olvidarse la cautela con que el Notario ha de conducirse por la responsabilidad en la que podría incurrir a la vista de lo preceptuado en los artículos 705 y 715 del Código Civil. Tampoco se ha de olvidar que el testamento cerrado puede ser nulo como tal, pero ello no impide su conversión en testamento ológrafo si reúne los requisitos y formalidades (art. 715.II CC), lo cual es un argumento a favor de la subsistencia de las últimas voluntades.

MARÍA DEL PILAR FERREIRA

Becaria de colaboración en las tareas de investigación  
del Departamento de Derecho Civil  
de la Universidad de Valladolid

# Monopolio de petróleo.

## Su necesaria desaparición como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades Europeas

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION.—II. NORMATIVA APLICABLE.—III. ESTACIONES DE SERVICIO. RÉGIMEN LEGAL. NORMAS DE COMUN APLICACION Y NORMAS ESPECIFICAS. ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES: A) ESTACIONES DE SERVICIO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN. B) LAS DEMAS ESTACIONES DE SERVICIO.—IV LA INSCRIPCION PROVISIONAL: A) SOLICITUDES. LUGAR Y FORMA DE PRESENTACIÓN. B) DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR PARA LA INSCRIPCION PROVISIONAL. C) TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE INSCRIPCION PROVISIONAL: 1. *Documentación incompleta*. 2. *Documentación completa*.—D) CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE DISTANCIAS MÍNIMAS. E) LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. F) LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO MERCANTIL. G) INTERVENCIÓN NOTARIAL, DEL REGISTRO MERCANTIL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—V. LA INTERVENCION NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POSTERIOR A LA INSCRIPCION PROVISIONAL Y ANTERIOR A LA INSCRIPCION DEFINITIVA.—VI. LA INSCRIPCION DEFINITIVA.—VII. DENEGACION DE LA INSCRIPCION DEFINITIVA Y SU CANCELACION.—VIII TRASCENDENCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA DENEGACION DE LA INSCRIPCION DEFINITIVA O SU CANCELACION.—IX. LA EXTINCION DE LAS CONCESIONES DE ESTACIONES DE SERVICIO.—X. AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO. INTERVENCION NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONCESIÓN 1. *Sin aumento de la zona de reversión al Estado*. 2. *Con aumento de la zona de reversión al Estado*.—B) AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO DE LA «RED PARALELA». C) AGRUPAMIENTO. D) TRANSFORMACIÓN DE LA UNIDAD DE SUMINISTRO EN ESTACIÓN DE SERVICIO.—XI. TRANSMISION DE LAS INSTALACIONES DE SUMINISTRO AL POR MENOR DE GASOLINAS Y GASOLEOS DE AUTOMOCION: A) INSTALACIONES SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONCESIÓN DEL ANTIGUO MONOPOLIO DE PETRÓLEOS: 1. *Normas generales*. 2. *Normas para la transmisión «inter*

vivos». 3. Normas para la transmisión «mortis causa».—B) LAS DEMÁS INSTALACIONES O «RED LIBRE».—XIII. ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE TRANSMISIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN.—XIV. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE SUPERFICIE. SU UTILIDAD EN ESTA MATERIA: A) CONCEPTO. B) NORMATIVA VIGENTE. C) NATURALEZA JURÍDICA. D) REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSTITUCIÓN. E) EFECTOS. F) EXTINCIÓN.—XV. ASPECTOS FISCALES DE INTERÉS.

## I. INTRODUCCION

El presente trabajo no quiere ser un estudio exhaustivo de la nueva regulación legal sobre el establecimiento de Estaciones de Servicio (utilizando este término en sentido amplio, que abarca tanto las unidades de suministro como las estaciones de servicio propiamente dichas) para el suministro de gasolinas y gasóleos de automoción nacida como consecuencia de la entrada del Reino de España en las Comunidades Europeas, que ha obligado en los últimos años al progresivo desmantelamiento del monopolio de petróleos, cuyas concesiones quedan extinguidas en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero (*BOE*, núm. 308, de 24 de diciembre de 1992), con la salvedad que la citada disposición adicional establece en su apartado 2.

Las disposiciones adicionales segunda y tercera contienen normas relativas a los agentes de aparatos surtidores y a los gestores de estaciones de servicio.

Únicamente se pretende con este trabajo fijar cuáles son las normas vigentes en materia de establecimiento, traslado, modificación y transmisión y gravamen de Estaciones de Servicio; qué organismos administrativos son competentes en la materia; una enumeración de las formas contractuales más habituales en dicho ámbito, con especial referencia al derecho de superficie, y también una referencia a algunos aspectos fiscales que han sido objeto de conflicto.

No contemplaré, salvo en algunas cuestiones muy concretas, el régimen de infracciones y sanciones por no resultar de interés en relación con este trabajo.

## II. NORMATIVA APLICABLE

1.º Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, que en sus disposiciones transitorias primera y segunda establece las disposiciones en la materia que continúan vigentes total o parcialmente,

siempre que no contradigan lo establecido en esta Ley, y que son las siguientes.

2.º Según la disposición transitoria primera y en tanto no se dicten las disposiciones que desarrollen la presente Ley:

- a) Real Decreto-Ley 2401/1985, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la Comunidad Económica Europea.
- b) Real Decreto 106/1988, de 12 de febrero, que modifica el anterior.
- c) Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción.
- d) Orden del Ministerio de Industria y Energía de 29 de julio de 1988 por la que se regula el criterio de prioridad en las solicitudes de inscripción en el Registro de Instalaciones de Venta al por Menor de Gasolinas y Gasóleos de Automoción.
- e) Las normas técnicas y de seguridad.

3.º Según la disposición transitoria segunda y en tanto no se extingan los derechos y obligaciones a que se refieren las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera, continuarán aplicándose:

- a) Orden Ministerial de 5 de marzo de 1970, antiguo Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos (*BOE* 9 de marzo y 3 de abril).
- b) Orden del Ministerio de Hacienda de 21 de enero de 1977 que modifica la anterior.
- c) Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de julio de 1986 que también modifica la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1970.
- d) El párrafo 2.º del artículo 5 del Real Decreto-Ley 5/1985, de 12 de diciembre, de adaptación del monopolio de petróleos.
- e) El artículo 6 de la Orden de 6 de julio de 1990 por la que se aprueba el sistema de precios máximos de venta al público de gasolinas y gasóleos en el ámbito de la Península e islas Baleares, con las modificaciones introducidas por el artículo 5 de la Ley 15/1992, de 5 de junio, sobre medidas urgentes para la progresiva adaptación del sector petrolero al marco comunitario.
- f) Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de octubre de 1979 sobre nombramiento y régimen jurídico de los agentes de instalaciones de venta del monopolio de petróleos.
- g) Orden del Ministerio de Hacienda de 3 de julio de 1980 que complementa y desarrolla la anterior.
- h) Orden del Ministerio de Hacienda de 25 de noviembre de 1980

sobre nombramiento y régimen jurídico de gestores de estaciones servicio del monopolio de petróleos.

4.º Disposiciones que continúan en vigor conforme a la disposición derogatoria única, número 2:

a) Orden de 6 de julio de 1990 por la que se aprueba el sistema de precios máximos de venta al público de gasolinas y gasóleos en el ámbito de la Península e islas Baleares, con excepción del artículo 6.º

b) Orden del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo de 3 de mayo de 1991 que establece el sistema de precios máximos de venta al público en Canarias.

c) Orden del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno de 8 de noviembre de 1991 por la que se aprueba el sistema de precios máximos de venta de gases licuados de petróleos a granel en el ámbito de la Península e islas Baleares.

d) Ley 15/1992, de 5 de junio, sobre medidas urgentes para la adaptación del sector petrolero al marco comunitario, y normas dictadas en su desarrollo y ejecución. Esta Ley en su artículo 1.º establece el régimen de distancias mínimas entre instalaciones de venta.

Otras normas de aplicación:

5.º La Ley 25/1988, de 29 de julio, que establece las normas reguladoras sobre carreteras y caminos.

6.º Real Decreto 1073/1977, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras, declarado vigente por la disposición transitoria 1.ª de la Ley de Carreteras.

7.º Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

8.º Decreto 215/1973, de 25 de enero (Ministerio de Obras Públicas, *BOE* de 16 de febrero). Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión.

9.º Orden-Circular del Director general de Carreteras 306/1989 P y P sobre calzadas de servicio y accesos a zonas de servicio de 9 de septiembre de 1989, establece un régimen de distancias entre accesos que afecta a la construcción de Estaciones de Servicio.

10. *Catalunya*: Circular 1/1992 del Director general de Carreteras del Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya sobre autorizaciones para la instalación de estaciones de servicio en carreteras convencionales, con IMD superior a 5.000 vehículos (modifica el artículo 86.1.m) del Reglamento General de Carreteras, por lo que su aplicación puede dar lugar a impugnaciones basadas en violación de la jerarquía normativa).



11. Orden del Ministerio de Industria de 29 de julio de 1988 que publica la instancia a presentar en el Registro de Instalaciones de Suministro de la Dirección General de la Energía, única que se admite, y también normas complementarias al Real Decreto 645/1988.

12. *Catalunya*: Decret-Legislatiu 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación vigente en Catalunya en materia urbanística (arts. 115-117 en cuanto a calificación del suelo, y 240-243 sobre cesión de derechos de superficie).

13. Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

14. Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (arts. 78 y 81.2 en cuanto a calificación del suelo, y las normas relativas al Decreto de superficie).

15. Código Civil.

16. Código de Comercio.

17. Ley de Sociedades Anónimas.

18. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

19. Reglamento del Registro Mercantil.

20. Ley y Reglamento Hipotecarios.

21. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y las normas reglamentarias en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la Ley.

22. Ley y Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Ley 32/1980, de 21 de junio, texto refundido del Real Decreto legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, y Real Decreto 3494/1981, de 29 de diciembre).

23. Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (Ley 29/1987, de 18 de diciembre).

24. Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, subsección 6.ª. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, artículo 106, letra f).

### III. ESTACIONES DE SERVICIO. RÉGIMEN LEGAL.

#### NORMAS DE COMUN APLICACION Y NORMAS ESPECIFICAS. ASPECTOS NOTARIALES Y REGISTRALES

##### A) ESTACIONES DE SERVICIO EN RÉGIMEN DE CONCESIÓN

Como hemos visto, la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, establece en su disposición adicional 1.ª la extinción, en el plazo de un mes desde su publicación (BOE 24 de diciembre), de las concesiones otorgadas por el

Monopolio de Petr6leos, que quedar6n autom6ticamente convertidas en autorizaciones administrativas.

No obstante, la citada disposici6n adicional en su n6mero 2 permite dentro del plazo de un mes desde la publicaci6n de la Ley, es decir, durante el plazo en que todav6a no se han extinguido las concesiones, optar por su mantenimiento, manifest6ndolo as6 por escrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

As6 pues, si bien no podr6n concederse nuevas concesiones, las concesiones que se mantengan se registrar6n por las normas generales aplicables a todas las estaciones de servicio, con las siguientes normas espec6ficas:

1.ª Las que resultan de la disposici6n adicional primera de la Ley 34/1992:

a) Corresponde al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo el ejercicio de las competencias del ente concedente.

b) Las instalaciones de venta acogidas a la presente disposici6n podr6n ser abastecidas libremente por cualquier operador autorizado.

c) No obstante, sus titulares tendr6n la posibilidad de solicitar del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo la designaci6n de un suministrador para la venta a comisi6n, cuya selecci6n se har6 de forma no discriminatoria.

d) Las Comisiones devengadas por quienes act6en bajo este r6gimen jur6dico ser6n determinadas por el ente concedente y satisfechas por el suministrador, quien fijar6 el precio de venta al p6blico de conformidad con el r6gimen general.

2.ª Los siguientes art6culos de la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970, declarada vigente por la disposici6n transitoria segunda:

a) En cuanto a derechos espec6ficos del concesionario, el art6culo 44, letras h), i), j) y k).

b) Y los art6culos 50-53 y 64-70 que regulan la transmisi6n, gravamen y finalizaci6n de la concesi6n.

En todo lo dem6s se registrar6n por la Ley 34/1992 y el Real Decreto 645/1988, de 24 de junio.

*La inmatriculaci6n de la concesi6n* en el Registro de la Propiedad se habr6 producido normalmente (o se deber6a haber producido, pues hay muchas concesiones no inscritas) a trav6s de la presentaci6n en el Registro correspondiente del t6tulo expedido por la Delegaci6n del Gobierno en CAMPSA con los requisitos de los art6culos 31, p6rrafo 1.º; 44, 6.º; 60 y 61 del Reglamento Hipotecario en su actual redacci6n. Cabe tambi6n la

inmatriculación en la forma prevista por el artículo 301 del Reglamento Hipotecario en relación con los artículos 205 de la Ley y 298 del Reglamento Hipotecarios.

Ante la declaración contenida en la disposición adicional primera, las concesiones inscritas en el Registro de la Propiedad PODRAN ser canceladas de acuerdo con lo que establecen los artículos 79.2.º y 82, párrafo 2.º, primera parte, de la Ley Hipotecaria.

Pero como existen todavía muchas concesiones no inscritas, si se opta por su titular por continuar en el régimen de concesión y todavía no tiene inscrito su título concesional podrá hacerlo en la forma expuesta, debiendo expedirse el título, en su caso, por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

## **B) LAS DEMÁS ESTACIONES DE SERVICIO**

Antes de entrar en vigor la nueva Ley 34/1992, de 22 de diciembre, se denominan estaciones de la «red paralela» las construidas fuera del ámbito del Monopolio de Petróleos.

Su regulación, basada en el sistema de autorización administrativa, viene establecida esencialmente por el vigente Reglamento Real Decreto 645/1988, declarado vigente (DT 1.ª) por la Ley de Ordenación del Sector Petrolero.

A las estaciones de servicio de Canarias, Ceuta y Melilla sólo les serán de aplicación las normas del capítulo primero del vigente Reglamento, consecuencia lógica de su especial régimen jurídico.

## **Establecimiento de instalaciones de suministro de gasolinas y gasóleos de automoción**

El Reglamento de 1988 (RD 645/1988) atribuyó la competencia en la materia al Ministerio de Industria y Energía (hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo) y, dentro de éste, a la Dirección General de la Energía, creando un Registro de instalaciones donde deberán inscribirse obligatoriamente todas las instalaciones de venta.

En cuanto a las instalaciones existentes a la entrada en vigor del Reglamento de 1988, es decir, todas las sujetas al régimen de concesión, la disposición adicional 4.ª del mismo establece su inscripción de oficio en dicho Registro, a cuyo objeto la Delegación del Gobierno en CAMPSA remitió a la Dirección General de la Energía relación certificada en todos los puntos de venta, con indicación de sus títulos y, en su caso, arrendatario,

emplazamiento y demás circunstancias que contribuyan a su correcta identificación (la mayoría de estas estaciones de servicio no cumplían los requisitos formales exigidos por el actual Reglamento, y cuando se ha solicitado alguna modificación por reformas, etc., se ha aprovechado para su regularización, lo que ha exigido tanto la Delegación del Gobierno en CAMPSA como la Dirección General de la Energía).

La nueva Ley, que generaliza el sistema de autorización administrativa (art. 7.1), atribuye la competencia a las Comunidades Autónomas que la hayan asumido (art. 10).

Sin embargo, se mantiene el Registro Central de la Dirección General de la Energía del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (art. 8.3) a efectos de control, que será, en todo caso, quien velará por el cumplimiento del régimen de distancias mínimas entre instalaciones de venta (art. 10.3, penúltimo párrafo) y quien emita las certificaciones de los datos que consten en el Registro y que serán requisito para el otorgamiento por las Comunidades Autónomas de las autorizaciones administrativas que son de su competencia (art. 10.3, penúltimo párrafo).

Asimismo corresponde, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Ley, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo la inspección, control y sanción del régimen de existencias mínimas de seguridad regulado en el artículo 11 de la Ley.

### **Quién puede establecer estaciones de servicio**

Podrán establecerlas las personas a que se refiere el artículo 4.º del Reglamento. Así pues:

— Operadores autorizados por el Real Decreto 2401/1985, de 27 de diciembre, modificado por Real Decreto 106/1988, de 12 de febrero.

— Cualquier persona física o jurídica que disponga de contrato en exclusiva con algún operador autorizado.

### **Requisitos de establecimiento**

Los determina el artículo 13 del actual Reglamento y son los siguientes:

1.º Inscripción provisional en el Registro de instalaciones de venta al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción de la Dirección General de la Energía del Ministerio de Industria y en los que se creen en la correspondiente Comunidad Autónoma.

2.º Tener asegurado el suministro de los productos cuya venta al público se pretende.

3.º Disponer del acta de puesta en marcha de las instalaciones otorgadas por el órgano administrativo competente en materia de industria (en Catalunya la Conselleria de Industria) de acuerdo con la normativa vigente en la materia.

#### IV. LA INSCRIPCION PROVISIONAL

##### A) SOLICITUDES. LUGAR Y FORMA DE PRESENTACIÓN

De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento vigente y de la Orden del Ministerio de Industria de 29 de julio de 1988 (*BOE* 3 de agosto, que estableció el modelo que acompañamos como anexo I a este trabajo), LAS SOLICITUDES, acompañadas por la documentación establecida en el artículo 15.1 del citado Reglamento, PODRAN PRESENTARSE EN:

- Registro General del Ministerio de Industria y Energía y/o en el de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando se creen.
- Direcciones Provinciales del Ministerio y/o en las de la correspondiente Comunidad Autónoma.
- Gobiernos civiles.
- Oficinas de Correos (envío certificado).

En todas las solicitudes deberá hacerse constar, por el órgano de la Administración receptor de las mismas, fecha y hora de presentación (art. 14 del Reglamento). En caso de recibirse alguna solicitud sin que conste la hora de presentación tendrán prioridad sobre ellas todas las presentadas el mismo día con las que pudiera haber concurrencia de intereses (art. 3.º, párr. 2, de la OM 29-VII-1988, citada).

##### B) DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR PARA LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL

1. Acreditación de la personalidad de acuerdo con la prevista en el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 15.1.º1) del Reglamento:

- Persona física: DNI.
- Persona jurídica: Escritura de constitución de la sociedad, estatutos sociales y composición de los órganos de gestión.
- Se entiende acreditada la personalidad de CAMPSA y operadores autorizados (art. 15.1.º1, párrafo 2).

## 2. Cumplimiento del régimen de distancias.

### Documentación obligatoria:

— Certificado de distancias a la estación de servicio o aparato surtidor con derecho a distancias (DA 2.<sup>a</sup> del Reglamento) más próxima en la que consten expresamente:

- \* Localización exacta de la pretendida ubicación.
- \* Localización exacta de la estación de servicio o aparato surtidor con derecho a distancia respecto del cual se mide la distancia.
- \* Que dicha estación de servicio (o aparato surtidor) con derecho a distancia es la más próxima.
- \* Distancia exacta.
- \* Plano a escala 1:50.000 con indicación del emplazamiento solicitado y la instalación con derecho a distancias más próxima.

### Documentación adicional, en su caso:

\* Acreditación de la condición del suelo (urbano, de influencia urbana...) de acuerdo con lo establecido en los artículos 11 y 12 del citado Reglamento y según lo establecido en la normativa vigente sobre régimen del suelo.

\* Número de habitantes que figura en el último censo de la población con objeto de verificar si se cumple el régimen de distancias mínimas mediante certificado extendido por el Ayuntamiento correspondiente.

\* Plano a escala adecuada para localizar con exactitud la situación de la pretendida ubicación si ésta no queda claramente establecida en el plano 1:50.000.

## 3. Acreditación de la propiedad según los casos:

— DOCUMENTO PUBLICO QUE ACREDITE LA PROPIEDAD, DERECHO REAL O ARRENDAMIENTO DE LOS TERRENOS *DEBIDAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD*. (Este aspecto será objeto de comentario en un apartado específico más adelante.)

— Autorización o concesión, según proceda, de la entidad estatal, autonómica o local a quien corresponda la propiedad de los terrenos.

— DOCUMENTO PUBLICO *DEBIDAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD* EN VIRTUD DEL CUAL EL SOLICITANTE OSTENTA DERECHO DE OPCION DE COMPRA, ARRENDAMIENTO DE LOS TERRENOS U OTRO DERECHO DE UTILIZACION SIEMPRE QUE EL PLAZO PARA EJERCITARLO SEA SUPERIOR A DOS AÑOS SIN EXCEDER DE CUATRO. (Este apartado también será objeto de comentario más adelante.)

4. Acreditación de que EN EL MOMENTO DE LA SOLICITUD se dispone de las licencias y autorizaciones municipales y de carreteras:

- Licencia de obras del Ayuntamiento.
- Licencia de actividad.
- Autorización, si procede, del organismo competente en materia de carreteras sobre la vía pública donde se pretende ubicar la instalación.

A los efectos anteriores se resalta que NO SON VALIDOS informes favorables de los citados organismos. Unicamente se entenderá acreditado este punto cuando a la solicitud se acompañen las LICENCIAS CITADAS y, en su caso, la AUTORIZACION DE CARRETERAS.

### C) TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE INSCRIPCIÓN PROVISIONAL

#### 1. *Documentación incompleta*

Examinada la documentación presentada, la Dirección General de la Energía (o, en su caso, el órgano competente de la Comunidad Autónoma de que se trate) notificará esta situación al interesado para que pueda subsanar las faltas en un plazo máximo de diez días hábiles. Terminado este plazo sin que así se hiciere, la solicitud se archivará sin más trámite, perdiendo el solicitante los derechos derivados de la fecha y hora de presentación de la solicitud (art. 4.º OM 29-VII-1988).

No obstante, y dado que el artículo 15.1.4 del Reglamento señala que las licencias y autorizaciones DEBERA HABERLAS OBTENIDO ANTES DE FORMULAR LA SOLICITUD si para subsanar la omisión documental presentase una licencia o autorización posterior a la solicitud, NO SE ENTENDERA SUBSANADA la omisión y se procederá al archivo.

#### 2. *Documentación completa*

Presentada la documentación acreditativa de los requisitos exigidos, se procederá al estudio y resolución de las diferentes solicitudes respetando rigurosamente el orden de entrada de las mismas.

A EFECTOS DE PRIORIDAD EN LA TRAMITACION DE LA INSCRIPCION PROVISIONAL UNICAMENTE SERA VALIDA LA FECHA EN QUE SE ENTREGUEN TODOS LOS DOCUMENTOS OBLIGATORIOS EXIGIDOS, a los que ya hemos hecho referencia.

En cualquier momento y con objeto de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 645/1988, la Dirección General de la Energía podrá requerir al peticionario la presentación de documentación adicional, como, por ejemplo:

- Originales o fotocopias compulsadas de todos o alguno de los documentos presentados.

— Definición única del emplazamiento solicitado mediante certificado expedido por el organismo competente y acreditación de la validez de todos los documentos presentados para la denominación elegida.

— Documentación adicional en relación al cumplimiento del régimen de distancias.

En estos casos en que se requiera la documentación adicional se mantendrá la fecha y hora en que fue presentada la solicitud con la documentación obligatoria completa, siempre y cuando se cumplan los plazos que se fijen para la entrega de la documentación original requerida (párrafo 2.º de la OM 29-VII-1988).

#### D) CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE DISTANCIAS MÍNIMAS

##### 1. Tienen derecho a distancia:

— Las estaciones de servicio inscritas provisional o definitivamente en el Registro, estén o no sujetas al régimen de concesión por haber optado a él (art. 10.1 del Reglamento).

— Los aparatos surtidores aprobados al amparo del Reglamento de 1980 (OM 10 abril 1980), según disposición adicional 2.ª del vigente Reglamento.

2. Las distancias mínimas entre instalaciones de venta de gasolinas y gasóleos de automoción vienen establecidas en la actualidad por la Ley 15/1992, de 5 de junio, sobre medidas urgentes para la progresiva adaptación del sector petrolero al marco comunitario.

3. A efectos de aplicación del régimen de distancias se estará a lo establecido por los artículos 11 y 12 del vigente Reglamento.

4. El régimen de distancias es aplicable en todo caso y no se recogen excepciones para las estaciones de un mismo titular.

#### E) LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

«Quien pretenda el establecimiento de una instalación de suministro de gasolinas y gasóleos de automoción deberá PREVIAMENTE, como exige el artículo 15.1.3 del Real Decreto 645/1988, acreditar MEDIANTE DOCUMENTO PUBLICO la PROPIEDAD, DERECHO REAL o ARRENDAMIENTO DE LOS TERRENOS en que ha de instalarse la estación de servicio, DEBIDAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD... Si fuera preciso SE EXIGIRA ESCRITURA PUBLICA DE FORMACION DE FINCA REGISTRAL INDEPENDIENTE DEL TERRENO CITADO.»



«A los efectos anteriores —continúa el precepto citado— se asimilará al título de propiedad el documento público en virtud del cual el solicitante ostente el DERECHO DE OPCION DE COMPRA O ARRENDAMIENTO de los terrenos en cuestión U OTRO DERECHO DE UTILIZACION, siempre que el plazo para ejercitarlo sea superior a dos años sin exceder de cuatro.»

Así pues, quien pretenda establecer una instalación de suministro de gasolinas o gasóleos de automoción, si no es titular de uno de los derechos a que hace referencia en el artículo 15.1.3 del Reglamento deberá adquirir alguno de ellos por cualquiera de los medios admitidos en nuestro Derecho (art. 609 del CC), lo que nos lleva a fijar *cuáles son los títulos que permiten efectuar la solicitud de inscripción provisional si se reúnen los demás requisitos*.

1.º El dominio o derecho de propiedad.

2.º Algunos derechos reales:

— Derecho de usufructo, con facultad de disposición, al menos, para construir la estación de servicio.

— Censo.

— Derecho de superficie (sobre esta figura efectuaremos un comentario más detallado).

— El arrendamiento con facultad de construir y declarar la obra nueva.

— El derecho de opción de compra.

Y finalmente, el Real Decreto 645/1988 habla del derecho de opción al arrendamiento u otro derecho de utilización.

La redacción del párrafo 2.º del artículo 15.1.3 del Reglamento me parece poco afortunada desde la perspectiva de una buena técnica jurídica, pues su redacción es confusa.

Las novedades más importantes que introduce el artículo 15.1.3 son la exigencia de DOCUMENTO PUBLICO DE ADQUISICION INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD para solicitar la inscripción provisional, salvo los supuestos de autorización o concesión, según los casos, de la entidad estatal, autonómica o local a quien corresponda la propiedad de los terrenos. En los supuestos de opción de compra o arrendamiento la inscripción provisional puede efectuarse, pero condicionada al ejercicio de la opción y su inscripción en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de seis meses siguientes a aquella (art. 15.1.3, 2.º párrafo, 2.ª parte).

Estas exigencias del Reglamento refuerzan la función notarial y del Registro de la Propiedad.

Pero el Reglamento todavía exige un «plus», pues el terreno donde se pretenda construir una estación de servicio deberá constituir una finca regis-

tral independiente, por lo que, en su caso, se deberá agrupar, segregar o dividir.

Quien sea propietario del dominio pleno podrá efectuar esas operaciones sin mayor problema.

Quien tenga la propiedad gravada, para efectuar esas operaciones necesitará la intervención o autorización de los titulares de los derechos que limitan el derecho de propiedad, como el usufructuario, el titular o dueño del predio dominante en las servidumbres; en otros casos, como los censos, se deberán redimir.

Quien sea titular de un derecho real, de un arrendamiento o de un derecho de opción sobre los terrenos precisará necesariamente para la formación de finca registral independiente, si no lo es sobre la que recaen, la intervención del propietario.

Ello comportará normalmente, difícilmente encontramos fincas para los fines de que aquí se trata que no requieran alguna o varias de esas operaciones, una o más escrituras públicas y varias inscripciones en el Registro de la Propiedad.

No siempre el Notario y el Registrador tendrán conocimiento en esta fase previa o de preparación de la inscripción provisional en el Registro del Ministerio de Industria de cuál es el destino de los terrenos objeto del título y de la inscripción, salvo que los contratantes lo hayan puesto de manifiesto en el documento público, lo cual necesariamente deberán hacer en los supuestos de constitución de derecho de superficie, pues en los casos de usufructo, arrendamiento o derecho de utilización la autorización para construir podría ser genérica.

#### F) INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO MERCANTIL

De acuerdo con el artículo 15.1.1, segundo párrafo:

«Cuando se trate de personas jurídicas deberán aportar, además, los Estatutos sociales y la composición de los órganos de gestión.»

Hay que entender que podrá tratarse de sociedades constituidas e inscritas en el Registro Mercantil en cualquiera de las formas admitidas por nuestra legislación, pero su objeto deberá ser específico.

Tratándose de sociedades extranjeras, deberán tener sucursal abierta en España e inscrita en el Registro Mercantil correspondiente.

Si no se hallan constituidas deberán constituirse antes de solicitar la inscripción provisional.

**G) INTERVENCIÓN NOTARIAL, DEL REGISTRO MERCANTIL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD**

Esta triple intervención previa a la inscripción provisional y sobre la base de un solo documento público se producirá en los supuestos de constitución o ampliación del capital de las sociedades con aportaciones no dinerarias de inmuebles, derechos reales o de arrendamiento o de opción sobre los mismos si se hubiera pactado para estos últimos mismos la posibilidad de cesión a terceros, siempre con la finalidad de establecimiento de una instalación de suministro.

**V. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN PROVISIONAL Y ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DEFINITIVA**

Si bien el Reglamento vigente no lo exige expresamente ni para el acta de puesta en marcha de las instalaciones es preceptivo, se exige por la Dirección General de la Energía para conceder la inscripción definitiva el OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.

Documentos que deberán exigir el Notario y el Registrador de la Propiedad para otorgar e inscribir la escritura de declaración de obra nueva.

Deberemos distinguir los siguientes supuestos:

- a) Declaración de obra nueva en construcción.
- b) Declaración de obra nueva terminada.

En el primer supuesto deberá acreditarse la inscripción provisional en el Registro de la Dirección General de la Energía y además, aunque ello resultará de la inscripción provisional, la licencia de proyecto y certificación a que hace referencia el artículo 25 de la vigente Ley del Suelo y Ordenación Urbana y concordantes; los demás requisitos ya resultarán de la inscripción provisional.

En el segundo supuesto, entiendo que tanto el Notario como el Registrador podrán exigir la acreditación de la inscripción provisional, la obtención del acta de puesta en marcha y la inscripción de la instalación en el Registro Industrial por aplicación del artículo 15.1.3), además de los requisitos exigidos por el artículo 25 de la Ley del Suelo.

No creo que deba exigirse el requisito del artículo 13.2 del Reglamento (tener asegurado el suministro).

No actuar de la forma expuesta implicaría, en mi modesta opinión, crear una apariencia de derecho que no se correspondería con la realidad, y más

si se tiene en cuenta el concepto de unidad de explotación que algunas resoluciones judiciales vienen atribuyendo a las Estaciones de Servicio.

Como mínimo, si no se exigen estos requisitos el Notario debería hacer las advertencias pertinentes en la escritura, y en el Registro cabría solicitar anotación de suspensión por defecto subsanable.

### **Quién deberá otorgar la escritura de obra nueva**

El titular del dominio pleno o del derecho real o el arrendatario, en estos dos últimos casos si tienen facultades para ello que resulten del documento público en que se constituya el derecho real o el arrendamiento y, en su caso, junto con el propietario.

## **VI. LA INSCRIPCION DEFINITIVA**

Viene regulada en el artículo 16 en relación con el 13 del Reglamento.

Una vez obtenida la inscripción provisional, se dispone de un año como máximo para conseguir la definitiva. Por ello, antes de que expire dicho plazo deberá presentarse la siguiente documentación:

- Acta de puesta en marcha de las instalaciones.
- Disponer de un contrato por un período mínimo de tres años con un operador autorizado.
- Declaración de obra nueva de la Estación de Servicio, con descripción de tanques, instalaciones, edificaciones.

En el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo existe un Registro con la relación de las compañías que en estos momentos disponen de título de operador autorizado.

La autorización de la inscripción definitiva deberá ser motivada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 16.3 del Reglamento).

## **VII. DENEGACION DE LA INSCRIPCION DEFINITIVA Y SU CANCELACION**

Ambas, al igual que la autorización, deberán ser motivadas (art. 16.3 del Reglamento).

Las causas y efectos de la cancelación están reguladas en el artículo 16.2 del Reglamento.

Causas de cancelación de las inscripciones definitivas:

- a) Petición del titular.
- b) Incumplimiento del apartado 2 del artículo 13 del Reglamento, es decir, no tener el suministro asegurado.
- c) Revocación de las autorizaciones administrativas precisas.
- d) Dejar de funcionar la instalación de suministro durante el plazo continuado de un año.

Efectos de la cancelación:

- a) Pérdida de eficacia.
- b) Caducidad de derechos.

Las inscripciones producen efectos hasta tanto se dicte la resolución de cancelación. Por lo tanto hasta dicho momento el régimen de distancias será aplicable para todas las estaciones registradas.

#### VIII. TRASCENDENCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEFINITIVA O SU CANCELACIÓN

El vigente Reglamento no ha previsto nada al respecto.

Sería conveniente que se arbitrara algún sistema para que de la denegación o cancelación se pudiera de alguna forma tomar constancia en el Registro de la Propiedad, aunque fuera por nota marginal.

#### IX. LA EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES DE ESTACIONES DE SERVICIO

Las causas y los efectos de la extinción están regulados en los artículos 64 y siguientes del anterior Reglamento (OM de Hacienda de 5 de marzo de 1970), aplicable únicamente a los que se hayan acogido a lo dispuesto en la disposición adicional primera, número 2, de la Ley 34/1992 de ordenación del sector petrolero.

Causas de la extinción:

- a) Expiración del plazo señalado (setenta y cinco años o finalización de la autorización o concesión de la entidad pública que legitime la utilización del suelo).
- b) Mutuo acuerdo de la Administración y el concesionario.

- c) Caducidad de la concesión.
- d) Renuncia del concesionario.

Efectos de la extinción.

Son distintos en cada supuesto de extinción.

a) Por expiración del plazo (art. 66) se producirá la reversión al Estado de instalaciones y terrenos definidos en la concesión o su modificación. Si fuera necesario el concesionario otorgará cuantos documentos fueren precisos para legalizar la propiedad de los terrenos e instalaciones a favor del Estado.

b) En las carreteras y autopistas objeto de concesión, finalizada ésta se extingue la concesión de las Estaciones de Servicio otorgadas por la Delegación del Gobierno en CAMPSA, quedando las instalaciones en poder de estas últimas; también se entienden extinguidos los contratos entre la concesionaria de la carretera o autopista y los gestores de las estaciones de servicio (art. 67).

c) En los supuestos de mutuo acuerdo y salvo pacto en contrario no hay reversión y el propietario únicamente debe desmontar y retirar las instalaciones (art. 68).

d) En los supuestos de caducidad se produce la reversión a favor del Estado de terrenos e instalaciones; únicamente se paga al concesionario el valor residual de los elementos materiales adscritos a la Estación de Servicio (arts. 69 y 70).

e) En la renuncia, que cabe transcurridos cinco años desde la concesión, rescatando los bienes sujetos a reversión, pero pagando al Estado el valor de las instalaciones y los terrenos, deducida la amortización (art. 71).

f) Posibilidad que la persona que en ese momento sea concesionario pueda solicitar se le designe arrendatario (art. 53).

### **Caducidad**

Puede ser causa de caducidad la comisión de infracciones calificadas como muy graves, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes.

### **Cancelación de la inscripción de la concesión en el Registro de la Propiedad**

Cuando se extingan las concesiones cuyas titularidades hayan decidido mantener:

Se harán constar de acuerdo con lo establecido por el artículo 79 de la Ley Hipotecaria y 173 del Reglamento Hipotecario, mediante la presenta-

ción en el Registro del documento que acredite extinción de la concesión, que entiendo podrá ser una certificación expedida a tal objeto por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (DA 1.º2 de la Ley 34/1992).

¿Deberá cancelarse la inscripción de los terrenos objeto de reversión por aplicación del artículo 339.2.º del Código Civil en relación con el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario?

## X. AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO. INTERVENCIÓN NOTARIAL Y DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

De acuerdo con el artículo 13 del Reglamento vigente se exigirán los mismos requisitos que para el primer establecimiento.

Sin embargo, precisamente por tratarse de ampliaciones o modificaciones tienen unas peculiaridades a las que vamos a hacer referencia a continuación.

### A) AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONCESIÓN (a partir de la Ley 34/1992 serán las menos)

#### 1. *Sin aumento de la zona de reversión al Estado*

No basta una solicitud al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y la comunicación de ésta a la Dirección General de la Energía.

Se exige siempre:

- Proyecto completo de modificación, tanto de las edificaciones como de los tanques y demás instalaciones.
- Licencia de obras del Ayuntamiento.
- Autorización del organismo competente en materia de carreteras.
- Escritura de modificación de la obra nueva debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente. Sin este requisito únicamente se autoriza condicionalmente la modificación, concediéndose un plazo variable (tres meses habitualmente) para completar este requisito.

El Notario y el Registrador exigirán los requisitos del artículo 25 de la Ley del Suelo.

## 2. *Con aumento de la zona de reversión*

Se pueden utilizar dos vías:

a) La presentación de la licencia de obras del Ayuntamiento y de Carreteras y la certificación de distancias en el Registro de instalaciones de la Dirección General de la Energía, quien solicitará el informe favorable del nuevo órgano competente del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, el cual exigirá para dar su aprobación, además, la escritura pública de aumento de la zona de reversión —recordemos que siempre debe constituir finca independiente—, lo que implicará como mínimo el otorgamiento de una escritura de agrupación para aumentar la cabida de la finca y también la escritura de modificación de la obra nueva.

b) La presentación de toda la documentación en el Ministerio de Industria, y una vez cumplimentada y aprobada por el organismo competente presentarla en el Registro de instalaciones.

### B) AMPLIACIONES Y MODIFICACIONES DE LAS DEMÁS ESTACIONES DE SERVICIO

De acuerdo con las normas dictadas por la Dirección General de la Energía en cuanto al funcionamiento del Registro, no se necesita autorización para la modificación si no hay aumento de la zona de ocupación.

Si hay aumento de la zona de ocupación, aunque la Dirección General de la Energía no lo exige de momento, debería otorgarse escritura de ampliación de la zona de ocupación y, en su caso, de modificación de la obra nueva, de acuerdo con el artículo 15.1.3 del Reglamento.

La Dirección General de la Energía sí exige la licencia de obras del Ayuntamiento y, en su caso, del organismo competente en materia de carreteras y la certificación de distancias.

### C) AGRUPAMIENTO

Aparte de las distancias entre el agrupamiento y la zona de servicio principal.

Para su construcción se exigen los mismos requisitos que para el primer establecimiento de la estación de servicio principal, por lo que me remito a lo ya explicado.

Si se trata de una estación de servicio en régimen de concesión será necesaria la autorización de la Delegación del Gobierno en CAMPSA.



#### D) TRANSFORMACIÓN DE LA UNIDAD DE SUMINISTRO EN ESTACIÓN DE SERVICIO

Se exigen los mismos requisitos que para el primer establecimiento de la estación de servicio.

### XI. TRASLADO DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO

Se aplicará lo establecido en el artículo 17 del Reglamento.

Deberá acreditarse:

— Que existe una causa ajena al titular para el traslado mediante certificado del organismo competente.

— Que la nueva ubicación se encuentra en el mismo tipo de zona según la clasificación del artículo 11.

— Que la distancia del nuevo emplazamiento al que se abandona es inferior a 5 kilómetros.

— Que se dispone de las licencias municipales y autorizaciones de carreteras, en su caso, para el nuevo emplazamiento.

— Que se dispone de la propiedad, arrendamiento, etc., del terreno.

Es decir, todos los necesarios para la inscripción menos el certificado de distancias.

### XII. TRANSMISION DE LAS INSTALACIONES DE SUMINISTRO AL POR MENOR DE GASOLINAS Y GASOLEOS DE AUTOMOCION

#### A) INSTALACIONES SUJETAS AL RÉGIMEN DE CONCESIÓN DEL ANTIGUO MONOPOLIO DE PETRÓLEOS

La transmisión de estas instalaciones de suministro se rige exclusivamente por el antiguo Reglamento (OM de Hacienda de 5 de marzo de 1970) y específicamente por el artículo 50 de dicho Reglamento.

##### 1. *Normas generales*

Establece en su artículo 50 del Reglamento de 5 de marzo de 1970, en su párrafo 3.º, que:

«La concesión, sus instalaciones y terrenos no podrán en ningún caso ser objeto separado de transmisión, arrendamiento o gravamen, y éstos no podrán concertarse por tiempo superior a la duración de la concesión.»

Como podemos ver, el anterior Reglamento ya consideraba a las Estaciones de Servicio, si bien podría considerarse como la consecuencia lógica del régimen concesional del monopolio y de la reversión al Estado de los terrenos e instalaciones como una unidad de explotación inseparable.

El plazo de la concesión y la consiguiente reversión al Estado determina el límite temporal en que puede transmitirse, arrendarse o gravarse la estación de servicio.

## 2. Normas para la transmisión «*inter vivos*»

a) Las Estaciones de Servicio en régimen de concesión no podrán cederse (transmitirse, arrendarse o gravarse) por actos *inter vivos* mientras no estén en servicio las respectivas instalaciones (art. 50, párr. 1.º).

b) Necesidad de autorización expresa y previa en todo caso.

«Una vez suscrita el acta de conformidad para la puesta en funcionamiento de la estación de servicio, el concesionario podrá ceder, arrendar o gravar la concesión, sus instalaciones y terrenos siempre que previamente sea autorizado por la Delegación de Gobierno (ahora Ministerio de Industria), quien atendidas las circunstancias concurrentes en la persona del adquirente lo autorizará o denegará» (art. 50, párr. 2.º).

Esta exigencia de previa autorización planteaba serios problemas, ya que la presentación en la Delegación del Gobierno en CAMPSA de un proyecto de contrato (compra, arrendamiento, etc.) y que recibida la autorización no era susceptible de variación sin nueva autorización y además la tardanza de las autorizaciones producía en muchísimos casos que muchas operaciones no llegaran a feliz término.

Para solucionar este problema y facilitar la contratación los contratos de transmisión, arrendamiento o gravamen de las estaciones de servicio se han venido realizando sujetándolos a una condición suspensiva que ha sido admitida por la Delegación del Gobierno en CAMPSA (espero que el Ministerio de Industria siga el mismo criterio) y cuya redacción es la siguiente:

«La venta (o arrendamiento) objeto de este contrato queda sujeta a la condición suspensiva de que por la parte vendedora (o propietario o usufructuario) se obtenga de la Delegación del Gobierno en CAMPSA (ahora Ministerio de Industria) la pertinente autorización, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento para suministro y venta de carburantes y combustibles líquidos objeto del Monopolio de Petróleos (Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970), colaborando los aquí contratantes en lo que fuera necesario al objeto de agilizar el trámite de las autorizaciones.»

Esta cláusula ha sido admitida tanto por los Notarios como por los

Registradores de la Propiedad y las escrituras de transmisión o arrendamiento de estaciones de servicio en régimen de concesión han podido otorgarse y acceder rápidamente al Registro de la Propiedad, evitándose así la situación de incertidumbre que antes se producía.

Recibida la autorización se presentaba en el Registro de la Propiedad acompañada de una instancia y se cancelaba la condición suspensiva.

Téngase en cuenta que los adquirentes o arrendatarios de estaciones de servicio en régimen de concesión son, en la mayoría de los casos, operadores autorizados.

Con el sistema de permitirse incluir en los citados contratos la «condición suspensiva» se ha dulcificado también la aplicación del apartado 11 del artículo 107 del Reglamento de 1970 (no derogado por el Reglamento de 1988 en este punto y tampoco hay que entenderlo derogado por la Ley 34/1982), que considera infracción muy grave la falta de esa autorización expresa y previa y la sanciona incluso con la caducidad de la concesión.

Creo que la razón por la que se permitió realizar las transmisiones y arrendamientos de estaciones de servicio sujetas a condición suspensiva fue considerar que la llamada «AUTORIZACION PREVIA», más que una autorización de carácter discrecional es una «VERIFICACION PREVIA» de la concurrencia en el adquirente o arrendatario de la capacidad legal necesaria.

c) Quién puede arrendar o adquirir estaciones de servicio sujetas al régimen de concesión.

Con anterioridad a la entrada de España en la CEE, únicamente podían ser concesionarios las personas que ostentaran la nacionalidad española y tratándose de sociedades no se permitía participación extranjera en el capital (arts. 15 y 17 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970).

Evidentemente, desde la adhesión de España a la Comunidad Europea los nacionales de los países miembros quedaron equiparados a los españoles.

Actualmente habrá que estar a lo que dispone el artículo 2.º, párrafo 2.º, del vigente Reglamento en relación con el artículo 4.º del mismo.

Así pues, tienen capacidad para adquirir concesiones:

1) Operadores autorizados.

2) Cualquier persona física o jurídica que disponga de contrato en exclusiva con algún operador autorizado y en su caso CAMPSA.

d) Supuestos previstos en el párrafo 4.º del artículo 50 del Reglamento de 1970.

Establece dicho precepto que:

«En caso de embargo judicial de la concesión, sus instalaciones y terrenos, tanto los administradores designados por los órganos jurisdiccionales

como lo que, en su caso, tomen parte en la subasta de dichos bienes deberán reunir las condiciones exigidas por este Reglamento para ser titulares de la concesión, debiendo solicitar al efecto la oportuna autorización de CAMPSA (ahora Ministerio de Industria).»

#### 1.º Supuesto de administrador judicial.

Habrà que entender que en todos los casos, no sólo en el de embargo judicial, en que se haya designado administrador judicial [imaginemos un supuesto de cosa común (estación de servicio) procedente de herencia o legado, sin acuerdo entre los partícipes, resuelta judicialmente, y habiéndose nombrado un administrador en el procedimiento, supuesto que se ha producido en la práctica] que éste deberá reunir las condiciones exigidas (hoy por el nuevo Reglamento) para ser titular de la concesión y deberá solicitar la autorización de CAMPSA (hoy Ministerio de Industria).

El precepto es poco operativo si hay que solicitar y esperar la autorización del Ministerio de Industria (antes Delegación del Gobierno en CAMPSA).

De hecho, en el supuesto que conozco (división de cosa común) el Juez designó administrador judicial, pero prescindió de solicitar la autorización a CAMPSA, lo cual es lógico pues nos hallamos ante un supuesto de tutela judicial. A la Delegación del Gobierno en CAMPSA (hoy Ministerio de Industria) procederá en todo caso hacerle una comunicación posterior).

#### 2.º Supuesto de subasta.

Aquí hay que entender lo mismo que en el caso anterior, que el precepto citado se refiere a todo tipo de subastas judiciales, y bastará que sea el Juez quien determine la capacidad de los participantes en la misma y en su caso de los terceros a quienes se ceda el remate si ello cabe de acuerdo con la reciente modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y efectuar *a posteriori* una comunicación al Ministerio de Industria (antes la Delegación del Gobierno en CAMPSA).

En el supuesto que conozco (división de cosa común) no comunicó nada a CAMPSA con anterioridad, y CAMPSA que se enteró por el *Boletín* participó en la subasta sin hacer oposición alguna.

¿Habrá que solicitar autorización al Ministerio de Industria (antes a la Delegación del Gobierno en CAMPSA) en el supuesto de ejecución extra-judicial? ¿La exigirán los Notarios y Registradores de la Propiedad?

#### 3. Normas para la transmisión «mortis causa»

Está regulada en los párrafos 5, 6 y 7 del artículo 50 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970, de los que resultan las siguientes normas:

1.º Cabe la adquisición *mortis causa* de estaciones de servicio (art. 50, párr. 6.º, 1.ª parte).

2.º Comunicación en el plazo más breve posible al Ministerio de Industria del fallecimiento del titular por los «herederos presuntos», con indicación de la persona que asuma provisionalmente la administración.

Por «herederos presuntos» habrá que entender los que la Ley designa a falta de heredero testamentario o contractual o si todavía no se conoce éste.

Por tratarse de una administración provisional no se exige aquí la previa autorización y bastará que el administrador tenga la capacidad legal necesaria para contratar y obligarse.

3.º Quien sea en definitiva el adquirente *mortis causa* de la Estación de Servicio deberá comunicarlo al Ministerio de Industria (antes CAMPASA) en el plazo de doce meses, a contar desde el fallecimiento del titular, salvo que exista impedimento debidamente justificado (art. 50, párr. 6.º).

4.º Deberá presentarse en el Ministerio de Industria (antes la Delegación del Gobierno en CAMPASA) «título hereditario» (testamento, declaración de herederos *ab intestato* o contrato sucesorio-capítulos matrimoniales) y documento «atributivo de la propiedad», debiendo entenderse por tal: relación privada de bienes en caso de heredero único, escritura de aceptación de herencia e inventario, escritura de entrega de legado y escritura de participación en su caso.

5.º Caso de adjudicación indivisa a varias personas, éstas deberán designar la que de «entre ellas» —parece que se excluye a los terceros— haya de actuar de administrador, siempre que las personas llamadas no deseen constituirse en sociedad con arreglo a las prescripciones del Reglamento de 1970 (art. 50, párr. 6.º).

6.º La Delegación del Gobierno en CAMPASA (suponemos que el Ministerio de Industria también lo exigirá) en armonía con el Reglamento 645/1988 venía exigiendo también, cuando se producían transmisiones *mortis causa* de la estación de servicio, además del título, su inscripción en el Registro de la Propiedad debidamente liquidado el Impuesto de Sucesiones y, en su caso, la formación de finca registral independiente y la DECLARACION DE OBRA NUEVA.

## B) LAS DEMÁS INSTALACIONES O «RED LIBRE»

Estas transmisiones se regirán por las normas genrales del Código Civil.

A mi entender, las preguntas fundamentales que debe plantearse es:

¿ES POSIBLE LA TRANSMISION SEPARADA DE LOS DISTINTOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA INSTALACION DE SUMINISTRO?

¿HAY QUE ENTENDER QUE LA UNIDAD DE SUMINISTRO O LA ESTACION DE SERVICIO COMO UNIDADES DE NEGOCIO INSEPARABLES?

¿PODRA APLICARSE POR ANALOGIA EL ARTICULO 50, TERCER PARRAFO, DEL REGLAMENTO DE 1970?

¿Y EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL QUE SOLO EXISTE PARA SUPUESTOS DE TRANSMISIONES DE ESTACIONES DE SERVICIO EN REGIMEN DE CONCESION?

Mi criterio es que una interpretación conjunta de las normas que regulan el establecimiento de estas instalaciones, y concretamente de los distintos apartados del artículo 15 del vigente Reglamento, conduce necesariamente a la conclusión de considerar dichas instalaciones como una unidad de explotación no susceptible de transmisión, arrendamiento, gravamen u opción separada de los distintos elementos que la componen en tanto se mantenga inscrita como tal instalación en el Registro del Ministerio de Industria y Energía.

No puede ser de otra forma; los artículos 13 y 15 del vigente Reglamento exigen la concurrencia de los siguientes requisitos para que una estación de servicio pueda funcionar legalmente:

- 1) Perfecta identificación del solicitante.
- 2) Perfecta identificación del lugar en que se pretende construir la estación de servicio, con certificación de distancias, plano a escala que debe coincidir con la finca registral independiente que necesariamente deberá formar el terreno.
- 3) Documento público que acredite la propiedad, derecho real, arrendamiento u opción sobre dicho terreno de quien haga la solicitud.
- 4) Proyecto completo, con las licencias y autorizaciones exigidas por las autoridades municipales y de carreteras conforme a la normativa vigente.
- 5) Y una vez construida la estación de servicio, acta de puesta en marcha y contrato de suministro con un operador.

Cabrá, entiendo, la transmisión de una participación indivisa de la estación de servicio como unidad patrimonial, pero no, repito, de los distintos elementos aisladamente.

### XIII. ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE TRANSMISION DE ESTACIONES DE SERVICIO EN REGIMEN DE CONCESION

Existen dos sentencias recientes que han tratado la cuestión de la transmisión de estaciones de servicio y ambas han coincidido en la calificación de la Estación de Servicio como unidad patrimonial.

1. La Sentencia de la Sala 3.<sup>a</sup> de lo Civil de la Audiencia de Barcelona de fecha 27 de enero de 1988 —que no aparece publicada en la RJ de Catalunya sorprendentemente— y que fue confirmada por la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1989 (Aranz. 5609), señala en su CONSIDERANDO QUINTO, que es el fundamento del apartado número 6 del fallo (TS, letra E), lo siguiente:

«Ya se ha dicho que nada obsta a que existiendo varios partícipes en la titularidad tengan cuotas distintas, ni que incluso las mismas sean diferentes en relación con los *diversos elementos que se integran para formar el todo o unidad patrimonial esencialmente indivisible desde el punto de vista material...*»

Y el punto 6.º del fallo dice textualmente:

*«Declarar que el negocio aludido de estación de servicio forma una unidad esencialmente indivisible en la perspectiva de la partición material, sin que pueda descomponerse en sus elementos, por lo que a falta de otra solución acordada por los interesados deberá procederse a su enajenación en pública subasta y con la intervención de licitadores extraños, procediéndose en su caso a la liquidación correspondiente con contemplación de las bases genéricas especificadas en el fundamento quinto de esta resolución...»*

2. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de mayo de 1990 —a la que haré referencia también al tratar los aspectos fiscales— publicada en CARTA TRIBUTARIA de 1 de enero de 1991, referencia 2950, y que en su fundamento de Derecho QUINTO dice:

«Partiendo de la imposibilidad jurídica de que los bienes que integran una Estación de Servicio, fundamentalmente la concesión administrativa, los terrenos y las instalaciones no pueden, en ningún caso, ser objeto por separado de transmisión (art. 50 del Reglamento para el suministro y venta de carburantes y combustibles, Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de marzo de 1970), no es difícil llegar a la *conclusión de que estamos en presencia de lo que la doctrina civil denomina una “universitas iuris”, es decir, una pluralidad ontológica de bienes a los que el derecho da un tratamiento unitario en fuerza de la unidad lógica del complejo en atención*

*a su destino asimismo unitario.* Se trata aquí de un complejo organizado en el que destaca como elemento básico la concesión administrativa, presupuesto imprescindible para la legal explotación de una Estación de Servicio y, junto a él, un conjunto de cosas y bienes que conforman su soporte físico u organizativo. Todo ello se considera en el tráfico como un valor unitario que se vende, se arrienda o puede ser objeto de gravamen como un todo.»

3. Existe alguna sentencia dictada por Juzgados que también hace referencia a la Estación de Servicio como unidad patrimonial.

Ahora bien, téngase en cuenta que las sentencias citadas hacen referencia a estaciones de servicio en régimen de concesión.

#### XIV. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE SUPERFICIE. SU UTILIDAD EN ESTA MATERIA

Lejos de mi intención hacer un estudio extenso e intenso sobre el derecho de superficie, ya que el presente estudio tiene una finalidad eminentemente práctica y respecto de un tema específico: las estaciones de servicio.

Por ello voy a centrar mis comentarios esencialmente en ese aspecto de utilidad práctica que el derecho de superficie ha tenido y tiene en los últimos años en la construcción de Estaciones de Servicio.

Sin perjuicio de ello, es obligado que previamente y de la forma más esquemática posible se haga una referencia al concepto, naturaleza, caracteres, elementos, formas de constitución y efectos y las normas reguladoras del derecho de superficie en nuestro Derecho, a cuyo efecto seguiré el esquema de ROCA SASTRE en su *Tratado de Derecho hipotecario*.

##### A) CONCEPTO

Según ROCA SASTRE, el derecho de superficie en su configuración moderna es el derecho real de tener y mantener temporalmente, en terreno a inmueble ajeno, una edificación o plantaciones y cultivos en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio anejo de edificar o plantar.

Aquí únicamente haré referencia al derecho a edificar sobre terreno ajeno.

##### B) NORMATIVA VIGENTE

La normativa vigente en la materia es la siguiente:

Artículos 171-174 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976.



El artículo 107.5 de la Ley Hipotecaria que prevé su hipotecabilidad.

El artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario que regula la inscripción del derecho de superficie urbano.

En Catalunya es de aplicación el DECRET-LEGISLATIU 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de los textos legales vigentes en Catalunya en materia urbanística, y concretamente los artículos 240-243, cuyo contenido es idéntico a los del texto refundido de aplicación a toda España.

La Ley del Suelo, dice PEDRO J. AMENGUAL PONS, consciente de la parca regulación en la legislación civil vigente del derecho de superficie, pero respetuosa con ella, dispone que se registrá:

1. Por las disposiciones contenidas en esta sección.
2. Por el título constitutivo del derecho.
3. Subsidiariamente, por las normas del Derecho privado.

«Esta enumeración —continúa el citado autor— supone una jerarquía de normas, lo cual quiere decir que en el título constitutivo no podrá estipularse nada en contra de lo dispuesto en la Ley, que tiene, por consiguiente, carácter de derecho dispositivo; y *como aquellas disposiciones no son muy detalladas y dejan amplio campo a las estipulaciones de las partes, de ahí la gran importancia de la redacción del título constitutivo, que al tener que formalizarse necesariamente en escritura pública deposita en los Notarios la responsabilidad y la confianza de la modelación de los derechos de superficie.*»

### C) NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del derecho de superficie ofrece las características siguientes:

1) Es un derecho real inmobiliario de goce plenamente transmisible, hipotecable e inscribible.

2) Lo decisivo, según ROCA SASTRE, en el derecho de superficie es servir de soporte de la propiedad separada superficiaria, posibilitándola.

3) El derecho de superficie como instrumento de la posible propiedad separada superficiaria constituye una excepción al mecanismo de la accesión en materia de bienes inmuebles, por cuanto su existencia deja sin actuación al principio romano «quidquid solo inaedificatur vel plantatur solo cedit», cuyo principio ha sido recogido por el artículo 358 de nuestro Código Civil al disponer que «lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos».

4) Duración temporal.

Dispone el artículo 173.1 de la Ley del Suelo que el derecho de superficie se extinguirá «por el transcurso del plazo que se hubiera pactado al constituirlo, que no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares».

El artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, a los efectos de su inscripción, permite solamente una duración de cincuenta años, en uno u otro supuesto. Esta norma debe entenderse, según ROCA SASTRE, automáticamente modificada por la actual legislación del suelo.

5) El derecho de superficie es TRANSMISIBLE y SUSCEPTIBLE DE GRAVAMEN, con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo. Así lo dispone el artículo 171.1 de la Ley del Suelo. También podrá ser objeto de disposición por herencia o legado. Asimismo el dueño del suelo podrá disponer de la propiedad del suelo de la finca respectiva.

El artículo 107 de la Ley Hipotecaria admite la hipotecabilidad del derecho de superficie.

Las limitaciones a la disposición del derecho de superficie, que el artículo 16.1.d) llama «pactos relativos a los actos de disposición por el superficiario», podrán consistir en prohibiciones de disponer, que se regirán por los artículos 226 y 227 de la Ley Hipotecaria, así como en tanteos y retractos convencionales, pues los legales, que ya silencia el Reglamento Hipotecario, los rechaza la vigente Ley del Suelo.

El derecho de superficie es enajenable o gravable con independencia de que se haya producido o no la propiedad separada superficiaria.

6) Puede referirse a edificaciones sobre el suelo y a edificaciones por debajo del suelo (art. 16 del RH).

7) No caben los derechos de tanteo y retracto legales, suprimidos por la Ley del Suelo de 1976.

#### D) REQUISITOS NECESARIOS PARA LA CONSTITUCIÓN

a) *Elementos personales*: Concedente y superficiario.

El concedente deberá ser propietario de la finca correspondiente, estar legitimado para dicha constitución y gozar de la capacidad necesaria para disponer de bienes inmuebles.

En los supuestos de condominio de derechos reales preexistentes se necesitará el consentimiento de los demás condominios y/o en su caso de los titulares de derechos reales.

b) *Elemento objetivo* es la FINCA sobre la cual haya de constituirse este derecho.

c) *Forma*: La constitución del derecho de superficie puede tener lugar por negocio jurídico contractual como modo corriente de constituirlo, pero también es posible su constitución mediante donación o testamento, pues la concesión no ha de ser necesariamente onerosa.

Respecto del título documental en el que conste la constitución del derecho de superficie, basta afirmar que debe reunir los requisitos generales de todo título inscribible si se quiere que tenga acceso al Registro.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario establece los siguientes requisitos:

1. Exige título público (la Ley del Suelo exige escritura pública).
2. Fijación del plazo de duración, al que ya hemos hecho referencia, entre particulares no podrá exceder de noventa y nueve años.
3. Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario si el derecho se constituye a título oneroso.
4. Plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años según el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. El fijado en el Plan o el convenido si fuere menor, según el artículo 173.1 de la Ley del Suelo.
5. Características generales de la edificación, destino y costo del presupuesto.
6. Pactos relativos a la realización de actos dispositivos por el superficiario.
7. Garantías de trascendencia real que aseguren el cumplimiento de los pactos del contrato sin que sea permitido el comiso.
8. Se requiere además la inscripción en el Registro de la Propiedad, pues la inscripción tiene como valor constitutivo (arts. 16 RH: «para su eficaz constitución», y 172.2 LS: «... como requisito constitutivo de su eficacia...»). ROCA SASTRE critica la expresión utilizada, pues entiende que por tratarse de inscripción constitutiva la inscripción, junto con el título público, son requisitos para el nacimiento o existencia del derecho real de superficie y no sólo para su eficacia.

LA RICA considera posible que el derecho de superficie conste inscrito en hoja o folio registral separado. No lo considera así ROCA SASTRE ante la falta de precepto legal específico, aunque considera que hay razones más que fundadas para ello que para concederlo a las fincas o locales en propiedad horizontal.

## E) EFECTOS

a) El DERECHO DE SUPERFICIE hace posible la propiedad separada superficiaria.

b) El dueño del suelo adquiere el derecho a la contraprestación, precio o canon periódico en caso de constitución a título oneroso.

c) El dueño del suelo tiene derecho a exigir que la edificación se construya en el plazo señalado al efecto y del modo y las características generales fijadas en el contrato, pudiendo exigir el cumplimiento de lo pactado en orden a mejoras, destino o uso de la edificación y conservación de la misma.

d) Como ya hemos dicho, el dueño del suelo tiene derecho a adquirir o hacer suya la edificación al quedar extinguido el derecho de superficie, sin que deba abonar indemnización alguna al superficiario.

e) El superficiario adquiere el derecho a edificar, o sea, a construir la edificación convenida.

Este derecho lleva consigo el derecho de reconstrucción en caso de perecimiento, a menos que este perecimiento se haya pactado como caso extintivo o condición resolutoria del derecho de superficie.

f) El derecho de tener y mantener en el terreno o solar ajeno la propiedad separada superficiaria, correspondiendo al titular del derecho de superficie la facultad de hacer valer sobre la edificación todos los derechos inherentes a la propiedad de lo construido y sus accesorios.

g) El derecho de enajenar, gravar y, en general, disponer por actos entre vivos o por causa de muerte el derecho de superficie y con éste la propiedad superficiaria correspondiente a lo edificado, con las limitaciones que se hubieran fijado en su caso al constituirlo.

## F) EXTINCIÓN

a) Finalización del plazo.

Establece el artículo 173.3 de la Ley del Suelo que «la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario».

b) No tener el superficiario concluida la edificación en el plazo señalado, que no podrá exceder, según ROCA SASTRE, del previsto en el Plan o, en su caso, cinco años según el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

c) Abandono del superficiario.

d) Confusión de derechos, el mutuo disenso, la expropiación forzosa y la condición resolutoria pactada por otras causas de las previstas por la Ley.

Por último, hay que hacer referencia al artículo 173.4 de la Ley del Suelo, que establece:

«Si por cualquiera otra causa (que no sea el transcurso del tiempo) se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y del

superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

Hasta aquí hemos visto cuál es la estructura del derecho de superficie; veamos ahora la utilidad práctica de esta figura jurídica.

El profesor CARLOS JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA, en su trabajo «Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie» (*Actualidad Jurídica*, núm. 46, 18 de diciembre de 1988); el profesor MARTÍN BLANCO, en su trabajo *Formas de propiedad del suelo urbano. El derecho de superficie* (Ministerio de la Vivienda, doc. núm. 952, año 1972, pág. 13); más recientemente otros autores, como BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CANETE (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*), han puesto de manifiesto la pobre utilización práctica del mismo, achacándolo los dos primeros a que la sociedad española no está mentalizada para recibirlo y el tercero porque entiende que no se dota al propietario del suelo y al superficiario de garantías suficientes de sus respectivos derechos, fundamentalmente por el excesivo coste, especialmente de orden fiscal, que esa figura jurídica implica.

Estoy de acuerdo con la conclusión con que el profesor CARLOS JAVIER RODRÍGUEZ GARCÍA termina su trabajo, cuando dice:

«... el derecho de superficie es utilizado fundamentalmente cuando se trata de construcciones verdaderamente importantes desde el punto de vista económico, cuyo valor está previamente calculado en función de lo que actualmente se hace (hoy se suele tasar la amortización de un edificio en cuarenta o cincuenta años como máximo), ya que el propietario del suelo quiere reservarse siempre “ese poder de renovar» y utilizar después inmoviliariamente el propio suelo”. El profesor RODRÍGUEZ se refiere a grandes edificios ubicados en el centro de grandes ciudades y que producen una gran rentabilidad, lo cual permite la utilización de la figura por las grandes compañías.»

Esta ha sido también una de las razones que han tenido en cuenta las grandes compañías del sector de distribución de gasolinas y gasóleos de automoción, junto con otras que a continuación veremos, para decidirse a realizar contratos de derecho de superficie para construir Estaciones de Servicio.

Y algo, aunque sea poco, debe estar cambiando la mentalidad de los españoles cuando para la construcción de Estaciones de Servicio se ha utilizado muchísimo en los últimos tiempos la figura del derecho de superficie; y ello no hubiera sido posible sin ese cambio de mentalidad.

Los propietarios de terrenos aptos para construir Estaciones de Servicio han sido mucho más receptivos a la constitución de un derecho de superficie que les permite obtener una renta durante un largo plazo de tiempo y la reversión a su favor de la estación de servicio construida a la finalización del

plazo de duración del derecho de superficie que no vender los terrenos de su propiedad, porque si eran urbanos deseaban mantenerlos en patrimonio por su alto valor y si eran rústicos (los situados en plena carretera) su valor de venta les compensaba menos que la constitución del derecho de superficie.

A ello debe unirse las razones de las grandes compañías del sector que no deseaban comprar, al menos como norma, puesto que ello les implicaba un desembolso adicional a la construcción y, por ende, mantener en su patrimonio un inmovilizado no deseable.

Y por otra parte, la larga duración normal del derecho de superficie permite al superficiario no sólo amortizar el coste de la construcción, sino además obtener un rendimiento a la explotación del negocio.

Así pues, la constitución de derechos de superficie satisfacía plenamente los deseos y necesidades de unos y otros y además por su propia estructura tal vez sea la figura jurídica que mejor se adapta a las exigencias de los artículos 13, 15 y 16 del Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, por el que se aprueba el vigente Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción.

Tanto el Reglamento Hipotecario junto con la Ley del Suelo de 1976, por un lado, como el Real Decreto 645/1988, por otro, exigen:

a) Escritura pública e inscripción (en todo caso, a la finalización de la construcción se exige que ésta se halle inscrita en el Registro de la Propiedad).

b) Características generales de la edificación, destino y costo del presupuesto (RH y LS), y plano de ubicación, licencias y autorizaciones municipales y de carreteras (RD 645/1988), lo que implica de hecho un proyecto completo.

c) Plazo de construcción (RH, cinco años; LS, el del Plan, si lo hay, y un año desde la inscripción provisional el art. 16 RD 645/1988).

d) Extinción del derecho por no concluirse la edificación en el plazo señalado, con el límite del máximo legal (derecho de superficie) y un año (RD 645/1988) desde la inscripción provisional.

Al constituirse un derecho de superficie para la construcción de una Estación de Servicio se pueden cumplir con el otorgamiento de un solo documento público todos los requisitos que exigen tanto el Reglamento Hipotecario y la Ley del Suelo como el Real Decreto 645/1988, y con este documento y la instancia cuyo modelo se acompaña de Anexo I presentarlo en el Registro del Ministerio de Industria para la inscripción provisional, quedando únicamente pendiente la escritura de obra nueva que otorgará el superficiario.

Cláusulas convencionales que suelen pactarse en los contratos de constitución de derecho de superficie:

- 1.<sup>a</sup> Tanteo y retracto.
- 2.<sup>a</sup> Duración de cincuenta años.
- 3.<sup>a</sup> Canon con cláusula de estabilización, que se empezará a pagar cuando entre en funcionamiento la Estación de Servicio.
- 4.<sup>a</sup> Resolución por falta de pago del canon convenido, previa indemnización de las inversiones realizadas por el superficiario descontadas las amortizaciones.
- 5.<sup>a</sup> Derecho de rescate a favor del propietario concedente transcurridos veinticinco años, con preaviso de un año y con indemnización al superficiario que podrá ser determinada o determinable.
- 6.<sup>a</sup> Condición suspensiva o resolutoria si no se obtiene la inscripción definitiva.

Todas estas cláusulas entiendo que pueden y deben tener acceso al Registro de la Propiedad y, tal vez, no otras como las que hacen referencia, por ejemplo, al personal de la estación de servicio en caso de extinción por algún supuesto distinto a la finalización del plazo, las cláusulas de sumisión a arbitraje, las de suministro exclusivo por el ex superficiario en caso de rescate anticipado por el propietario por tener carácter puramente obligatorio.

## XV. ASPECTOS FISCALES DE INTERES

En este apartado pretendo hacer especial hincapié en las cuestiones que plantean o han planteado algún conflicto.

La gran discrepancia entre la Administración Tributaria y las Asesorías Jurídicas de las grandes empresas petroleras, y entre ellas CAMPSA, se ha planteado en la compraventa de Estaciones de Servicio.

Alguna Administración Tributaria sostenía el criterio de que la transmisión de una Estación de Servicio (siempre se ha tratado de estaciones sujetas a reversión en régimen concesional) encajaba en el supuesto de exención del IVA del número 22 del artículo 8 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, y del artículo 13.22.2.º del Reglamento (RD 30 octubre), comprensivos de las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, incluidos los terrenos en que se hallan enclavadas, y por lo tanto deberían tributar de acuerdo con los artículos 3.3.º de la Ley del IVA y 7.5, párrafo 1.º y último, del Texto Refundido del ITP y AJD (RD 3050/1980, de 30 de diciembre) por este último concepto.

Las asesorías, salvo cuando entraba en juego el artículo 5.1.1 de la Ley y artículo 8.1 del Reglamento del IVA y apoyándose en el artículo 50 del Reglamento de 1970 que prohíbe la transmisión por separado de los bienes

que integran la Estación de Servicio, efectuaban la liquidación por IVA y por actos jurídicos documentados, y únicamente por los conceptos que reúnen los tres requisitos que exige el artículo 42.2 del Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (3494/1981, de 29 de diciembre).

Ante estos planteamientos discrepantes surgió el conflicto que ha sido resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de mayo de 1990 a la que ya he hecho referencia y que basándose en que la Estación de Servicio es una *universita iuris* dio la razón en este caso a CAMPSA.

Este criterio, teniendo como apoyo el artículo 50 del Reglamento de 1970, es de gran consistencia, pero ¿habrá de llegarse a la misma conclusión en las transmisiones de Estaciones de Servicio no sujetas al régimen de concesión?

Mi criterio, que ya ha quedado expuesto al tratar de la transmisión de las Estaciones de Servicio de la «red paralela» y por ello como unidad de explotación, su transmisión deberá quedar sujeta al IVA por los mismos razonamientos que expone la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, salvo que se produzca el supuesto del artículo 5.1 de la Ley y artículo 8.1 del Reglamento del IVA, cuya redacción no hace sino reforzar esta tesis pues utiliza el concepto «patrimonio empresarial» como un todo unitario precisamente para no sujetarlo al IVA, pero únicamente cuando se transmite la totalidad del patrimonio empresarial.

## Exención

Existe una exención específica para el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, establecido por el artículo 106.2, apartado f), de la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, que establece:

«2. Asimismo están exentos de este impuesto los incrementos de valor correspondientes cuando la obligación de satisfacer dicho impuesto recaiga sobre las siguientes personas o entidades:

f) Los titulares de concesiones administrativas revertibles respecto de los terrenos afectos a las mismas.»

Salvo lo expuesto no existe ninguna especialidad de carácter fiscal que exija aquí un comentario.



# **SOLICITUD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE INSTALACIONES DE VENTA AL POR MENOR DE GASOLINAS Y GASOLEOS DE AUTOMOCION**

EXPTE. N° . . . . .

|              |  |                                              |                          |
|--------------|--|----------------------------------------------|--------------------------|
| SOLICITUD DE |  | INSCRIPCION PROVISIONAL . . . . .            | <input type="checkbox"/> |
|              |  | INSCRIPCION DEFINITIVA . . . . .             | <input type="checkbox"/> |
|              |  | TRASLADO POR CAUSA DE FUERZA MAYOR . . . . . | <input type="checkbox"/> |

## **DATOS DE LA PRESENTACION DE LA SOLICITUD (1)**

LUGAR (ORGANO DE LA ADMON) .. . . .

FECHA . . . . . / . . . . . / . . . . .

HORA. . . . . H. . . . . mn.

Sello del  
Organo  
receptor

## **DATOS DEL SOLICITANTE**

NOMBRE/RAZON SOCIAL. . . . .

DOMICILIO/DIRECCION SOCIAL: . . . . .

MUNICIPIO . . . . . COD POSTAL: . . . . .

PROVINCIA: . . . . . TELEFONO. . . . .

DNI/NIF: . . . . . ARRENDATARIO . . . . .

## **EMPLAZAMIENTO SOLICITADO**

AUTOPISTA/CARRETERA: . . . . .

P. Km.: . . . . . COD . . . . .

CALLE/PLAZA . . . . . N°: . . . . .

MUNICIPIO. . . . . COD POSTAL: . . . . .

ZONA GEOGRAFICA: A ☐ PROVINCIA. . . . .B ☐

(1) A rellenar por el Organo de la Administración receptor de la solicitud (Registro Central del Ministerio de Industria y Energía, Direcciones Provinciales del mismo, Gobiernos Civiles y Oficinas de Correos)

| CLASIFICACION DE LA INSTALACION                          |                              |
|----------------------------------------------------------|------------------------------|
| ESTACION DE SERVICIO                                     | <input type="checkbox"/> A.1 |
| UNIDAD DE SUMINISTRO                                     | <input type="checkbox"/> A.2 |
| APARATO SURTIDOR CON DERECHO A DISTANCIA (art. 29) . . . | <input type="checkbox"/> A.3 |
| N.º DE APARATOS SURTIDORES                               | GASOLINA 97 . . . . .        |
|                                                          | GASOLINA 92 . . . . .        |
|                                                          | GASOLINA SIN PLOMO . . . . . |
|                                                          | GASOLEO AUTOMOCION . . . . . |

| SUMINISTRADOR (1)             |                                           |
|-------------------------------|-------------------------------------------|
| CAMPSA . . . . .              | <input type="checkbox"/>                  |
| OPERADOR AUTORIZADO . . . . . | <input type="checkbox"/> NOMBRE . . . . . |

| TIPO DE EMPLAZAMIENTO (art 11.º R. D. 645/88)             |                              |
|-----------------------------------------------------------|------------------------------|
| ZONA URBANA. 5 001 < n º de habitantes < 10.000 . . . . . | <input type="checkbox"/> A 1 |
| 10 001 < n º de habitantes < 25.000 . . . . .             | <input type="checkbox"/> A 2 |
| N.º de habitantes > 25 001 . . . . .                      | <input type="checkbox"/> A 3 |
| ZONA DE INFLUENCIA URBANA . . . . .                       | <input type="checkbox"/> B 1 |
| ZONAS ESPECIALES FRONTERA . . . . .                       | <input type="checkbox"/> C 1 |
| AUTOPISTA DE PEAJE . . . . .                              | <input type="checkbox"/> C 2 |
| LAS DEMAS· MUNICIPIO CON N º DE HABITANTES < 5.000 . . .  | <input type="checkbox"/> D.1 |
| CARRETERA NACIONAL . . . . .                              | <input type="checkbox"/> D.2 |
| CARRETERA COMARCAL . . . . .                              | <input type="checkbox"/> D 3 |
| CARRETERA LOCAL . . . . .                                 | <input type="checkbox"/> D 4 |
| CAMINO VECINAL . . . . .                                  | <input type="checkbox"/> D 5 |
| AUTOPISTA SIN PEAJE . . . . .                             | <input type="checkbox"/> D 6 |
| AUTOVIA . . . . .                                         | <input type="checkbox"/> D.7 |
| OTROS . . . . .                                           | <input type="checkbox"/> D.8 |

(1) Sólo es preceptiva su cumplimentación para la inscripción definitiva

## DOCUMENTACION QUE SE PRESENTA (art. 15.º R. D. 645/88)

## INSCRIPCION PROVISIONAL

- Acreditación de la personalidad. ☐ .1
  - Personas físicas: (según art. 69.º L.P.A.) ..... ☐ .1
  - Persona jurídica. (según art. 69.º L.P.A. más Estatutos Sociales y composición órganos de gestión) ..... ☐ .2
  - Campsa .. ..... ☐ .3
  - Operador autorizado ..... ☐ .4
- Plano a escala 1:50 000 de emplazamiento certificado por el órgano competente, con expresión de la distancia a la EE. SS. más próxima, y certificación del Ayuntamiento si es suelo urbano, en su caso ... .. ☐ .1
- Acreditación de la propiedad:
  - Inscripción en el Registro de la Propiedad de Título de Propiedad, Derecho Real o Arrendamiento. .... ☐ .1
  - Autorización o cesión de autorización estatal o local ..... ☐ .2
  - Opción de compra (deberá ejercerse antes de seis meses) . ... .. ☐ .3
- Licencias y autorizaciones.
  - De ..... ☐ .1
  - De ..... ☐ .1

## INSCRIPCION DEFINITIVA

- Seguridad en el Suministro:
  - Concesión del Monopolio de Petróleos ..... ☐ .1
  - Contrato con un solo operador autorizado .. ..... ☐ .2
  - Campsa ..... ☐ .3
  - Operador autorizado.. ..... ☐ .4
- Acta de puesta en marcha expedida por el Organismo Competente ..... ☐ .1

Madrid, a .... de ..... de 19 ..

Firma y nombre,

| DATOS SOBRE LA INSCRIPCION (1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |  |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--|
| <b>TIPO DE INSCRIPCION</b><br><div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: flex-start; margin-top: 10px;"> <div style="width: 60%;"> <b>PROVISIONAL</b> ... ..         </div> <div style="width: 35%; text-align: center;"> <input type="checkbox"/> </div> </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>FECHA RESOLUCION:</b> ... .. / ... .. / ... ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>REFERENCIA RESOLUCION:</b> GS-P- ... ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>CADUCIDAD INSCRIP. PROV.:</b> ... .. / ... .. / ... ..         </div> <div style="display: flex; justify-content: space-between; align-items: flex-start; margin-top: 10px;"> <div style="width: 60%;"> <b>DEFINITIVA.</b> ... ..         </div> <div style="width: 35%; text-align: center;"> <input type="checkbox"/> </div> </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>FECHA RESOLUCION</b> .. .. / .. .. / .. ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>REFERENCIA RESOLUCION:</b> GS-P- .. ..         </div> |  |
| <b>DENEGACION DE INSCRIPCION:</b><br><div style="margin-top: 10px;"> <b>PROVISIONAL.</b><br/> <b>FECHA RESOLUCION.</b> ... .. / ... .. / ... ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>DEFINITIVA:</b><br/> <b>FECHA RESOLUCION.</b> ... .. / ... .. / ... ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>RAZONES</b> .. ..<br/> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> </div>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |  |
| <b>CANCELACION DE INSCRIPCION:</b><br><div style="margin-top: 10px;"> <b>FECHA RESOLUCION</b> .. .. / .. .. / .. ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>RAZONES</b> .. ..<br/> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> <div style="border-bottom: 1px solid black; height: 1.2em; margin-bottom: 2px;"></div> </div>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |  |
| <b>PETICION DOCUMENTACION NO PRESENTADA O ADICIONAL.</b> ... .. <input type="checkbox"/>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |  |
| <div style="margin-top: 10px;"> <b>FECHA DEL ESCRITO</b> .. .. / .. .. / .. ..         </div> <div style="margin-top: 10px;"> <b>PLAZO PARA CONTESTAR:</b> ... .. / ... .. / ... ..         </div>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |  |

(1) A rellenar por Organos de la Administración

# Medio ambiente y función social de la propiedad (\*)

*SUMARIO:* I. INTRODUCCION.—II. INSTRUMENTOS JURIDICO-PRIVADOS EN LA TUTELA AMBIENTAL.—III. EL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL, EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EFICACIA DEL DERECHO PUBLICO EN LA PROTECCION DEL AMBIENTE.—IV. RELACIONES DE VECINDAD: EL MEDIO AMBIENTE INMEDIATO REFLEXION SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS PERNICIOSAS DE LA REGULACION DE LAS MISMAS AL MARGEN DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE. 1. POSICION DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN EN SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. EL MEDIO AMBIENTE Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALES 2. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: CALIFICACIÓN, CONTENIDO ESENCIAL Y GARANTÍAS. ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL.

## I. INTRODUCCION

Es bien sabido que el excesivo interés racionalista por unir o enfocar todas las relaciones jurídicas en torno a los conceptos de propiedad y contrato es el ámbito adecuado para gestarse esa excesiva patrimonialización que ha acompañado al Derecho civil hasta el siglo xx.

Del mismo modo, es lugar común sustentar la idea de que tener el concepto de propiedad en una idea inamovible, la más acusada y absoluta del mismo, es un error conceptual y de planteamiento abandonada tiempo atrás, al igual que cualquier intento denodado por alcanzar una configuración de la misma válida no sólo para todas las épocas, sino también para múltiples realidades, objetos y bienes. Del mismo modo ha ocurrido con el dogma de la autonomía privada en la contratación.

---

(\*) Este texto corresponde al de la comunicación presentada en las XV Jornadas de Estudio sobre la Constitución española, organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, en junio de 1992

Nos movemos en un constante frenesí de cambios, donde las alteraciones sociales y económicas empujan los jurídicos, y en una dinámica tan intrépida que nos impulsa a la desazón, a una sensación de vivir el derrumbamiento de conceptos y fenómenos jurídicos elaborados, aunque cuando se profundiza en ellos se descubren cambiantes, pero subsistentes en esencia a un punto tal que se duda de que hayan sido totalmente superados.

Como no podía ser de otro modo, algo así ocurre con la propiedad y, sin embargo, sigue siendo referencia obligada desde la realidad sociológica y desde la construcción jurídica.

A pesar de lo dicho en el comienzo y de las críticas más feroces a la propiedad individualista, tampoco era la propiedad en el pensamiento racionalista fin en sí mismo, sino presupuesto de la seguridad del tráfico; de ahí que no todas las formas de dominio fueran respetadas en ese período (1). Que el Código apenas se ocupe del capital mobiliario y no haya previsto que el control del mecanismo social puede separarse de la propiedad de los bienes revela claramente en qué propiedad se pensaba en la codificación (2).

La nueva realidad de la propiedad viene acompañada con una evolución, en parte, correlativa a las necesidades y exigencias (más allá de lo imprescindible o lo básico) sociales, pero con parcelas extraordinariamente desacompañadas o arrítmicas.

Es necesario, pues, y parece oportuno seguir insistiendo, pero con trascendencia no meramente dogmática, sino primordialmente práctica, sobre las verdaderas dimensiones del concepto constitucional de propiedad. O seguramente será más acertado decir sobre los parámetros delimitadores de los distintos estatutos o conceptos de propiedad para que sean más acordes con el modelo constitucional, siempre que demos por aceptada una multiplicidad o un multívoco concepto de propiedad (3). Si bien COCA PAYE-

---

(1) Vid. V. L. MONTES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, Cívitas, 1980, especialmente págs. 55 y sigs. y citas.

(2) El derecho de propiedad codificado ante el que todavía nos encontramos hoy, si bien no como realidad normativa única, ni siquiera como la más importante (estatuto propiedad rústica, propiedad urbana, propiedad de bienes inmateriales, nuevas formas de propiedad en relación al tiempo —multipropiedad *Times-Sharing*— u otras nuevas formas de acceso donde el goce y disfrute se valora y se hace prioritario ante el de dominación y apropiación), era y es primordialmente el Derecho de los modos de adquirir, pero no de ejercitarla, aspecto que se llena con dos reglas: «Qui suo iure utitur naeminem laedit», y el derecho propio no encuentra otro límite que el ajeno. Es un objeto de tráfico. Siempre y cuando nuestro punto de mira sea el Código Civil aislado y ello carece de sentido tras la Constitución de 1978 y de lo consagrado en sus artículos 33, 38, 45 y 128 entre otros.

(3) Vid. JOSSEAND, *Cours de Droit positif français*, vol. I, París, 1939, pág. 839, S. PUGLIATI, «La proprietà e le proprietà», en *La proprietà nel nuovo diritto*, Milán, 1954, págs. 145-309; S. RODORA, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad*

RAS (4), por ejemplo, nos ofrece una interesante construcción de nuevo unitaria del derecho de propiedad a la que no son ajenos otros autores ya citados (5) en el que el elemento aglutinador es precisamente, y no por casualidad, la función social del artículo 33.2 de la Constitución española, que como categoría abstracta y sin perjuicio de las distintas concreciones que precise en relación con los distintos objetos o bienes susceptibles de propiedad sirve, a su juicio, de garante de la supervivencia del derecho de propiedad privada, concepto que en nada se asemeja a aquel individualista y absoluto, y al tiempo determinen la barrera y el límite infranqueable para el titular desde su carácter definitorio del derecho subjetivo que sigue siendo la propiedad y marca las pautas y el mandato indeclinable a los poderes públicos para legislar sobre propiedad sólo en el cumplimiento y en el ejercicio de la función social (6).

Seguramente, el seguir insistiendo radicalmente, incluso por parte del Tribunal Constitucional, en la multiplicidad de derechos o estatutos de

---

*privada*, Madrid, Cívitas, 1987, págs. 49-55, y Díez-PICAZO en el Prólogo al mismo, pág. 16, MONTES, *op. cit.*, pág. 170. BARNES VÁZQUEZ. *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Cívitas, 1988, págs. 93 y sigs., y 593-594, si bien señala que «sin perjuicio de las múltiples especificaciones admisibles a manos del legislador constituye un ingrediente de la noción unitaria de la propiedad constitucional» (refiriéndose a la función social); J. F. DELGADO DE MIGUEL, *Derecho agrario ambiental Propiedad y ecología*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pág. 68, si bien considerando también posible la unificación conceptual.

(4) M. COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1988, págs. 266-270.

(5) Vid. cita 3.

(6) Es una concepción de la función social como «barrera» desde una perspectiva positiva y no contraria al derecho de propiedad, sino antes bien en el sentido dado en los debates parlamentarios del artículo 42 del Proyecto de Constitución de 1931, vid. COCA PAYERAS, *op. cit.*, págs. 217 y sigs., y en armonía con las tesis de quienes defienden en España, como ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana*, Madrid, 1979, págs. 116 y sigs., o LASARTE ALVAREZ, *Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad, en Programas y materiales de Derecho civil*, III, Sevilla, 1978, págs. 86 y sigs., que la propiedad comporta en sí misma una función social. HERNÁNDEZ GIL, frente al artículo 33.2 de la Constitución española, señala que «no estamos en presencia de una propiedad entendida como poder o función individual con límites y limitaciones, sino ante una propiedad privada definida y delimitada con la concurrencia de la función social a través de la Ley y de conformidad con ella», «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989. Sobre todo en la obra de DUGUIT (vid. «La propiedad función social», en *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, 1912).

Ver, no obstante, cómo RODOTA llama la atención sobre otras nuevas exigencias actuales donde no es posible llevar a cabo un efectivo control de la propiedad a través de la función social, por ejemplo en las sociedades por acciones, por lo que aboga no sólo por la prohibición de un particular modo de ejercicio de poderes que resulta insuficiente, sino por una modificación institucional («Note critiche in tema di proprietà», *RTDPC*, 1960, especialmente pág. 1341).

propiedad sea más perjudicial al juego que en la actualidad los poderes públicos están dando a la función social de la propiedad que tomar en cuenta esta perspectiva de concepto unitario de propiedad fuera de los estrictos límites del artículo 348 del Código Civil, a partir del cual se suaviza y encauza la discusión actual sobre limitaciones de la propiedad, entendidas como recortes o ablaciones de facultades del propietario y sujetas, por mandato constitucional que a veces se olvida, a indemnización (7), cuando dicha concepción de la propiedad acoge en su contenido, como configuradoras de la misma, gran parte de ellas y, por tanto, las diferencia de las derivadas del artículo 33.3 CE.

Las críticas sobre la ambigüedad o abstracción de la idea de «función social» (8) sobre su peligrosa indeterminación se han hecho patentes en la práctica, para bien o para mal (9) según las ideologías, y en todo caso para ser denominador común, recurso sencillo y muy a mano para soluciones normativas propiciadoras de nuevas restricciones de las facultades correspondientes al derecho reconocido y protegido de la Constitución (sea o no fundamental). Quizá porque de forma inconsciente y errónea se ha entendido la función social como *RODOTA* advertía no puede hacerse: como «norma en blanco», esto es, con la que el contribuyente atribuye al legislador ordinario un poder incontrolable o como un supuesto de potestad legislativa discrecional; por el contrario, tal noción contiene en sí misma criterios de actuación a los que el legislador ordinario deberá atenerse y habrá de hacerlos explícitos en cada caso concreto (10). Sigue siendo precisa para aclarar los términos de la discusión planteada tácita y expresamente en la actualidad con renovado vigor la determinación de las nociones de función social y contenido esencial de la propiedad para poder apreciar si

---

(7) Ver SSTC 37/1987, 170/1989, de 19 de octubre; 149/1991, de 4 de julio, entre otras

(8) Ver PÉREZ LUÑO, tramitación parlamentaria del artículo 33.2 de la Constitución, en *Propiedad privada y herencia*, Comentarios a la Constitución, dirigidos por O. ALZAGA, Madrid, Edersa, 1983, págs. 402 y sigs.; GÓMEZ DE LAS ROCES la consideraba «vaga y poco clara»; ha servido como pantalla encubridora de intereses del aparato estatal, recuerda PÉREZ LUÑO en pág. 420. Ver A. HERNÁNDEZ GIL, «La propiedad privada y la función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, junio de 1989, que alude al escaso debate que mereció el actual artículo 33 de la Constitución y sobre el significado que tenía la función social que se incorporaba a ese precepto constitucional

(9) Díez-PICAZO señala que estamos ante una cláusula «de la que se ha hecho uso y abuso a lo largo de casi todo el siglo» (vid. en Prólogo a *El terrible Derecho*, de *RODOTA*, cit., pág. 16), a la que ha llamado muy gráficamente LASARTE «forzada viajera sin descanso» («Propiedad privada e intervencionismo administrativo», *RGLJ*, 1975, pág. 143).

(10) S. *RODOTA*, *Proprietà (Diritto vigente)*, en *Novis. Dig. It.*, Torino, 1967, pág. 138.



la concreción que se ejercita a través de la legislación ordinaria es la adecuada (11).

En los últimos tiempos un nuevo factor común que irrumpe en la polémica es la tutela del ambiente y la ecología. ¿De qué forma se contempla? Aparentemente, al amparo del artículo 45. Pero ¿no cabe considerarlo como derivación concreta de la función social del artículo 33 o del 128 y en consecuencia como un mero principio rector o como contenido, en cuanto límite, del derecho de propiedad? La respuesta a esa pregunta no es un mero juego dialéctico, sino que puede ofrecer una parcial aclaración de los interrogantes que poco a poco vamos desgranando y una modesta determinación de las nociones de contenido esencial de la propiedad y función social, y los efectos cambian. Seguramente la literalidad de los preceptos dicen una cosa, pero la realidad normativa y la doctrina del Tribunal Constitucional abogan por otra (12).

El derecho al medio ambiente y las medidas tendentes a conseguir una adecuada calidad de vida, un desarrollo de la personalidad y de sus bienes, la conservación de las especies, la protección de la salud en un concepto universalista no son en realidad sino manifestaciones concretas de la preocupación social y solidaria por el bien de la colectividad. ¿No es, entonces, fruto de una «función social» toda medida (legalmente constituida) que persiga la adecuada preservación de lo que viene considerándose cubierto por la acepción más amplia de medio ambiente? ¿No es un auténtico caballo de batalla la consecución hoy, también en el terreno de la responsabilidad por daño, de las mejores soluciones jurídicas y políticas preventivas o no de catástrofes en el ambiente en el que se mueve el individuo, aunque inmediatamente no afecten ni lesionen el ser individual? Seguramente las

---

(11) No es nuestra intención ser pretenciosos, sino humildes, y dar la idea de que intentaremos un exhaustivo estudio al respecto para llegar a nuevas conclusiones, porque todo ello supera nuestras fuerzas y el sentido y finalidad de este trabajo. Se trata de reelaborar algunas reflexiones en torno a una realidad que se detecta sólo con la curiosidad del estudioso del Derecho que ve pasar por su mano numerosas reformas legislativas, diversas posturas de distintos Tribunales y autores, que asiste como un ciudadano más al creciente y cambiante cúmulo de necesidades sociales y económicas y que no puede ignorar el «deber», si puede llamarse así, de valorar críticamente en un ensayo inacabado que pretende dar luz, quizá a la mente misma de quien lo escribe, sobre cuestiones que en modo alguno son puramente dogmáticas. Sobre esta materia hay magistrales trabajos que constituyen un acervo común y lugares a los que todos volvemos la mirada, desde los clásicos hasta los más actuales (más o menos avanzados) y cuya cita sería interminable aquí, han de ser punto de referencia obligada para todo aquel que intente profundizar en las raíces de estas y otras reflexiones.

(12) STC 64/1982, de 4 de noviembre; STC 69/1982, de 23 de noviembre; Sentencia de 21 de diciembre de 1982, Sentencia 11/1983, de 2 de diciembre; Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre; Sentencia 37/1987, de 26 de marzo; Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre; STC 170/1989, de 19 de octubre; STC 149/1991, de 4 de julio.

opciones legislativas, los intereses económicos en juego, los derechos afectados por el respeto eficaz al medio ambiente, a la ecología como se prefiera en otros foros, seguirán luchando por resolver esa deuda con la colectividad (la salvaguarda del medio ambiente) con una solidaridad (art. 45.2 CE) en términos de compensación económica, de sanción o de reparación en definitiva que no siempre permite la restitución del ambiente o la salud dañada. Se están llegando a soluciones más óptimas en materia de responsabilidad (criterios de riesgo u objetivo) e incremento de los seguros. Sin embargo, estas medidas *a posteriori* no impedirán el deterioro ambiental que a todos parece comenzar a inquietar (en estos días se siente por doquier a la espera de la Cumbre de la Tierra de Río). Quizá una de las formas en que paulatinamente se contribuirá a la formación de una conciencia solidaria es asimilando la idea de que la tutela del medio ambiente supone una determinación concreta de la función social delimitadora del derecho de propiedad, de libertad de empresa, de cualquier forma de riqueza en definitiva y cualquiera que sea su titular.

Esa es la conexión sobre la que pretendemos modestamente reflexionar, porque un estudio en profundidad merece una más extensa dedicación que no tiene lugar aquí.

## II. INSTRUMENTOS JURIDICO-PRIVADOS EN LA TUTELA AMBIENTAL

En esta reflexión que nos proponemos abordar, especialmente fijamos la atención en materias medioambientales, donde el estatuto de la propiedad inmobiliaria se ve cada vez más asaltada por los recortes o restricciones (límites de ese derecho de propiedad por definición constitucional) de derechos adquiridos otrora sobre bienes rústicos o no que ahora se consideran o califican como de dominio público por determinación constitucional (art. 132) o por una pretendida defensa de los bienes naturales, del patrimonio natural, etc., que pueden pasar a engrosar el patrimonio del Estado o de las Comunidades Autónomas a través de la creación de derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) que vienen proliferando en los últimos años en Leyes por las que se crean parques naturales, se propugna la reforma agraria o se intenta una nueva ordenación del suelo procurando, con mejor o peor fortuna, aminorar el avance de la especulación (Ley del Suelo, Ley de Reforma y valoraciones del suelo, la llamada Ley de Tasas...), etc., equivocando muchas veces la presencia de otros intereses cuya defensa sería más adecuada a través de esos instrumentos: interés general, defensa nacional, puntos estratégicos, formación de un patrimonio nacional (también en este punto Ley de Patrimonio Histórico Artístico) que no se agota

en lo artificialmente incorporado al territorio, pero que no resulta de interés desdeñable (13) a la adecuada tutela del medio ambiente. O bienes que han sido y deben seguir siendo de aprovechamiento privado, pero que deben, desde una concepción solidaria, ser de dominio público, puesto que cualquier parte de la riqueza encuentra su legitimidad en la función social que desarrolle (montes, aguas...) por ser en muchos casos bienes escasos, explotados abusivamente en una política de exclusión en exceso, cuando impera hoy el principio informador del concepto de una propiedad que no sea excluyente de la generalidad, sobre todo o especialmente en relación a ciertos bienes (con mayor razón el agua, las playas, las costas, los montes, los bosques, los parques, etc.) (14).

En todas aquellas concepciones en definitiva que pretenden superar los esquemas de la economía liberal en sus aspectos más perniciosos, la propiedad privada y a través, gracias a, o convertida en, función social tiende no sólo a no ser un derecho exclusivo, sino tampoco excluyente (15). Pero además se asiste a otro fenómeno cual es el de las muy diversas mutaciones del régimen de propiedad, también aquellas en las que se disocia la titularidad de los medios de producción y el ejercicio de los poderes reales que la propiedad implica, sobre todo en la gestión de las grandes sociedades anónimas (16), empresas que, por otra parte, para ser rentables dependen de la acción-intervención del Gobierno, resultando, primero, una distorsión de los presupuestos clásicos de la libertad de mercado y, después, paradójico que muchas de esas grandes empresas junto con los avances tecnológicos, las innovaciones para una mejor productividad, un adecuado reparto de riesgos e, incluso, el imperio favorecido de quien contamina paga, están originando los mayores desastres ecológicos y medioambientales, sin que las cotas hasta ahora pro-

---

(13) «Medio ambiente es un ábside románico bien restaurado o un arroyo que fluye con aguas impolutas», M. ALONSO PEREZ, en Prólogo al libro de Moreno Trujillo *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, Bosch, 1991, pág. 16. Y más extensamente sobre la consideración de ambiente o hábitat también lo creado por el hombre, el arte, los monumentos que nos rodean y que se deterioran por la salvaje acción de los desaprensivos, por los humos o ruidos excesivos, etc.; ver su ponencia «La lucha contra las intrusiones molestas y nocivas: Especial consideración de los medios jurídico-civiles (en defensa de los consumidores de medio ambiente de salud y bienestar).

(14) PEREZ LUÑO, quien considera que en la actualidad el derecho de propiedad ha de verse como derecho fundamental a no ser excluido del bienestar económico alcanzado por la sociedad en su conjunto, «Artículo 33 de la Constitución: Propiedad privada y herencia», en *Comentarios a la Constitución española*, t. III, dirigidos por Oscar Alzaga, Madrid, Edersa, 1983, pág. 389, en base a las ideas de MAC PHERSON, «Liberal-Democracy and Property», en *Property*, Oxford, 1978, págs. 20-207.

(15) A. M. SANDULLI, «Profilo costituzionali della proprietà privata», *RTDPC*, 1972, I, pág. 465.

(16) PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia...», cit., pág. 390.

puestas sean ni siquiera aceptables. De este modo, propiedad, libertad de empresa, desarrollo económico y medio ambiente pugnan cada vez más en una dificultosa disociación de sus fronteras y una más difícil catalogación de prioridades a la vista de los textos constitucionales. El Tribunal Constitucional español tiene declarado que así como la protección a la propiedad privada y a la empresa no tiene que ir en contra de la función social, igualmente ha reconocido en ciertos casos cómo no puede frenarse el progreso económico por el límite consagrado en el artículo 45 (17).

En definitiva, la propiedad ha de contemplarse así como un instrumento de bienestar, de justicia, de progreso civil (18). Sin olvidar, no obstante, que eso no supone la constitución de un solo modelo, el social, en cuanto colectivista de la propiedad, aunque no se descarte que éste haya quedado también consagrado como uno de los posibles (19). Es un elemento más, por otro lado, de las relaciones o modelo económico que en la Constitución también se define. La propiedad no deja de ser privada, es más limitada en su expansión, serán más recortadas las facultades del propietario, pero por su propia definición no puede dejar de ser privada y tampoco perder su consideración como derecho subjetivo.

Quizá se ha querido exaltar (20) una verdadera contaminación dogmática del concepto de propiedad, que cada vez se constituye más desde una perspectiva errónea de la función social, sin atender a otras consideraciones que se hallan más en el núcleo central del propio concepto de propiedad (21),

---

(17) Ver STC de 4 de noviembre de 1982 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 114/1982 promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña sobre extracciones

(18) SANDULLI, *op. cit.*, pág. 466

(19) Ver F. GALGANO. «Imagini della proprietà», *RTDPC*, 1982, pág. 816: El Bundesverfassungsgericht en Sentencia de 1 de marzo de 1979 resuelve 29 recursos contra la Ley de Mitbestimmung de 4 de mayo de 1976 y establece que la coestión no viola el artículo 14 que garantiza en la Ley Fundamental el derecho de propiedad

(20) Para DE LOS MOZOS, hay que decir más: la expansión de la idea de función social ha llevado a cabo dicha contaminación («La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad», en *Derecho agrario autonómico*, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 384).

(21) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 385: «... el punto de referencia tomado para la expansión de la función social de la propiedad es equivocado; por una parte, se le da un significado que no tiene, salvo que se llene de un contenido ideológico, mientras que, por otra parte, se hace referencia a un concepto más que en el énfasis ideológico que de propósito se le atribuye para que sirva de punto de referencia para el ataque de sus contrarios», lo que se denomina como propiedad burguesa

No entiendo por qué se pretende que como consecuencia de la función social se tenga que modificar el concepto de propiedad, llegando a hablarse de propiedades con olvido absoluto de la propia estructura interna del derecho de propiedad —pág. 386—; para él el artículo 33 es más garantista, incluso replantea una repriminación del concepto liberal de propiedad» (por ejemplo la legislación sigue contribuyendo a la expansión de la idea de función social igual que en los años treinta o en el Régimen anterior) Se acelera este

pero tampoco en el de la propiedad individualista o burguesa. El propio DE LOS MOZOS, consciente de las mutaciones sufridas por el objeto del derecho en debate, reconoce que ello viene a determinar la sustitución de la propiedad como una categoría abstracta sobre una cosa que atribuye una plenitud de derechos o facultades a su titular por un derecho que recae sobre «cuerpos ciertos» en sentido funcional, de acuerdo con el destino que sirve no sólo a los intereses de su titular, sino también al interés público y social y que se vincula a la noción de «finca funcional» de abolengo en nuestra tradición jurídica; pero estas alteraciones no se operan, en cambio, sobre la estructura de la relación jurídica (22). Seguramente otro aspecto que ha contribuido para él en estos erróneos planteamientos es que la propiedad se ha transformado por expansión, pero aplicando su nombre y «modelo» a relaciones jurídicas que poco tienen que ver con ella (23).

El privilegio propietario egoísta y acaparador se ve sancionado por una incorrecta explotación de lo «suyo» y de determinadas presunciones al efecto, pero no se observan métodos semejantes orientados de forma particular a la explotación industrial desmesurada e irracional que está destruyendo y excluyendo a generaciones no sólo de belleza y estética, sino de bienestar, de salud. Parece que a determinados «estatutos de propiedad» le alcanzan todos los límites, también los del medio ambiente que no son tan nuevos, y los grandes devastadores aún no han visto acotada su actuación por un régimen más acorde [recuérdese la lluvia ácida causada por la central térmica de Andorra (Teruel) sobre los pinares del maestrazgo de Castellón, los constantes vertidos a los ríos o costas de empresas papeleras —el 27 por 100 del total—; doce anomalías se contabilizan al menos en las centrales nucleares españolas, entre ellas la fuga de agua radioactiva de la central de Almaraz en Cáceres; en la comarca de Almadén hay más de 12.000 toneladas de residuos tóxicos; en toda España funcionan 50 centrales térmicas;

---

proceso a partir de 1983 con la expropiación de Rumasa, promulgación de la Ley de Patrimonio Histórico Nacional, Ley de Aguas, Costas, Ley de Reforma Agraria Andaluza, Ley de la Dehesa Extremeña, Ley de Ordenación Urbana y porque el Tribunal Constitucional en Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, desestimando un recurso de inconstitucionalidad de Ley de Reforma Agraria Andaluza establece una doctrina en la que se acepta de lleno la expansión de la función social de propiedad; en ella se configura la función social como límite o «parte integrante del derecho, no como limitación límite externo a su definición o ejercicio». Si bien en «Modificaciones del derecho de propiedad por razón de las actuaciones urbanísticas», *ADC*, 1980, pág. 562, cita 32, reconocía la posibilidad de hablar hoy de propiedades, matizando, eso sí, que entiendo bien que la «diferenciación no depende de verdaderas categorías sistemáticas, sino de la naturaleza del objeto exclusivamente».

(22) DE LOS MOZOS, *op. cit.* págs. 562-563

(23) A su juicio, es el caso de la multipropiedad, peculiar derecho de uso y disfrute, «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil», en *RCDI*, núm. monográfico del V Centenario, 1992, pág. 643.

la mortalidad por cáncer en la margen izquierda del Nervión es de 271,85 casos por 100.000 habitantes. En el resto de Euskadi desciende a 236,44 por 100.000, etc. (24).

De ahí que no esté de más seguir profundizando qué sentido tiene haber constitucionalizado el derecho de propiedad en el capítulo de derechos y libertades para tener la impresión, a veces, de que puede quedar casi sin contenido en algunas de sus manifestaciones por no alcanzarse la finalidad perseguida, olvidando que en cualquier caso el artículo 128 viene a reiterar lo que ha podido olvidarse después de tantos otros mandatos constitucionales y en aras a los mismos, que el medio ambiente debe informar la legislación y la intervención de los poderes públicos, así como la actuación de los Jueces.

Es incuestionable la erosión de la autonomía privada para abrir paso a un incremento en el bienestar general, orientando dicha autonomía hacia una ampliación pero a través de un ejercicio adecuado. Así cobra sentido también la protección del consumidor. Pero ese bienestar general se integra tanto por el progreso económico, por una política de pleno empleo, de máxima productividad, como por la tutela de la salud, del ambiente.

En definitiva, DE CASTRO al referirse al Derecho civil afirmaba como lo importante es determinar en cada parcela concreta del Ordenamiento si es prevalente el principio de personalidad o el de comunidad, y este es el prioritario por lo que respecta a los bienes y a su tráfico. Principio de comunidad o de solidaridad imperante en la Constitución española de 1978.

El terrible derecho a que aludía BECCARIA o sobre el que ha insistido RODOTÁ no es tal (25), aunque paradójicamente GALGANO recuerda que, sin embargo, las luchas internas para los Gobiernos se producen en las distintas reformas agrarias o donde la CEE encuentra sus más duros conflictos es en el terreno de la política agraria, cuando los propietarios fundarios parecía una clase también superada (26). Es, en todo caso, consecuencia lógica de la dificultad de armonizar todos los intereses en juego.

---

(24) Datos que nos ofrece la prensa constantemente, por ejemplo. *El País*, núm. 67, de 31 de mayo de 1992, MARRACO ESPINOS, Abogado, declara en dicho número que «el mayor infractor medioambiental de España es la misma Administración». Veremos después que esto ocurre también en otros países donde la situación actual y la inadecuación de los instrumentos jurídicos o jurisdiccionales está obligando a plantearse la cuestión de la responsabilidad del Estado por los daños ambientales en aquellos casos donde es difícil determinar el sujeto contaminante o, aun conociéndolo, cuándo ha actuado de acuerdo con las autorizaciones administrativas preceptivas.

(25) Se le ha desprovisto de los rasgos de sacralidad e inviolabilidad e incluso se le despoja de su carácter de derecho fundamental. GALGANO, *op. cit.*, pág. 813, y RODOTÁ, *Commentario della costituzione. Rapporti economici*, II, Bologna-Roma, 1982, pág. 118, entre otras obras.

(26) DELGADO DE MIGUEL alude en sus reflexiones sobre el derecho de propiedad que la «propiedad por excelencia es la propiedad de la tierra», siguiendo a IRTI, y por

Parece pensarse que, a pesar de los avatares sufridos, la propiedad como institución se mantiene fuerte, quizá no tanto como derecho subjetivo (el TC lo considera repetidamente, desde su mención expresa en la S. 37/1987, un derecho subjetivo debilitado). No ha dejado de ser un síntoma de superación social y económica el «apoderamiento» de bienes, la titularidad de los mismos, aunque sea por otras formas. El mundo financiero se ha beneficiado y se ha esforzado en su creatividad buscando instrumentos alternativos para alcanzar más cómodamente y por distintas causas y finalidades la ansiada propiedad de bienes costosos o alternativas en forma de «sucedáneo» (27).

La eclosión de una preocupación generalizada por el medio ambiente, a diferencia de la propiedad, sobre todo desde el plano jurídico suele apreciarse como reciente (la preocupación doctrinal más acusada se contempla en los últimos años); y esa afirmación es medianamente cierta si para ello atendemos a la preocupación doctrinal en el ámbito jurídico español. También si lo medimos por el número e importancia de las normas que lo mencionan expresamente, y más aún si lo deducimos por las jornadas de estudio, la fecha de nacimiento de Seminarios u asociaciones al efecto.

No es así si lo inferimos de preocupaciones seguramente más parciales, adecuadas al momento social y político que las preside, pero no por ello menos trascendentes, útiles y auténticas precursoras de la realidad presente.

Tradicional resulta hablar ya de la teoría de los actos de emulación y del tratamiento a través del abuso del derecho como principio general o límite a los derechos subjetivos (también al de propiedad), las inmisiones, las relaciones de vecindad, el tratamiento de las obligaciones de los propietarios de pisos en régimen de propiedad horizontal por limitarnos a materias en el ámbito del Derecho civil y no extendernos a otras previsiones más o menos eficaces o más o menos olvidadas —ese sea, quizá, el mayor problema hasta el presente— en el orden administrativo (ordenanzas municipales respecto a basuras, ruidos, construcción e insonorización...), o la re-

---

tanto no la propiedad según los cánones del Code Napoléon, sino una propiedad activa «lavoratrice», puesto que se ha modificado el eje de los intereses y los criterios ideológicos de las normas constitucionales (*Dal Diritto civile al Diritto agrario*, Giuffrè, Milano, 1962).

(27) «En relación con el derecho de propiedad..., en la realidad social actual se han determinado —y se siguen constantemente configurando— nuevas ordenaciones o acomodaciones de intereses que implican la identificación como bienes jurídicos de nuevas entidades que reclaman su exacta calificación en orden a la exigencia de una tutela jurídica apropiada», señala la profesora HERRERO GARCÍA al estudiar la llamada «multipropiedad», en *La multipropiedad*, Madrid, La Ley, 1989, pág. 111, aun discutida su naturaleza jurídica, la finalidad de «financiación» de acceso a bienes de equipamiento, entre otros, que envuelve a los contratos de *leasing* mobiliario e inmobiliario, tal y como la doctrina y la parcial legislación al respecto deducen, en general sirven, en parte, de ejemplos adicionales

glamentación de actividades peligrosas, molestas o insalubres; la normativa que ha integrado los fundamentos del Derecho agrario o leyes sobre energía nuclear, responsabilidad por vertidos, productos, etc.

¿En qué basar o fundamentar el razonamiento último de estas limitaciones jurídicas sino en la búsqueda de relaciones en sociedad y en vecindad concordes, respetuosas con los derechos ajenos, con la calidad de vida, con la intimidad de las personas en hábitat ocupado?

Podemos hablar de dispersión, de insuficiencia, de descoordinación o de parcialmente caducas y trasnochadas.

ALONSO PÉREZ, desde sus magníficos trabajos sobre las relaciones de vecindad o los más actuales sobre el Código Civil y su contenido agrario, ecológico o el estudio reciente y todavía inédito sobre las inmisiones, no ha dejado de trabajar sobre y en pro del hábitat humano (o al menos sobre una parte). ¿No es esto también Derecho ambiental?

No sé si referirse a medio ambiente es reiterativo, pero desde luego es erróneo identificarlo sólo con campo; también es ciudad, con costas; también es agua en general y vertidos, no sólo animales, parajes naturales, aguas subterráneas, montes, reservas, etc.; también territorio, urbanismo, vivienda, planeamiento, especulación, ruidos, urbanizaciones privadas, actividades molestas, olores, fábricas, contaminación, tráfico, ataques a parques y jardines (por particulares y por decisiones públicas). En definitiva, todo aquello que permite acompañar la vida del hombre de muy distintas formas y que no debe agostarse con cada generación que explota y usa de ellas. Si bien ha de convivir con progreso y evolución. Precisamente aquí reside la auténtica dificultad en conciliar distintos intereses, no todos son comportamientos objetivamente ilícitos, abusivos o antisociales (ver CC, art. 7), sino que también el ejercicio de otros derechos reconocidos y tutelados por la Constitución puede originar, y lo hace de hecho, graves perturbaciones perjudiciales al hábitat, y directa o indirectamente a la persona (28).

¿Esto que hemos intentado dibujar permite hablar de un derecho del medio ambiente? Difícilmente, si tenemos en cuenta que es complejo acotar, mucho menos enumerar lo que determina, alcanza o afecta al medio ambiente. ROCA JUAN ha señalado muy acertadamente (29) que el ambiente

---

(28) ROCA JUAN recuerda las previsiones en el año 65 de JASPERS: «la realización técnica llegó a un punto en el que la autoaniquilación del hombre entra en el horizonte de lo posible» («Sobre el deber general de respeto a la persona», *ADC*, 1986, pág. 763), y se queja de que a pesar de esas advertencias pocos esfuerzos haya realizado la doctrina tendentes a la protección de la persona en su totalidad de las repercusiones negativas de la técnica) ALONSO PÉREZ, en «Las relaciones de vecindad», *ADC*, 1983, nota 79, págs. 394-395, al contemplar los valores constitucionales considera que abogan más éstos por la tranquilidad y la salud de la persona que por las exigencias seductoras de la industrialización.

(29) ROCA JUAN, *op. cit.*, págs. 764-765



es «un bien indefinido, complejo e integrado de muchísimos factores... acaso podría comprender cuantos recursos existen en el planeta —y quién sabe fuera de él—, pero que se influyen recíprocamente constituyendo un sistema en equilibrio», o «no parece fácil una concepción unitaria del ambiente como objeto protegible, al menos en sentido jurídico. Porque el ambiente, en cuanto circunda y condiciona la vida de la persona, comprende intereses variadísimos que exigen muy dispares formas de protección jurídica»; en inimitable expresión lo identifica ALONSO PÉREZ como «objeto de la eterna *possessio*» (30).

Excede a ello y las soluciones jurídicas no tienen muchas veces nada de peculiar (31), salvo la finalidad, ni pueden aislarse de otras cuestiones estrechamente unidas a ella por propia esencia. Sí puede hablarse de protección del medio ambiente (32); y concretándose en lo que más acotada-

---

(30) ALONSO PÉREZ, *Prólogo...* cit., pág. 15. Al mismo tiempo y completando la definición que del medio ambiente hace MORENO TRUJILLO (*op. cit.*, pág. 47) como «un conjunto equilibrado de componentes naturales que conforman una determinada zona en un determinado momento, que representa el sustrato físico de la actividad de todo ser vivo y es susceptible de modificación por la acción humana», señala que el medio ambiente es también lo que el hombre hace del mismo positivo y negativo. «El ser humano es parte del medio ambiente, pero es también su curador y por la misma razón su agente, el agente capaz de transformarlo en buena medida» (vid. *Ponencia...*, cit., pág. 76).

(31) R. MARTÍN MATEO, *Elementos del derecho ambiental*, Sistema, noviembre 1991, págs. 40-41. «Al perfilar un concepto de Derecho ambiental debemos distinguir entre sus principios aglutinadores y los instrumentos puestos al servicio de sus objetivos. Las técnicas instrumentales manejadas, aunque con modulaciones, pertenecen al acervo general del Derecho, y así el empleo de la coacción, del estímulo, tiene un común denominador con otros sectores ordinamentales. Sólo son determinados caracteres específicos los que justifican la consideración sustantiva de este Derecho». Dichos caracteres los resume más tarde en: *sustratum ecológico, espacialidad singular, énfasis preventivo, componente técnico-reglado, vocación redistributiva, primacía de los intereses colectivos* (págs. 42-45).

(32) Si bien con la dificultad sabiamente planteada de tratar de reducir concepto tan amplio a una realidad material y, es más, a un objeto jurídico; de ahí que se haya abogado por las normas sectoriales. GIANNINI, «Ambiente Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici», *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1973, I, pág. 22. MARTÍN MATEO, en cambio, aboga más por una concepción unitaria, reconociendo que hasta ahora en los distintos Ordenamientos lo que han existido son precisamente normas sectoriales, pero que el Derecho ambiental es más que eso, si bien precisa de una delimitación más estricta del concepto del medio ambiente que permita perfilar el campo de esta disciplina. «superando tanto las aproximaciones genéricas y meramente programáticas como las parcelaciones inconexas a que ha dado lugar el arrastre de una legislación precedente que aisladamente se preocupaba de la higiene, del orden público, del régimen sanitario de las aguas...», vid. especialmente pág. 34.

S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, pág. 4, se ha lamentado también de que no se haya afrontado el problema de la tutela del ambiente en términos generales.

Vid. sobre las distintas concepciones e intentos de definir el ambiente y los elementos configuradores de su derecho E. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch, 1991.

mente se han considerado bienes ambientales, se han ido delimitando sobre la base de valorar y tomar en consideración su utilidad creando una exigencia de conservación para que se mantenga el modo de ser de los destinatarios del disfrute como personas humanas, de medidas, acciones... encaminadas a ello; pero me cuesta pensar en un Derecho del medio ambiente en la actualidad, aunque seguramente sea deseable para intentar superar las carencias de los tratamientos sectoriales, y me cuesta hablar del naciente fenómeno de estudio del Derecho del medio ambiente. O Derecho del medio ambiente es toda aquella normativa que respeta y preserva, que tiene como criterio informador o como límite el medio ambiente, o entramos en una compleja delimitación y enumeración que provoca la parcialidad, la diversificación e, incluso, la disminución de eficacia.

Mucho ha sido el escepticismo de los juristas en general, y de los civilistas e ius privatistas en particular (33), a que normas o instrumentos de Derecho privado sirvan correctamente a la prevención del daño a las personas o a las cosas; incluso más allá de estas afirmaciones se ha dicho con razón que mal puede el Ordenamiento jurídico restablecer el equilibrio ambiental roto, que sólo podría hacerse desde una correcta y profunda formación desde la infancia y, por tanto, desde distintos comportamientos individuales y en colectividad; siendo esto todavía una utopía, el Derecho ha de tener una función coercitiva, esencial sólo si las sanciones

---

especialmente en el capítulo II, «El medio ambiente como objeto o bien jurídico protegido», págs. 31 y sigs.

(33) Alude a ello J. ROCA JUAN, «Sobre el deber general de respeto a la persona (Derecho civil y medio ambiente)», *ADC*, 1986, págs. 763-764; M. ALONSO PÉREZ, «Prólogo al libro de Moreno Trujillo: *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*», págs. 9, 12-13, y en «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1987», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, septiembre-diciembre 1987, págs. 5261 y sigs.; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela del'«ambiente»*, Padova, Cedam, 1982, pág. 11, ver también MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; MARTÍN MATEO, *op. cit.*, pág. 24. «El Derecho ambiental es fundamentalmente público...», y págs. 26-31, aunque en pág. 45 señala que «el carácter fundamentalmente público del Derecho ambiental no excluye sin embargo el concurso del Ordenamiento privado». CONDE-PUMPIDO TOURON, al hacer públicas las conclusiones de las «Jornadas sobre el Medio Ambiente», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en octubre de 1988, declaraba que «se constata la insuficiencia del Derecho privado para ofrecer plena satisfacción a la solución de conflictos de naturaleza colectiva, como es el problema de la responsabilidad civil por daños causados al medio ambiente, donde a menudo es difícil identificar a víctimas y agresores», *Poder Judicial*, núm. especial IV, pág. 8; y ALBIEZ DOHRMANN señala cómo en lo referente a medio ambiente «puede resultar un tanto engañoso un enfoque exclusivamente *ius privatista*, pero también es cierto que algunas cuestiones medioambientales pueden ser resueltas acudiendo a instituciones tradicionalmente pertenecientes al ámbito del Derecho privado... sin ignorar que en la actualidad su contenido está muy matizado por el Derecho público», «La protección al medio ambiente o el derecho a contaminar», *ADC*, 1990, págs. 1228-1229.

son eficaces, adecuadas al daño ocasionado y ejecutables sin demora (34). Mucho más limitada es, en verdad, la eficacia que el Derecho alcanza en la prevención de esos desastres ecológicos, aunque ha de ser su objetivo primordial. En el ámbito privado la función social de la propiedad, el abuso del derecho y las relaciones de vecindad junto a la responsabilidad civil, más las primeras que la última, pueden ser y han sido instrumentos, «grandes valladares», para defender el ambiente de las agresiones del hombre (35). Véase sin ir más lejos la línea jurisprudencial a través de Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1913, 14 de mayo de 1963, 4 y 22 de diciembre de 1972, 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 14 de julio de 1982 ó 3 de diciembre de 1987 sobre inmisiones, distinguiendo entre la esfera de actuación del Derecho público y el Derecho privado aunque coexistan como dos aspectos de una misma realidad. Así se sostiene que el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para eliminar inmisiones (S. 12-XII-1980) y que no cabe escudarse en que la empresa haya observado escrupulosamente las normas generales, locales o autonómicas sobre preservación del medio ambiente, o en que el establecimiento y emplazamiento de esa empresa pasó por el oportuno expediente administrativo y encuentra razón de ser en exigencias de servicio público (S. 3-XII-1987) (36).

Sí es cierto, en cambio, que muchos fenómenos de deterioro del clima de los bosques, contaminación, han propiciado una mayor conciencia social, que se plasma incluso en los textos constitucionales como el nuestro de 1978 (art. 45) y que resueltas o encaminadas otras prioritarias preocupaciones políticas, toman éstas el lugar que se merecía y parecen irrumpir como únicas y completamente *ex novo*, cuando a veces el estudio detenido de las soluciones y sus resultados son demostrativos de poca variación real.

Se trata de dar un énfasis especial, quizá mayor por el secular olvido de que la preservación del ambiente también es un bien y auténtico patrimonio de la humanidad. Muchas de estas cuestiones han sido consideradas parte integrante, por ejemplo, del Derecho agrario al que antes de haberse asentado como tal disciplina se desmembra en la que aparece como algo diametralmente distinto el Derecho del medio ambiente que tiende gracias al impulso de distintas aportaciones doctrinales y legislativas (37) a conver-

---

(34) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 12. 15-16.

(35) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 14.

(36) ALONSO PÉREZ, «Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, págs. 5264-5265.

(37) Código Ambiental de Suecia, 1969; Control of Pollution Act de 1974 en Inglaterra; Ley de Bases del Ambiente de Portugal de 1987, Ley de Medio Ambiente de Brasil de 1981, alterada por Ley de 24 de julio de 1985 y por la Constitución de 1988; ver al respecto MARTÍN MATEO, *op. cit.*, *loc. cit.*

tirse o evolucionar hacia una nueva rama o disciplina jurídica; en otro sentido, muchas de las denominadas propiedades especiales (montes, aguas, minas) integran otra parcela de lo que hoy se acota como contenido del Derecho ambiental. Si bien pueden distinguirse en función del énfasis que se ponga en la defensa de unos u otros intereses o bien proceder a su integración o interpretación integrada, como ha hecho, entre otros, DELGADO DE MIGUEL (38).

Debería probablemente dedicarse todo el esfuerzo a la búsqueda de soluciones verdaderamente eficaces, ya que resulta probado que «no hay más remedio que acudir al Derecho para constreñir y sancionar a quienes degradan o aniquilan el entorno vital en que estamos inmersos» (39); y CONDE-PUMPIDO (40) afirma más: «que las sanciones penales cumplen en la protección del medio ambiente una doble función preventiva —por la mayor eficacia disuasoria que tienen las sanciones penales en un campo en el que las multas administrativas son generalmente integradas en los costos— y sancionadora, si bien, conforme el principio de intervención mínima de la actuación primitiva del Estado, deben reservarse para aquellas conductas más graves». Mostrando, una vez más, que no es bastante para una protección plena del ambiente con la «intervención» desde alguna de las ramas del Ordenamiento jurídico.

### III. EL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL, EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LA EFICACIA DEL DERECHO PUBLICO EN LA PROTECCION DEL AMBIENTE

Debemos cuestionarnos si la defensa del «medio ambiente» no debe nacer también o primordialmente de la tutela del que podríamos llamar el ambiente individual, es decir, no sólo reclamar grandes medidas o grandes

---

(38) J F DELGADO DE MIGUEL, quien recientemente ha editado una magnífica monografía manifestación pública de su tesis doctoral *Derecho agrario ambiental Propiedad y ecología*, Pamplona, Aranzadi, 1992. especial interés por sus planteamientos en relación al tema que nos ocupa, propiedad y ecología, medio ambiente, función social de la propiedad, ver el capítulo II, págs 59 y sigs. ;

(39) Vid. «Prólogo .», cit., pág 12

(40) Como «portavoz» de los congresistas (vid. *Poder Judicial*, núm especial IV, pág. 9). O a A. VERCHER NOGUERA a afirmar categóricamente que «la protección penal del medio ambiente obedece a razones de realismo y eficacia», en «Consejo de Europa y Protección penal del medio ambiente», *La Ley*, núm. 2733, 30 abril 1991, pág. 1. En la actualidad, no obstante, se demuestra la insuficiencia del artículo 347 bis del Código Penal y se tiende a ampliar en las reformas del Código la protección del medio ambiente. Vid. sobre «El delito ecológico» ponencia de E. BELTRÁN BALLESTER en las ya citadas «Jornadas del Poder Judicial», págs. 91 y sigs. , y especialmente sus conclusiones en pág. 107

remedios y por parte de los que consideramos los «depredadores» o «devastadores» por excelencia (que no se puede abandonar en ningún caso). Eso permitiría, aunque lentamente a largo plazo, una adecuada respuesta a los problemas desde la base; si así se hubiera hecho tiempo atrás, hoy no sería necesaria la protección de espacios naturales a través de la creación de reservas, de parques, que no es sino la forma de crear cotos de naturaleza en «burbuja». El ambiente «general» no puede existir en condiciones óptimas sin la defensa del más cercano. El ambiente es una cuestión de la colectividad y de solidaridad, pero también del individuo de lo individual, que no individualista.

Intentamos concitar aquí, como en otro momento indicara ALONSO PÉREZ, una de esas grandes categorías que germinaron en el seno del Derecho civil para velar por los intereses generales de la sociedad o por los legítimos intereses de la persona frente al individualismo egoísta de los particulares de la función social, que coloca dicho profesor junto con las relaciones de vecindad, el abuso del derecho y la responsabilidad civil. No se trata tanto de ver y convencer de que hay instrumentos privados útiles muy elaborados, aunque no sean perfectos, que permiten tutelar algunos aspectos medioambientales en el Derecho privado, cuanto desde ellos intentar dilucidar si en otras grandes declaraciones o en la adopción reiterativa de medidas propias de Derecho público o en las que se trasluce un constante intervencionismo estatal hay efectividad o sirven dogmáticamente a las grandes ideas, pero dan salida a otros intereses quizá muy legítimos, pero no los que precisarían de tan extremados remedios.

La Exposición de Motivos de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad ha puesto de nuevo el énfasis en las relaciones de vecindad o, lo que es igual, en aquellos instrumentos válidos para el correcto discurrir de las relaciones entre particulares no sólo respecto a la titularidad de los bienes, sino en el ejercicio de facultades y derechos en relación al goce y disfrute de los mismos, medidas contra las inmisiones de un particular en la esfera de otro particular; y se declara claramente que se establece un régimen de derecho privado de tutela del particular, además de la que pueda tener dentro del Derecho público y en la que de forma novedosa, como resalta ALONSO PÉREZ (41), se utiliza la acción negatoria para combatir eficaz y rápidamente esas inmisiones. Si bien en esta Ley se mantienen aspectos negativos (ver art. 3, núms. 3 y 5 especialmente) que revelan una excesiva preocupación por la libertad de ejercicio del dominio y donde se presume que el ejercicio

---

(41) M. ALONSO PÉREZ, «La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: Especial consideración de los medios jurídico-civiles. En defensa de los consumidores de medio ambiente, de salud y de bienestar.», cit., págs. 9-13

normal de un derecho puede comportar perjuicios sustanciales a otro, lo cual, a mi modo de ver, difícilmente puede entroncar con el contenido esencial de propiedad delimitado por la función social del artículo 33.2 del la CE. El antiguo concepto de tolerancia no sirve en relación con los valores constitucionales, en este caso el artículo 45, en relación con el artículo 33.2 de la Constitución española. Y en último extremo, si se utiliza como criterio conciliador de intereses defendibles, no puede ser el que permanece latente en la filosofía de estos artículos, frontalmente contrarios al principio informador o al límite de la defensa de la calidad de vida, de la salud y del ambiente.

No son cosas radicalmente distintas de las que hablamos la normativa en pro del medio ambiente y la doctrina de las inmisiones, aunque sí con diferente ámbito de actuación, sin duda complementario. Son estas últimas medidas más próximas a la solución del conflicto, determinando límites en el ejercicio de los derechos, necesariamente inspirados en el respeto a los derechos subjetivos y que están a favor de la propiedad u otros derechos reales, pero también del hábitat, de la concordia y de la tutela, incluso, de la salud.

¿Qué sentido tiene una defensa de la propiedad privada a ultranza en contra del hábitat en el que se enclava? ¿Qué sentido aceptar de buen grado una regulación sobre inmisiones y afirmar a renglón seguido que la idea de propiedad en el Código Civil (puesto que ha de definirse necesariamente a la luz del art. 3 CC y el art. 33 CE) no se concilia con las exigencias de los artículos 33.2 y 45 de la Constitución? Si se admiten las restricciones correctamente configuradas en relación a privados, cómo no en aras de la colectividad o de la sociedad, que revierte además en interés del propio individuo. ¿A quién le interesa vivir en un hábitat deteriorado y en el que no sirve la marcha atrás si el dinero no puede ofrecerle otro cuando se aniquile por completo?

Creo que el problema reside en una falta de enfoque correcto y de malos entendidos políticos y jurídicos. Se producen recortes en la legislación actual, si no se quieren llamar limitaciones, en las facultades de determinados propietarios en aras del medio ambiente, cuando no son instrumentos que consiguen directamente esa tutela, y con gran dificultad, indirectamente, y, sin embargo, se desaprovecha la ocasión de seguir en la larga trayectoria de elaboración de las inmisiones teniendo en cuenta otros intereses que no sean los de ampliar al máximo las facultades del propietario en su fundo, sobre todo si su actividad productiva origina ruidos, humos, olores, etc., que molestan a los vecinos y contribuyen a la contaminación ambiental. Veremos una consecuencia clara de la aplicación de una Ley como ésta, la alemana, de la que seguramente se ha tomado el nuevo texto de la catalana, y su incidencia en el debate actual de la tutela ambiental.

La legislación en materias de carácter ambiental se ha incrementado desde 1975 en gran medida (42).

(42) Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico, desarrollada por el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y modificada parcialmente por el Real Decreto 1613/1985, de 1 de agosto, y por el Real Decreto 717/1987, de 27 de mayo; Orden de 18 de octubre de 1976 de prevención y corrección de la contaminación atmosférica de origen industrial, Decreto 3025/1974, de 9 de agosto, sobre limitación de la contaminación atmosférica producida por los vehículos automóviles, Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975 (hoy derogada por Ley de 1989), Orden de 26 de mayo de 1976 sobre prevención de la contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves, Ley 21/1977, de 1 de abril, sobre aplicación de sanciones en los casos de contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves; Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; Decreto 2204/1975, de 23 de agosto, y Real Decreto 667/1987, de 30 de abril, sobre calidades y condiciones de empleo de combustibles y carburantes; Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre la restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, Real Decreto 1116/1984, de 9 de mayo, sobre restauración del espacio natural afectado por las explotaciones de carbón a ciclo abierto y el aprovechamiento racional de estos recursos energéticos, Real Decreto 2519/1982, de 12 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes, Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico artístico; Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, Real Decreto 2216/1985, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre Declaración de Sustancias Nuevas y Clasificación, Envasado y Etiquetado de Sustancias Peligrosas, Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental, y Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento de Ejecución, Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, Real Decreto de 10 de marzo, por el que se establece la normativa general sobre vertidos de sustancias peligrosas desde tierra al mar; Reales Decretos 1095 y 1118 de 1989 por los que se declaran las especies objeto de caza y pesca, y Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas; Real Decreto 138/1989, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Perturbaciones Radioeléctricas e Interferencias; Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres de 27 de marzo de 1989; Real Decreto 199/1990 por el que se crea la Secretaría General del Medio Ambiente en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo

Y en las distintas Comunidades Autónomas.

Ley de 9 de enero de 1984 que declara «reserva integral» la laguna de Fuente de Piedra, de Andalucía; Ley de Creación de la Agencia de Medio Ambiente de Andalucía de 12 de junio de 1984, Ley de 19 de octubre de 1984 que declara «paraje natural de interés nacional las marismas del Odiel y «reservas integrales» la marisma del Burro y la isla de Enmedio; Ley de 19 de octubre de 1984 que declara «reserva integral» una serie de zonas húmedas del sur de Córdoba; Decreto 204/1984, de 17 de julio, por el que se acuerda la formación del Plan Director Territorial de Coordinación del Entorno de Doñana; Ley de Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía y por la que se establecen medidas adicionales para su protección de 18 de julio de 1989, Decreto de creación de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales declarados en la Ley 2/1989, se establece el régimen jurídico de las mismas y se fijan las líneas básicas de los planes rectores de uso y gestión para los parques naturales de 30 de febrero de 1990, desarrollo reglamentario de la anterior; Ley 2/1988, de 10 de junio, por la que se declara

Esta copiosa enumeración que vemos en cita en modo alguno pretende ser exhaustiva (43); trata de mostrar la multiplicidad de disposiciones de variado rango, alcance territorial y multiplicidad de categorías creadas en la catalogación de espacios protegidos y la preocupación general de las Administraciones públicas, Central y Autonómica por responder al mandato constitucional del artículo 45. La dispersión también es evidente y la esperada Ley ambiental ha sido sustituida por normas sectoriales.

El Preámbulo del Decreto de 1986 de evaluación del impacto ambiental, una de las formas en las que el carácter preventivo es el fundamento y la finalidad, por lo que creemos merece la pena destacar, además de por entroncar o proceder directamente con las directrices comunitarias, declara que esta técnica es generalizada en todos los países industrializados, recomendada de forma especial por los organismos internacionales como el instrumento más adecuado para la preservación de los recursos naturales y la defensa del medio ambiente hasta dotarla en la CEE de regulación específica en la Directiva 85/377 CEE de 27 de junio de 1985. Esta técnica introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente; «se ha venido manifestando como la forma más eficaz para evitar los atentados a la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban

---

el Parque Nacional de Somiedo; Ley 1/1984, de 14 de marzo, de ordenación y protección de áreas naturales de interés especial de las islas Baleares; Ley 3/1985, de 29 de julio, de medidas urgentes en materia de urbanismo y protección a la naturaleza de Canarias; Ley 12/1987, de 19 de junio, de declaración de espacios naturales de Canarias; Ley 12/1981 por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas de Cataluña, Ley de 3 de marzo de 1982, de Cataluña, que declara «Parque Natural de Interés Nacional» la zona volcánica de la Garrotxa, desarrollada por el Decreto 113/1983, de 12 de abril; Ley de 6 de mayo de 1982 que declara como paraje natural de interés nacional el macizo de Pedraforca de la comarca del Berguedá; Ley de 20 de octubre de 1983 que declaró reservas integrales de interés zoológico y botánico los Aiguamolls de l'Empordá; Ley 12/1985, de 13 de junio, de espacios naturales de Cataluña; Ley 7/1988, de 30 de marzo, por la que se reclasificó el Parque Nacional Aigües Tortes y Lago de Santo Maurici, Ley 1/1959, de 23 de enero, del Parque Regional de la cuenca alta del Manzanares, de Madrid; Ley 3/1987, de 23 de abril, de protección y armonización de usos del mar Menor, de Murcia, Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para protección y uso del territorio en Navarra, Ley 5/1988, de 24 de junio, por la que se regulan los parajes naturales de la Comunidad valenciana, Ley 5/1989, de 6 de julio, de protección y ordenación de la reserva de la biosfera de Urdabai.

(43) Para un conocimiento de la normativa en materia de medio ambiente, tanto internacional como estatal o autonómico, consultar, entre otros, C. ALVAREZ BAQUERIZO, *Derecho ambiental Manual práctico*, Madrid, Pentahlon eds., 1990, págs. 227 y sigs.; vid. también A. LÓPEZ TARACENA, «Las evaluaciones del impacto ambiental», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1627, febrero de 1992, págs. 1065-1071, así como las distintas recopilaciones que se realizan por las editoras de textos legales; por ejemplo, *Legislación sobre medio ambiente*, Madrid, Cívitas, 1991.



adoptarse al poder elegir entre las diferentes alternativas posibles aquella que mejor salvaguarde los intereses generales desde una perspectiva global e integrada y teniendo en cuenta todos los efectos derivados de la actividad proyectada». Este Decreto legislativo viene a ofrecer una regulación unitaria de lo que en España parcialmente y de forma fragmentaria se había realizado (44); responde también a lo preceptuado en la Ley de Aguas partiendo de la antes citada Directiva comunitaria. Puede ser este uno de los instrumentos de mayor y más eficaz alcance si se siguen con rigor las determinaciones y requisitos en el Decreto contenidos y, además, con ese carácter preventivo que tan difícil es de conseguir en esta materia y que tanto se echa en falta a la hora de poder actuar el artículo 45.2 de la Constitución española. «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Y viniendo a engrosar el catálogo de normas que establecerán las sanciones administrativas previstas en el párrafo tercero, junto a las sanciones procesales o la reparación del daño por la vía civil en esa triple vía de tutela reconocida en la Constitución.

El citado Decreto desde su carácter de legislación básica permite a las Comunidades Autónomas con dicha competencia un desarrollo adicional del mismo y somete, en líneas generales, a dicha evaluación a todos los proyectos privados o públicos consistentes en la realización de obras, instalaciones o cualquier otra actividad de las que enumera; esto es, refinerías de petróleo bruto, centrales térmicas e instalaciones afines de al menos 300 megavatios, instalaciones para almacenamiento o destrucción de residuos radioactivos, plantas siderúrgicas integrales, etc., y deberá realizarse con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o autorización del proyecto por el procedimiento que allí se determine y con intervención de autoridades especializadas en la materia, si bien tiene la quiebra de que el Consejo de Ministros u órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma puede hacer caso omiso de las conclusiones sentadas por el órgano ambiental, con lo cual decae la eficacia de estos instrumentos.

¿Por qué descender a esta cuestión sin duda de índole administrativo? Porque es una muestra más de que el más ingenioso de los métodos, el más perfecto de los instrumentos técnicos y jurídicos decae y deviene inútil ante la falta de voluntad de ponerlo en práctica por la autoridad a quien corresponda ejecutarlo. No queremos decir que ello vaya a suceder por sistema,

---

(44) Vid. el recorrido que sobre esa regulación pionera hace A. LÓPEZ TARACENA, «Las evaluaciones del impacto ambiental», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1627, 25 de febrero de 1992. págs. 1044-1048

pero es que estamos demasiado acostumbrados a ver cómo a pesar de obtener los locales las preceptivas licencias incumplen la reglamentación de insonorización, de materiales empleados en la prevención de incendios, de la falta de las más mínimas medidas de seguridad; porque se multiplican los informes denunciando los perjuicios que causan a monumentos y obras escultóricas el someterlos a niveles altísimos de decibelios o a exposiciones directas a fuentes luminosas excesivas para actuaciones públicas, etc. Finalmente lo que queda en el ambiente deteriorado, mermada la salud, daños materiales en cultivos, plantaciones, etc., y en el mejor de los casos obtención de una reparación pecuniaria (indemnización), que no del ambiente erosionado. No era, pues, una licencia aludir a esa triple protección en el artículo 45.3 de la Constitución española, y por eso no en vano y a pesar de criticar su insuficiencia, su anacronismo, sigue teniendo vigencia real la conjunción de los artículos 590 y 1.908 del Código Civil, con la ayuda de la actual línea interpretadora del Tribunal Supremo a través de la objetivación de los criterios; y ese debe ser, aunque no solo, el camino de la reforma (45) o los correspondientes en materia de responsabilidad contractual. Pero nuevamente hemos de insistir en que la reparación del daño sirve en relación con los deterioros producidos en el ecosistema, ambiente, hábitat más o menos privado o individual (46) como compensación, pero no puede considerarse uno de los instrumentos que contribuyan a la preservación del medio ambiente, ni siquiera a la restauración del mismo, sobre todo si no se consigue el cese de la actividad.

Y cuando no sean suficientes las medidas propias de las relaciones de vecindad, el Ordenamiento jurídico y los Jueces han de intervenir a partir de las categorías de ejercicio antisocial de los derechos (en cuanto a su ejercicio), abuso del derecho (art. 7.2 CC: ordena «adoptar medidas judiciales que *impidan la persistencia del abuso*») —ver STS 3-XII-1987— y del respeto a la dignidad de la persona como principio clave en nuestro Estado de Derecho (art. 10 Constitución); y la función social de la propiedad, de

---

(45) Ver Sentencia de 27 de octubre de 1983 en materia de responsabilidad contractual, pero válida para observar la problemática contaminante de las centrales térmicas y cómo hay distintas vías para obtener una reparación económica patrimonial que muchas veces no determina ni consigue la reparación o restauración del medio ambiente, del que no se puede deslindar, como se deslindan, los bienes jurídicos, los objetos protegidos o los daños realmente reparados, también 12-XII-1980, humo, polvo y gases procedentes de una central térmica, causantes de daños a las cosechas cercanas declara la sentencia que la actividad económica de las empresas por representar un interés social no puede menoscabar los derechos de los particulares, referencia a inmisiones y a particulares que no puede sustraer el caso del ámbito del medio ambiente, porque también el hábitat, el ambiente en cuanto *universitas rerum* resulta dañado, las medidas y las soluciones suelen quedarse habitualmente en el terreno de lo privado

(46) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II. Madrid, Tecnos, 1986, págs. 164-165.

la empresa y cualquier forma de riqueza cobran papel primordial (en cuanto conformadora de estos derechos). El titular de los medios de producción, de los bienes inmuebles, incluso habría que decir también el de los bienes de consumo en cuanto ciudadano obligado al acatamiento y cumplimiento de la Constitución y el Estado como garante del contenido de la magna norma vienen constreñidos a actuar y a legislar en esos confines. E igual que se predicaba la necesidad de incluir, incluso en el texto constitucional, la expropiación como sanción al incumplimiento de la función social de la propiedad (pensando en la propiedad agraria o urbana) (47), han de arbitrase también sanciones eficaces y ejemplares para quienes incumplan en la actuación de sus derechos y facultades con el límite del ejercicio antisocial de los mismos, incluidas las empresas y Administraciones públicas (a éstas en la mayor parte de los casos por incumplimiento de sus obligaciones como garante de los derechos, por autorizaciones negligentes o por ignorancia inexcusable incluso) (48).

«En el momento actual —se argumentaba en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1974— no parece posible que la belleza del paisaje pueda ser defendida por un interdicto privado»; sin embargo, «la pureza del ambiente, la tranquilidad, el silencio y el transitar sin agobiantes aglomeraciones —que hace unos años podían parecer simples bienes espirituales para el amante del campo y de la naturaleza— son bienes patrimoniales que la economía moderna tiene especialmente en cuenta y valora en dinero». En dicha sentencia se aceptó incluso el ejercicio de procedimientos interdictales en defensa del medio ambiente como instrumento para impedir que una obra de construcción amparada en la correspondiente licencia municipal suprimiera extensas zonas verdes. Es una nueva ocasión para cuestionarse el medio ambiente como posible «objeto» de posesión; para Díez-PICAZO no constituye objeto de derecho subjetivo (49) y además no aparece ligado a cada propiedad, sino al conjunto de propiedades de la

---

(47) No se aceptó en el artículo 33 de la Constitución a lo largo de la tramitación parlamentaria una propuesta al efecto del señor GÓMEZ DE LAS ROCES, quien creía con ello se evitarían graves injusticias sociales dada la poca confianza que tenía en la poca claridad de la función social (vid. PÉREZ LUÑO, «Propiedad privada y herencia», en *Comentarios a la Constitución española*, dirigidos por O. Alzaga, t. III, Madrid, Edersa, 1983, págs. 402-403, cita 54). Sin embargo, podemos encontrar esta categoría hoy en leyes como la reforma agraria de 1984 en Andalucía o en la de 1990 sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, precisamente como consecuencia del desarrollo o concreción de la función social consagrada en la Constitución.

(48) Vid. E. BARRACHINA JUAN, «La responsabilidad de la Administración pública en el derecho de medio ambiente», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 12, 21 de junio de 1991, págs. 1-2.

(49) Ver al respecto J. L. SERRANO MORENO, «El derecho subjetivo al ambiente», *RDUG*, núm. 16 (extraordinario dedicado a Derecho ambiental), 1988, págs. 71 y sigs., especialmente págs. 77-80.

zona (50). Si bien porque aparece ligado al conjunto afecta también a la individualidad. Pero el ejercicio de acciones posesorias en defensa de inmisiones lesivas sólo será posible si se delimita suficientemente el objeto poseído (51).

Cuando las agresiones se circunscriben a mi finca o derecho que disfruto, la reacción es la correspondiente a la lesión de intereses individuales (defensa del derecho de propiedad, interdictos posesorios, acción aquiliana, etc.). Las inmisiones se ven como agresiones a derechos patrimoniales concretos, y en defensa de ese concreto medio ambiente propietarios y titulares de derechos reales pueden ejercitar acciones en defensa de su propio medio ambiente (52), aunque el bien medio ambiente, para Díez-Picazo, no pueda entenderse ligado con cada propiedad individual, quizá porque no afecta exclusivamente y de manera excluyente a un único propietario; luego la tutela del medio ambiente no tiene por qué enfrentarse al derecho de propiedad, sino que la magnifica, la conserva y la mejora o, en su defecto, la degrada, la minusvalora, la hace inhabitable; luego no hay contenido más claro de la función social de la propiedad y en su sentido, no sólo del límite, sino de garante del derecho de propiedad que la tutela del medio ambiente desde la perspectiva individual o particularizada de las inmisiones; perspectiva que, por otra parte, con una correcta regulación, permite dar respuesta a aquellos daños inferidos por un vecino a otro que por su trascendencia no puede probarse que dañen al llamado medio ambiente general y, por tanto, no quedarían salvados por ninguna norma de contaminación del ambiente en general, pero deterioran de forma importante el hábitat más reducido que se materializa o representa en el bien del que se es propietario o sobre el que se ostentan otros derechos de uso o desde la defensa de interés colectivo. Si bien es en este punto donde se produce el intervencionismo estatal, donde habitualmente las limitaciones se aceptan de peor grado y cuya efectividad es más difícil de controlar y la tutela del medio ambiente se observa como límite de los derechos de los titulares cuando el mismo existe en las relaciones concretas; seguramente son los instrumentos utilizados los que aparecen o se presentan o realmente actúan en ocasiones como reductores, sin más, de los derechos del propietario, sin que haya podido asumir que no es sino parte integrante del contenido de ese derecho.

El empresario no cumple con las normas que determinan limitaciones en el vertido de los residuos, en el emplazamiento de los contenedores de basura, en la emisión de humos contaminantes, en la elaboración de infor-

---

(50) L. Díez-Picazo, *Fundamentos*., II, cit., págs. 502

(51) ALONSO PÉREZ, Ponencia..., cit., pág. 74

(52) L. Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 164.

mes previos; prefiere hacer frente a las sanciones y económicamente le es más rentable colocarlo como un capítulo más de su presupuesto y que cabe esperar no siempre se impute a la empresa al no infringir ninguna norma o por tratarse de actividad autorizada como tal, que elevar el presupuesto en el acondicionamiento inicial, en la maquinaria empleada o en los controles de fabricación. Sin embargo, el propietario de un piso en régimen de «propiedad horizontal sabe que es obligación suya mantener en buen estado de conservación su propio piso o instalaciones privativas en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios; consentir en su piso las reparaciones necesarias que exija el servicio del inmueble y permitir en él la creación de las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general; respetar las instalaciones generales; observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás (art. 9); no podrá realizar modificaciones que menoscaben la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario; le está prohibido al propietario o al que ocupe la vivienda desarrollar actividades no permitidas en el estatuto o dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (art. 7 de la Ley de 21 de julio de 1960). Y el artículo 350, en relación con el minusvalorado artículo 348, admite como delimitadoras de las facultades del propietario las servidumbres y lo dispuesto en las leyes sobre minas, aguas y reglamentos de policía en lo relativo a la libertad de realización de obras, plantaciones y extracciones que le convengan o precisen. La brevedad en la remisión, que no es tanta, tiene una sencilla explicación si consideramos la fecha de publicación del Código Civil y, como tantas veces se ha dicho, que el legislador del siglo pasado pensaba preferentemente en la propiedad agraria y no en otros objetos a los que se ha ido extendiendo el modelo de la propiedad. Igualmente es consciente de las obligaciones que derivan de la constitución de servidumbres, sean legales o voluntarias (arts. 530 y sigs. y 549 y sigs.); especial interés revisten las normas de los artículos 571 y siguientes o 586 y siguientes. Se ha querido ver en esto la causa de que las restricciones incluidas en leyes especiales fueran consideradas limitaciones externas al derecho de propiedad. Muchas de éstas se consideran hoy como concreciones de uno de los límites (la función social) y por ello parte integrante del concepto y correspondiente régimen jurídico de ese derecho de propiedad y en consecuencia no indemnizables.

La propiedad no es ilimitada en el Código Civil en el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978 ni está ausente de dicha regulación la idea de cumplimiento de obligaciones y no sólo de ejercicio de derechos o facultades por parte del titular del dominio. La nueva redacción, por otra parte, del nuevo título preliminar es muy clara en el artículo 3 en

orden a la interpretación y aplicación de las normas del Código Civil e igualmente en el establecimiento de límites genéricos de cualquier derecho subjetivo, en especial el artículo 7, norma a la que no se le ha atribuido todo el valor que encierra ni se la ha apreciado en su auténtico significado jurídico: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La Ley no ampara el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño a tercero dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

Seguramente a lo que sí contribuye extraordinariamente el texto constitucional, y a su amparo la legislación posterior, es a comprimir o a reducir más el llamado contenido esencial.

En ningún caso creo que pueda minusvalorarse diciendo que el concepto de abuso del derecho es un concepto decimonónico que no entronca con el constitucional de la función social (53). Ni tampoco que la función social nace en la Constitución o recibe el significado máximo y nuevo en la Constitución del que es ajeno el Código Civil, porque ¿qué es entonces este precepto sino la consagración positiva y jurídica del límite de la función social en sentido de prohibición de ejercicio antisocial de todos los derechos, no sólo de la propiedad? Y no sólo aplicable a la titularidad de los bienes de producción, sino también a los de consumo. Y no sólo al dominio, sino también a otro buen número de derechos que no por ser más limitados pueden alejarse de estos parámetros generales. Para BARNES, «la teoría del abuso... es irreconciliable con la tesis de la funcionalización del derecho. La primera parte de una propiedad liberal-decimonónica y en consecuencia coloca la función social en las afueras del derecho mismo, de lo que resulta que es imposible en tales coordenadas proponer una teoría basada en el exceso de poder, en violación de otros derechos. Los conceptos de límite,

---

(53) J. BARNES VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, Civitas, 1988, pág. 88. Sobre la evolución del concepto «abuso del derecho» y su interpretación actual y en relación con medio ambiente, ver MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch, 1991, págs. 142 y sigs. Ver el pronunciamiento de la Audiencia Territorial de Valencia en Sentencia de 23 de marzo de 1987 o Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1987 que recogen la posibilidad de la utilización del abuso del derecho en defensa del medio ambiente, especialmente en el ámbito vecinal. Ver también L. DÍEZ-PICAZO, «El abuso del derecho y el fraude de la Ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones», en *Doctrina Jurídica*, núm. 4, 1974, pág. 1332. BATLLÉ VÁZQUEZ, «Comentario al artículo 7 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1978. para una mejor comprensión de la categoría del abuso del derecho.

de contenido normal y de derecho absoluto tienden a confundirse y a identificarse. Obsérvese cómo las mismas servidumbres legales y las relaciones de vecindad del Código Civil tienen sentido tan sólo en este esquema» y en cita completa esta idea señalando que: «la propiedad constitucional consiente que la facultad de excluir se haya restringido frente a los poderes públicos. Por encima de los fundamentos jurídico-civiles que pretendían desde antaño su limitación (servidumbres, relaciones de vecindad, *ius usus inoqui*, principio del mal menor...), la posición jurídico-pública del derecho de propiedad (art. 33.2 CE), definida estatutariamente, comprende la posibilidad de utilización marginal del bien por los poderes públicos (caso de las servidumbres forzosas, por ejemplo, de carreteras), sin generarse por ello deber alguno de indemnización, salvo, claro está, en el supuesto de privación efectiva.

Baste ahora subrayar que tales inmisiones públicas ya no pueden ser explicadas en virtud de las técnicas jurídicas tradicionales del Derecho privado, de un lado, y de otro, que no es dable concebir la propiedad como un derecho absoluto, tampoco en lo relativo a la facultad de excluir» (54).

Creo que no se concibe así más que la interpretación literal de la norma y que sólo ve en el Derecho privado una categoría apriorística y no histórica en la propiedad (55), cuando el artículo 33 de la Constitución española no sólo permite deducir una concepción jurídico-pública, sino obliga a deducir del mismo el concepto jurídico sin más adjetivos de la propiedad. Relaciona, por otro lado, sólo el abuso del derecho de la propiedad y con ningún otro derecho subjetivo que precisamente tienen en ese principio, entre otros, la prueba más irrefutable de su limitación y relatividad, sin necesidad de llegar a la Constitución.

Poco avanzaremos pensando así si el Código Civil camina al margen de la legalidad constitucional y si la interpretación ha de hacerse por completo separadamente de la Constitución. Si es así, quizá hubiera merecido la pena pedir la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida del Código Civil. Precisamente porque el concepto de propiedad no puede entenderse hoy al margen de la Constitución es porque quienes conocen perfectamente los papeles de cada norma y aunque lo hagan desde distintas perspectivas no abandonan nunca los parámetros del artículo 33 de la Constitución en sus tres apartados, no sólo en el segundo, aunque también. Puede pensarse como vimos en un concepto unitario de propiedad, precisamente integrado por la idea constitucional de función social, o podemos seguir defendiendo

---

(54) Vid. BARNES, *op cit.*, págs. 88-89, cita 63.

(55) Ver al respecto HERNÁNDEZ GIL sobre función social y propiedad como categoría histórica en «La propiedad privada y su función social en la Constitución», *Poder Judicial*, núm. 14, 1989, págs. 9 y sigs.

la tesis preconstitucional de los diversos estatutos de propiedad o de las propiedades, y por ello nunca vamos a decir ya que el artículo 33 de la Constitución española y el artículo 348 del Código Civil caminan por sendas separadas.

Acertadamente, recuerda COCA PAYARÉS (56), de la lectura conjunta del artículo 33.2 de la Constitución y del artículo 348 del Código Civil se infiere que la función social actúa como un límite, pues es la encargada de delimitar el contenido de las facultades de goce y disposición (uniendo ambos preceptos puede decirse entonces que: «el derecho de propiedad es la facultad de gozar y disponer de una cosa limitada por la función social y sin más limitaciones que las establecidas en las leyes») e, incluso, añadido yo, de ella también pueden partir limitaciones en el sentido más estricto del término (por ejemplo, expropiación forzosa; ver Ley del Suelo, Ley de Valoraciones, Ley de Aguas, de Costas, de Espacios Naturales...). Pero, en cualquier caso, la concepción como límite no determina una consideración externa de la función social al derecho, sino por ello conformadora del mismo». La función social, como el *ius usus inocui* (57) o los actos de emulación, dentro de los límites o como límites del derecho de propiedad (58) son categorías abstractas necesitadas de concreción (concreciones que pueden ser los derechos de tanteo y retracto por lo que se refiere a la primera, posibilidad de usar una cosa ajena si no perjudica a los intereses del propietario y el usuario obtiene alguna utilidad, o concretos actos de molestia a un tercero en los segundos; vid. a este respecto Ley de Servidumbres catalana de 1990, por ejemplo). Puede admitirse, quizá, como señala COCA, que puesto que la Constitución sólo reconoce a la función social, que ésta es el único límite, con lo cual pasan a ser concreciones de ese límite (*ius usus inocui*, entre otros). En realidad es que siempre han sido categorías que se reconducen al buen comportamiento en vecindad, en la colectividad, al ejercicio social, y no antisocial, de derechos y facultades, y que pueden elevarse y se elevan en la consideración más alta de la función social y para los casos en que así se precise a recortar o limitar o suprimir incluso el uso de ese derecho que, no dañando a nadie, no responde a los intereses de la colectividad. El paso del no abuso del derecho al ejercicio solidario del mismo es sólo un *iter* con distinta gradación y que en su estrato más alto se contempla por el legislador constituyente para quien la convivencia democrática, la garantía de un orden económico y social justo en el que

---

(56) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 296.

(57) Vid. J. LEGUINA, que situaba antes de la Constitución a la función social como límite del derecho de propiedad junto a la prohibición de realizar actos de emulación, en «Las facultades dominicales de la propiedad forestal», REDA, 1974, pág. 450.

(58) Para BARASSI más que un límite, la razón del límite, en *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pág. 465.



promover el progreso y asegurar al tiempo a todos una digna calidad de vida es objetivo y declaración de intenciones que se plasma en el Preámbulo y se concreta después en el articulado, cuyo artículo señero en materia de derechos fundamentales es el 10: «La dignidad de la persona, 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». Uno de esos derechos (derechos y deberes de los ciudadanos titula a la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II —*Derechos y libertades*— del título I —*De los derechos y deberes fundamentales*—) es la propiedad privada (no cualquier otra cosa) y la función social de ese derecho (no de cualquier otro) es lo que delimitará su contenido, interna y externamente por tanto. A este respecto creo, como demostraré luego sigue siendo útil, entendida en sus justos términos la diferenciación entre límites y limitaciones, si se entiende de la siguiente forma:

«Los límites nos ofrecen la panorámica de hasta dónde llega el poder “del” propietario, y las limitaciones, la de hasta dónde llega el poder de “un” sujeto que es propietario, o el poder de un sujeto “a pesar de” ser propietario». Las limitaciones han de ser probadas dada la presunción en el artículo 348 de inexistencia de limitaciones, y «los límites existen como atributo consustancial al derecho de propiedad y en todos ellos» (59).

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38) y entre los distintos principios rectores (cap. III) de esa política económica y de la política social (que no en vano marcará la estructura de la función social a seguir por la propiedad y otras fuentes de riqueza que están supeditadas al interés general —art. 128—); los poderes públicos habrán de promover (art. 40) las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa; se reconoce el derecho a la protección de la salud (art. 43) facilitando la adecuada utilización del ocio, y velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida (aquella digna que motiva el Preámbulo de la Constitución),

---

(59) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 295.

Las relaciones de vecindad forman parte del contenido ordinario, normal de la propiedad (vid. ALONSO PÉREZ, «Las relaciones de vecindad», *ADC*, 1983, págs. 364-365), igual que el abuso del derecho, el *ius usus inocui*, la función social, limitan y conforman el derecho de propiedad con diferente alcance, si bien la propia función social puede llegar a fundamentar limitaciones a los derechos de los propietarios o al derecho de propiedad en relación al bien, a la finalidad del mismo, a las circunstancias históricas del momento, si bien a través de la reserva de Ley, a la que alude el artículo 33, y la correspondiente indemnización. Las concreciones del límite han de ser generales y de aplicación uniforme para todos los que se encuentren en igual situación. Mientras que en las limitaciones prima su carácter excepcional, cabe el trato desigual entre propietarios de diferentes y de iguales bienes.

porque todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Este es el hilo conductor que no puede perderse de vista ante la cuestión que suscitamos y que marca los presupuestos de la legislación al efecto.

#### IV. RELACIONES DE VECINDAD: EL MEDIO AMBIENTE INMEDIATO. REFLEXION SOBRE ALGUNAS CONSECUENCIAS PERNICIOSAS DE LA REGULACION DE LAS MISMAS AL MARGEN DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

En este sentido, considera ALONSO PÉREZ (60), la protección del medio ambiente encuentra una perspectiva más general, con apoyo en los artículos 43 y 45 y Preámbulo de la Constitución española, pero no distinta o contradictoria (61); por eso la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 29 de junio de 1987 entendió que los poderes públicos... vienen obligados al consiguiente rechazo de cualquier actividad que sea considerada como contaminante, a la que la doctrina ha calificado como una indebida apropiación particular de bienes colectivos; y visto así podría obtener adecuada protección a través de los tipos penales (62). El problema suele complicarse porque en medio ambiente los intereses se extienden o generalizan entre muchas personas a las que nada aglutina, salvo la defensa del interés lesionado (quema intencionada de bosques en las cercanías o aldaños de varias poblaciones, contaminación del río que abastece de agua potable una ciudad). Estamos ante los intereses difusos cuya defensa encuentra difícilmente el cauce de la legitimación procesal (vid. art. 7.3 LOPJ

---

(60) Vid. pág. 76 de la ponencia citada

(61) MORENO TRUJILLO. «La protección del medio ambiente en la jurisprudencia civil». AC, núm. 36, 1990. y el planteamiento que del tema hace en su libro *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J. M. Bosch ed., 1991, págs. 86, 113 y sigs., ver especialmente y como resumen de su posición las conclusiones en págs. 321 y sigs.

(62) E. BACIGALUPO, «La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, t. V, Santiago de Compostela, 1981, págs. 191 y sigs.; A. ESER, «Delito Ecológico», RDP, 1985; J. BOIX REIG, «Delitos contra el medio ambiente», en *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1987, págs. 367-379, RODRIGUEZ RAMOS, «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1982, A. VILLAGÓMEZ, «Delito ecológico», *La Ley*, 27 abril 1984; A. VERCHER, *Comentarios al delito ecológico*, Madrid, 1986, y «Consejo de Europa y protección penal del medio ambiente», *La Ley*, 30 abril 1991. C. CONDEPUMPIDO TORUON, «Protección penal del medio ambiente. Cuestiones generales», *Poder Judicial*, núm. especial, IV, págs. 67 y sigs.; E. BELTRÁN BALLESTER, «El delito ecológico», *Poder Judicial*, núm. especial, IV, págs. 91 y sigs., y otra bibliografía allí citada, por señalar algunos de los trabajos sobre el tratamiento penal.

de 1985), aunque es posible a modo de la *class actions* del Derecho norteamericano (63). Pero no ha de ser éste el único recurso.

Tomemos como ejemplo uno de los aspectos medio ambientales que más preocupan en estos momentos y cuyo tratamiento nadie duda en incluir en el llamado «Derecho ambiental» por sus nefastas consecuencias: el ruido. El propio Defensor del Pueblo ha denunciado, recientemente todavía, en uno de sus informes que la contaminación sonora constituye un elemento más de la degradación ambiental.

La doctrina suiza contempla la protección contra el ruido desde tres puntos de vista: Como protección de los derechos de la personalidad; como derivación de las relaciones de vecindad entre inmuebles; como derivación de la obligación de los contratos (64). En el mismo sentido podríamos señalarlo en el Derecho español, si bien en el ámbito administrativo y a la vista de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y de otras disposiciones particulares al efecto (65) los municipios son los competentes para prohibir y sancionar los ruidos excesivos, sin perjuicio de la actuación de los Tribunales en los casos tipificados en el Código Penal. Sin embargo, la CEE viene prestando una mayor atención a los ruidos como demuestra: 79/113 CEE General (DOCE L. 33, 8-II-79) y tratamientos parciales del ruido

(63) Vid. ALONSO PEREZ, *Ponencia*, cit., pág. 77; J. GIL-ROBLES GIL-DELGADO, «La acción judicial popular y la audiencia de los ciudadanos en el área del derecho ambiental», *Poder Judicial*, núm. especial. IV, 1988, págs. 167 y sigs., para el que en materia civil no es posible hoy el ejercicio de la acción popular (pág. 168); y en las págs. 169-170 señala qué acciones puede invocar el ciudadano, resaltando las derivadas de relaciones de vecindad. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada...*, cit., págs. 285 y sigs. Sobre las *class actions* son interesantes las obras de CABALLERO, «Plaidons par procurer! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe», *Recueil Dalloz*, núm. 2, 1985, pág. 247; PATTI, «La tutela civile dell'ambiente», *Dizionario del Diritto privato, a cura di Irtu*, 1980, p. 92; DENTI, «Aspetti processuali dell'ambiente», en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Varese, Giuffrè, 1978, pág. 59; RESCIGNO, *Premesse civilistiche*, en *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Varese, Giuffrè, 1978, pág. 72; ALMERIGHY-ALPA, *Diritto e ambiente. Materiali di dottrina e giurisprudenza*, I, Padova, 1984, pág. 192.

(64) Vid. J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, II, 6.<sup>ª</sup> ed., Madrid, Montecorvo, 1991, págs. 794 y sigs.

(65) Así los Decretos de 16 de agosto y 7 de noviembre de 1968 o el Reglamento de 11 de marzo de 1970 (modificado en 1983 y 1985) que regulan los aspectos sonoros relacionados con vehículos o el Decreto de 23 de mayo de 1972 de homologación de automóviles respecto al ruido y las correspondientes ordenanzas municipales. Reglamento 7 de agosto de 1973 y Orden de 29 de mayo de 1974 sobre tráfico y ruido de bocinas. Decreto 1909/1981, de 24 de julio, modificada por Decreto 2115/1982, de 12 de agosto, sobre condiciones acústicas en los edificios. Además del Reglamento de Actividades Molesta, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de noviembre de 1961 o el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1983. De nuevo, como vemos, la dispersión que deja multitud de vacíos complicados de llenar, cuando, por otra parte, la reglamentación existente no llega a ser efectiva ni siquiera para aquello para lo que está prevista.

causado por electrodomésticos privados, protección de los trabajadores del ruido laboral, aeronaves subsónicas, maquinaria agrícola, etc., entre los años setenta al ochenta y seis (66) o Directiva 87/354/CEE sobre nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de vehículos de motor. Con posterioridad a la Directiva de 12 de mayo de 1986 sobre exposición al ruido en el trabajo, la Administración española la traslada mediante Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre.

El problema de los ruidos ha trascendido de la mera esfera individual y, sin embargo, la eficacia de las medidas administrativas deja mucho que desear, debiendo acudir todavía a las soluciones individuales en relaciones de vecindad, perturbaciones de la posesión o medidas reparadoras a través del artículo 1.902 o 1.908 (67), cuando es uno de los problemas actuales que más perturban el hábitat sobre todo de los núcleos urbanos, donde perjudican gravemente la calidad de vida de las personas. No sólo ha de buscarse una seguridad ecológica en la política de los Estados y en las medidas jurídicas (68); la protección de la salud, el bienestar de los ciudadanos para conseguir un pleno desarrollo de su personalidad y una adecuada calidad de vida pasa por no desdeñar las inmisiones y problemas que han dejado de ser cuestiones exclusivamente entre particulares para crear un hábitat molesto para todos donde se propicia el estrés, las enfermedades cardíacas, las depresiones, etc. ¿Cómo no pensar, por otra parte, que la reducción de los ruidos o el ejercicio de los distintos derechos pasa por el ejercicio solidario de los mismos (del propietario, usufructuario, arrendatario, usuario de servicios, etc.) o por su función social? El usuario de vehículos de todo tipo; la utilización de las alarmas que no se controlan ni vigilan por sus titulares convirtiéndose en un elemento del paisaje urbano a todas horas y sin que cumplan su auténtica función frente a violaciones del domicilio, el vehículo, el establecimiento comercial, el banco, el bar, etc.; la proliferación de bares o establecimientos de diversión o esparcimiento con la debida licencia, donde el ruido de la música o de las actividades supera lo admisible en el respeto a la intimidad y el descanso de los demás (qué decir de los colocados arbitrariamente al aire libre). La Ley de Propiedad horizontal permite a la comunidad de propietarios actuaciones frente a aquel de los ocupantes de viviendas que lleve a cabo actividades molestas, excesivamente ruidosas o molestas; pero las denuncias de los vecinos sirven de poco para mitigar o suprimir esas actividades. Si bien potenciar la efectividad de estos instrumentos prestaría una positiva colaboración a otros de alcance general.

---

(66) Vid. al respecto ALVAREZ BAQUERIZO, *op cit*, pág. 234.

(67) Vid. Díez-PICAZO GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Madrid. Tecnos, 1989, pág. 635; SANTOS BRIZ, *op cit*, págs. 796 y sigs.

(68) E. SHEVARDNADZE, «La naturaleza del planeta, supremo valor universal», *La Gaceta*, 11-IV-1992.

Toda forma parte de la tutela del medio ambiente o del contenido de la propiedad y los derechos delimitados por la función social que han de desempeñar. Quizá en estas materias sirven de muy poco las grandes declaraciones y de mucho la voluntad ciudadana, desde luego, y las medidas concretas muy próximas al hecho dañoso. Mal se justificarán los recortes a los derechos adquiridos por grandes leyes si después el ciudadano no ve una Administración diligente en sus obligaciones de vigilancia y sancionadora; menos si la propia Administración permite el incremento de los ruidos, la polución, la emisión de gases contaminantes al permitir grandes aparcamientos y, por tanto, gran acceso a vehículos a las costas en lugar de proporcionar un cómodo, rápido y asequible medio de transporte poco contaminante que facilite el disfrute y el descanso de un gran número de ciudadanos en tranquilas playas, propiciando así un mejor aire para respirar, un ambiente menos ruidoso, un índice más bajo de accidentes de tránsito y en las cercanías de las playas, con niños, personas con minusvalías, etc. (69).

Se trata, pues, de no confundir función social con un principio que va a borrar todo vestigio absolutista de la propiedad y en especial de la propiedad inmobiliaria, olvidando su auténtico y magno significado.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, y puesto que la contaminación acústica está demostrado que perjudica y puede hacerlo gravemente a la salud, se ocupa del control del ruido y las vibraciones y plantea una polémica que no es tal sobre si es competencia sanitaria o medio ambiental. Digo que no es tal porque, como ya hemos visto y es tendencia acusada en otros países (70), derecho a la salud y protección del

---

(69) Vid V. GARCIA SIMÓN, «La contaminación sonora: su importancia, regulación jurídica y distribución territorial de competencias», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16, 1988, págs. 277 y sigs. Muy interesantes son sus consideraciones al respecto y muy acertada su conclusión en pág. 279. «El marco legal que regula el ruido es reciente, incompleto y poco respetado», cuando previamente ha ido analizando algunas Directivas de la CEE o las conclusiones de la Agencia estadounidense para la Protección del Medio Ambiente. existe riesgo de pérdida definitiva del oído después de cuarenta años de exposición diaria a un nivel constante de ruido. Así como que más de diez millones de norteamericanos están expuestos a niveles de ruido de más de 75 decibelios (A) tanto cuando usan un medio de transporte como cuando están de vacaciones. Y la Organización Mundial de la Salud estima en más de 130 millones el número de habitantes de países desarrollados que sufren niveles de ruido inaceptables.

Se han detectado efectos perniciosos sobre la salud, tanto fisiológicos como en relación con las actividades, el sueño, la comunicación o el trabajo, así como las consecuencias que de estas alteraciones en actividad pueden generarse y efectos psicosociológicos.

(70) Vid. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, «Immissioni, normale tollerabilità e tutela dell'ambiente (alla ricerca delle "declamazioni mentitorie" della giurisprudenza)», *Rassegna Diritto Civile*, 4/90, págs. 903 y sigs., teniendo presente que en Italia el derecho

medio ambiente se encadenan en las materias que le son comunes, incluso se identifican a veces. En todo caso, dicha Ley ha atribuido la competencia para dicho control a los Ayuntamientos, siguiendo con ello la línea de la Ley de Bases del Régimen Local o los Decretos ya mencionados. La perspectiva medioambiental es ciertamente más amplia en este punto que la sanitaria, pero seguramente la más acuciante y más grave para la calidad de vida humana sea la salud. Lo importante, más que volver a demorarnos en luchas competenciales es poner remedios inmediatos a estas cuestiones y como ya defendíamos de la forma más próxima al problema. Traducido esto a términos de competencia de las Administraciones, serán seguramente los Ayuntamientos la opción teóricamente más favorable, aunque no siempre la más eficaz (71). O al menos realizando una coordinada reglamentación de los problemas en una «cascada» de competencias atendiendo desde el ámbito más general al más particular y en las tareas encomendadas a cada Administración: Podría valorarse entonces una legislación básica estatal (art. 149.1.13.20.21 y 23 CE), una normativa de gestión (complementaria o adicional, según sus estatutos) de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3.9) y, en relación con los Municipios (arts. 2, 23.2 y 26.1 LRBRL), la relativa a las medidas de control, vigilancia y sanción en el ámbito que le es propio —velar por el cumplimiento de los planes de ordenación urbana, ejercicio de la función de policía cuando exista perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas)— a través de sus medios de intervención (ordenanzas y exigencia de licencia municipal previa). Todos tenemos experiencia de lo «lejos» que están Estado y Autonomías de estos problemas.

---

a la salud se configura como derecho al ambiente «salubre» tutelado como derecho subjetivo. G. VISINTINI, «Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con la recenti leggi ecologiche», *Riv. Dir. Civ.*, 1980, págs. 249 y sigs., IANELLI, «Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844 CC», *Rass. Dir. Civ.*, 1980, págs. 371 y sigs.; G. TORREGROSA, «Profili della tutela dell'ambiente», *Riv. Trim.*, 1980, pág. 1396, G. ACERBIS, *Le immissioni, con particolare riferimento alla tutela della salute e dell'ambiente*, Quadrim, 1988, págs. 733 y sigs., y 1989, págs. 151 y sigs., que con distintos planteamientos hacen un recorrido por la doctrina y jurisprudencia en relación con las inmisiones, el medio ambiente y el derecho a la salud, y el artículo 844 del Código Civil y el tratamiento constitucional del derecho de propiedad, la empresa y el medio ambiente. Se resalta en general cómo la orientación jurisprudencial se ha caracterizado por una interpretación estricta del artículo 844 del Código Civil sobre inmisiones, si bien en la sentencia comentada por PROCIDA MIRABELLI hay una tímida aproximación a coordinar la disciplina del Código con las leyes especiales sobre contaminación atmosférica y daño ambiental.

(71) Cosa distinta es si eso es acorde con el sistema competencial atribuido por la Constitución; para ver algunas consideraciones al respecto, vid. GARCÍA SIMÓN, págs. 281 y sigs. O incluso si es la única Administración que ha de tener competencias al respecto, ya que la problemática del ruido se extiende a otros espacios sobre los que el reparto competencial recae en el Estado o en las Comunidades Autónomas.

¿Por qué, en definitiva, siguen teniendo trascendencia las relaciones de vecindad? (la nueva Ley catalana de 1990 señala al respecto que «la primera regla entre vecinos es la que ellos mismos establezcan en un pacto»). Si bien no son la única solución ni alcanza a todos los problemas, sobre todo si no las ajustamos al parámetro más amplio de la función social. No pueden darse soluciones como en la Ley catalana donde se hacen prevalecer los intereses derivados de la voluntad de las partes (aunque sean dañinos) o de la libertad de empresa, primando el desarrollo económico y productivo. Ni la cuestión ha de permanecer en una relación entre vecinos, si bien la regulación de tales relaciones vecinales ha de ir en consonancia también con los intereses de la colectividad.

La insuficiencia de la normativa de inmisiones y relaciones de vecindad, aunque mejor podríamos decir de algunas normas o interpretaciones en la materia, la podemos apreciar en relación con una Ley alemana específica en ese tema, de gran utilidad pero insuficiente ante el reto de la tutela de los intereses difusos.

1. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ALEMÁN EN SENTENCIA  
DE 10 DE DICIEMBRE DE 1987 (72)

Supuesto de hecho muy interesante en que el recurrente pide responsabilidad al Estado por la intrusión e intervención expropiatoria, argumentando que las emisiones causantes de contaminación atmosférica fueron autorizadas, concedidas o permitidas en virtud de intervención pública del Estado y los Lander.

Las sustancias contaminantes que están causando daños a los bosques donde el recurrente tiene su propiedad proceden de tres ámbitos: emisiones de instalaciones fabriles e industriales, emisiones de instalaciones privadas de combustión (instalaciones de gas-oil) y emisiones de automóviles, aparatos aéreos y de viales. «La agonía» del bosque incide negativamente en su explotación forestal. En las tres instancias se desestimaron las pretensiones que el actor que demandó al Estado Federal y el Land de Baden-Wurtemberg. Precisamente la imposibilidad de identificar los agentes de contaminación atmosférica y que están provocando las lluvias ácidas y con ello daños prácticamente irreversibles a los bosques impulsó al actor alemán a demandar a los citados por considerar que son también responsables al autorizar o permitir las emisiones de ácidos hiponítricos y de azufre.

---

(72) Que comenta K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar», *ADC*, 1990, págs. 1215 y sigs., y a la que también se refieren WEYERS y KADNER en «Apuntes sobre la evolución del Derecho civil en la RFA en 1987», *ADC*, 1988, pág. 1233

Algunos de los preceptos legales que fundamentalmente se han tenido en cuenta son el artículo 14 de la Ley Federal de Protección de Inmisiones (73), el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn (74) o el artículo 839 BGB (75).

El Tribunal niega la aplicación rotunda del artículo 14 de la Ley de Inmisiones, alegando que es un precepto pensado para las relaciones de vecindad y no es una norma aplicable para la responsabilidad del Estado (76), los demandados no son los explotadores de las instalaciones sujetas a autorización, las inmisiones contaminantes no tienen origen en la voluntad determinante de ninguno de los demandados (77) y han de excluirse todas las actividades contaminantes no sujetas a autorización.

Tampoco en base a una aplicación analógica (78), y no puede ser interpretado ese precepto constitucionalmente en el sentido de que el Estado asume una especie de garantía de responsabilidad para que sea realizable la reclamación de daños y perjuicios por parte de los propietarios forestales perjudicados contra los explotadores de las instalaciones emisoras.

Las reclamaciones frente a los causantes reconoce que tienen especiales

---

(73) «En virtud de títulos jurídicos privados, pero no en virtud de títulos especiales, se pueden hacer valer los derechos para impedir las inmisiones perjudiciales provenientes de una finca sobre otra finca vecina, pero sin dar lugar por ello al cese de la actividad industrial cuando su autorización es inimpugnable; sólo se pueden exigir medidas preventivas que impidan aquellas inmisiones perjudiciales. En la medida en que tales medidas preventivas no sean factibles por razones técnicas o económicas, se puede exigir, en todo caso, una indemnización por daños.»

(74) «Se garantizan la propiedad y el derecho de herencia, con el contenido y limitaciones que la Ley determine la propiedad obliga. Su uso deberá servir al mismo tiempo al bien común.»

(75) «Si un funcionario infringe dolosa o culposamente el deber profesional que le incumbe frente a un tercero, ha de indemnizar a dicho tercero el daño causado. Si al funcionario sólo le es imputable culpa —y no dolo—, sólo cabe dirigirse contra él si el lesionado no puede obtener indemnización de otra forma.»

(76) Apoya esta tesis la sentencia BGHZ 92, 143-146: daños producidos en unos coches aparcados en las inmediaciones de una fábrica. No se consideró de aplicación el precepto porque los demandantes no eran propietarios ni poseedores de la zona de aparcamiento.

(77) A los efectos de ese precepto también puede considerarse perturbador la entidad comunal que autoriza en sus terrenos la instalación de un incinerador de animales produciendo malos olores, pero sólo cuando esa entidad tenga participación directa en la explotación por medio de financiación o porque se ha reservado algún derecho de intervención o control (RGHZ 155, 316-320).

(78) Porque el carácter de la norma es de vecindad y porque los daños no pueden ser atribuidos a emisores identificables (a veces los daños se producen en lugares lejanos de las fuentes de emisiones y otros agentes contribuyen a la contaminación). Porque con ello se transformaría una norma privada en una disposición de responsabilidad del Estado; estaría en contradicción con la voluntad del legislador y contra la finalidad del precepto y sería incompatible con el principio de sometimiento del Juez al Derecho y a la Ley.



dificultades de éxito, pero esto, a juicio del Tribunal, no justifica que haya de interpretarse acorde con la Constitución para que el Estado ocupe el lugar de las emisores que no pueden ser demandados; tal responsabilidad subsidiaria del Estado con el Derecho vigente sería inusual, y no puede deducirse por la creación judicial de la garantía de la propiedad del artículo 14, apartado 1, frase 1, de la Ley Fundamental, sino que sólo puede ser creada por el legislador en el marco de «la determinación del contenido de la propiedad» sólo puede establecerse por Ley.

Se alegaron por los recurrentes otros argumentos, por ejemplo, desde el punto de vista jurídico de la intromisión expropiatoria o intervención expropiatoria, pero tampoco prosperaron (79). Tampoco cabe indemnización desde el deber de compensación previsto por la Ley de Inmisiones (80). Son, como se ve, posiciones al límite, situaciones donde se ve descarnadamente que a veces muchas de las normas no sirven a los principios dogmáticos consagrados, que a veces la función social no se valora por el Estado como límite a la reglamentación desde la perspectiva del medio ambiente y desde una protección eficaz del mismo; y como el principio que de verdad impera es que «quien contamina paga», y como intereses a veces disfrazados de generales, la libertad de empresa y la realización de actividades mediante autorización y licencia no garantiza ni salvaguarda en modo al-

---

(79) En la literatura se defiende la opinión de que una intervención de los poderes públicos en la propiedad de los titulares forestales por una actividad positiva se caracteriza por la imposición a éstos de un deber estatal de tener que tolerar las inmisiones de terceros que causan daño a los bosques. Cuando el Estado fija el alcance de las inmisiones autorizadas no sólo limita la libertad de los explotadores de las instalaciones y de los emisores, sino que también obliga a los titulares forestales afectados a tolerar la inmisión autorizada. Por tanto, al Estado se debe imputar las consecuencias de las inmisiones autorizadas en beneficio de los explotadores de las instalaciones.

Estas consideraciones no justifican un derecho de indemnización. El deber de indemnizar por la agonía de los bosques desde el punto de vista de la intromisión expropiatoria con base en la actuación estatal positiva no es admisible, porque el deber de tolerancia de las inmisiones tiene origen en la Ley. La intromisión expropiatoria estatal exige previamente una actuación estatal contraria a Derecho. Las reclamaciones sólo podrían tener lugar en caso de inconstitucionalidad de esta Ley y no siempre (ver ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1222).

(80) En la medida en que las normas de la citada Ley autorizan a los explotadores a las inmisiones contaminantes del medio ambiente, se trata de «regulaciones que determinan y limitan el contenido de la propiedad forestal afectada en el sentido del artículo 14 1 y 2 de la Ley Federal». A favor del actor puede no obstante decirse que estas regulaciones y la ejecución conforme a Ley puede llevar a una situación excesivamente gravosa para el titular forestal, incidiendo negativamente el aspecto jurídico-patrimonial, máxime cuando estas inmisiones no pueden ser evitadas. Así «una regulación que determina y limita, pero que traspasa los límites que puede soportar un titular forestal, puede considerarse inconstitucional. El legislador podría suavizar esto con la concesión de prestaciones compensatorias y evitar así la posible inconstitucionalidad, pero no están previstos en la mencionada Ley, con lo cual «no pueden ser concedidos por el Derecho judicial».

guno que las limitaciones a determinados estatutos de la propiedad sean no sólo contrarios a la misma, sino también a la salud o al medio ambiente, pero favorables al lucro desmedido, a la libertad de empresa, al progreso económico y tecnológico sin límite.

Lo irracional llega a tal punto en las consideraciones de esta sentencia, plenamente ajustada a la letra de la Ley, que finalmente se declara que no cabe indemnización porque se trate de una ejecución contraria a Derecho, ya que ha sido llevada a cabo de acuerdo con las disposiciones válidas que regulan la protección de inmisiones (81). Tampoco puede obtenerse indemnización por la vía de responsabilidad del funcionario.

Quizá debiera tener en cuenta este caso, real y tristemente cada vez más frecuente, el legislador catalán y, en su caso, los garantes de la constitucionalidad de las normas, sean o no autonómicas, porque la Ley catalana de 1990 de inmisiones (parcial pero firmemente inspirada en la Ley alemana) plantearía los mismos problemas, prima las actividades contaminantes, sobre todo en los supuestos donde es más difícil identificar el agente causante, legalizando actuaciones perfectamente asumidas por los principios de las

---

(81) La obligación de indemnizar se niega también cuando la intervención expropiatoria tenga su origen en una actividad estatal positiva. Cuando hay intervención expropiatoria puede suceder que una medida de los poderes públicos conforme a Derecho incida en la posición jurídica del propietario y produzca consecuencias colaterales y perjuicios, atípicos o no previstos. El Tribunal Supremo alemán sólo ha admitido con base en este instituto jurídico indemnizaciones cuando se trata de casos concretos que restringen la propiedad por actos administrativos de intervención pública, acuerdos de planificación de carreteras o actos administrativos; pero no se ha pronunciado aún a favor de un deber de indemnización para aquellos casos en que la Ley incida perjudicialmente en las posiciones de los propietarios protegidos por el artículo 14 de la Ley fundamental. En todo caso, esta institución jurídica no puede servir para compensar los daños en masa, como en este caso. Es misión del legislador y no de los jueces crear disposiciones normativas para compensar los perjuicios que se causen a la propiedad, que «por razones superiores son inevitables» y que tienen que soportar los titulares forestales si hay que ejecutar las normas que determinan y limitan la propiedad, entre otros motivos (y quizá sea el primero) porque la concesión de indemnizaciones por el Estado puede tener amplias consecuencias para las finanzas del Estado. Un instituto de creación judicial no es adecuado para resolver problemas que se derivan de la contaminación atmosférica, si bien la Sala reconoce que los daños forestales son dignos de ser indemnizados y necesitan serlo.

La Sala ha concedido indemnizaciones por inmisiones procedentes del tráfico rodado con efectos expropiatorios en la propiedad adyacente (BGHZ 64, 220; 97, 114 y 361), si bien son casos de propietarios individuales que han sido perjudicados por la apertura de una calle determinada, pero no se puede equiparar con el fenómeno global de amplias zonas contaminadas. Tampoco puede hacerse derivar la indemnización de la omisión del legislador de proteger la propiedad forestal, considerándola intromisión expropiatoria. Sin embargo, una intromisión expropiatoria precisa de actividad positiva de los poderes públicos: la omisión o pasividad de los poderes públicos que no cumplen con las características de la intervención (ver en este sentido y excepcionalmente los casos admitidos en ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1225).

relaciones de vecindad y desconociendo las exigencias del artículo 45 de la Constitución; de muy poco servirán entonces otras cautelas y otros recortes de las facultades de los titulares de la propiedad inmobiliaria. El Tribunal en la sentencia que aludimos fue poco innovador, excesivamente cauto y respetuoso con la literalidad de la norma; pero también es cierto que la finalidad de la Ley de Inmisiones, su ámbito de aplicación y la laguna en el resto del Ordenamiento hacían difícil una decisión que arriesgaba la creación de un precedente que para el Estado podía significar consecuencias de trascendencia económica inusitadas y seguramente imposibles de asumir después de una generalización de las reclamaciones.

Fijémonos especialmente en el texto de la Ley del 90 cuando dice que todo propietario tolerará inmisiones «que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia normal del uso del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un gasto económicamente desproporcionado», si bien introduce una especie de canon compensatorio o deber de aminorar el daño en relación al vecino «podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del vecino». Tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica por los que se produzcan en el futuro», pero adopción de medidas que habrá de adoptar el afectado en primer término y especialmente por lo similar del planteamiento al caso que nos suscita la sentencia del Tribunal alemán en el apartado 5.º del artículo 3: «Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones *autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de medidas técnicamente posibles y económicamente razonables* para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por daños y perjuicios sufridos». Sin embargo, la cuestión planteada en la sentencia podría plantearse y de forma agravada, puesto que para las actividades autorizadas aminora las garantías del perjudicado y reduce las posibilidades de adopción de medidas preventivas. Y en todo caso se desecha la posibilidad de pedir la reparación del daño por otros medios que no sea la indemnización al sustituir reparación del daño por indemnización de daños y perjuicios.

Quizá en este punto la Ley catalana avanza medidas preventivas y reparadoras, dando por sentado ya que en esa difícil armonización de intereses tutelados legal y constitucionalmente habrán de producirse inevitablemente y habrán de aceptarse daños sustanciales por actividades perfectamente autorizadas y ajustadas a Derecho; pero en este punto nunca pueden ni podrán explicarse como contenido del derecho de propiedad, sino auténticas limitaciones, restricciones, privaciones de los derechos del propietario y, lo que es más grave y con una perspectiva más amplia del

ciudadano a un hábitat adecuado, que han de ser compensados económicamente. En el fondo, más o menos matizado, sigue latente el principio de que quien contamina paga. En ese punto, libertad de empresa, progreso económico, tecnológico, se anteponen al derecho de la propiedad, a la salud, al medio ambiente. No obstante, y a pesar de lo que pudiera parecer en los apartados dos y tres del artículo 3, el legislador catalán ha sido consciente del alcance y significado de esas limitaciones tratando de evitar el caso que analizamos, si bien parece pensar especialmente en supuestos donde el que lleva a cabo la inmisión es perfectamente determinable, no en vano se sitúa en normas privadas y de relaciones de vecindad. Si bien la cuestión es anterior y de planteamiento: no deberían admitirse ese tipo de inmisiones como ilícitas.

Ante los planteamientos de la sentencia alemana y en términos generales, las respuestas de una responsabilidad del Estado han de venir, señala ALBIEZ DOHRMANN (82), del «análisis del contenido de la propiedad y también de la responsabilidad misma». La filosofía de la Ley, dice refiriéndose a la de inmisiones alemana, pero también le es de aplicación a la catalana, es legitimar la producción industrial, a la que están obligados los empresarios en razón de la función social de la propiedad; por esa misma razón se entiende que el Estado ha de ser responsable, ya que impone a través del orden jurídico y económico una actuación específica (83), lo que nos introduce en la gran paradoja y en la verdadera dificultad de conciliar tantos intereses en juego si entendemos que el mismo principio abstracto y general puede obligar a unos a no hacer y a otros a llevar a cabo un hacer que dañe, perjudique individual y colectivamente y que, sin embargo, se legitime por el mismo principio si no incorporamos a ambos la tutela del medio ambiente no sólo como principio rector, sino como concreción del ejercicio de cada Derecho. Demos auténtico sentido a las afirmaciones del Tribunal Constitucional español cuando dice que la función social de la propiedad no es sólo una idea abstracta, sino que se concreta en relación a los distintos bienes sobre los que recae el Derecho de propiedad; y esa concreción es peculiar cuando el ejercicio de derechos sobre tales bienes afecta inmediata o mediatamente al medio ambiente (84).

ALBIEZ se muestra pesimista sobre la circunstancia de que los instrumentos de Derecho privado puedan ser eficaces para la lucha contra la degra-

---

(82) ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1232 El daño causado a la propiedad implica responsabilidad, como también lo implica el mero hecho de provocar daños, aunque sea por actos que se ejecutan conforme a la Ley. Vid. también págs. 1228-1229

(83) GALLEGO CREDILLA, *Introducción a la economía del medio ambiente*, Instituto de Estudios Fiscales, 1974, pág. 24.

(84) Ver más abajo en el análisis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español en estos temas.

dación del medio ambiente y considera además que en una sociedad extraordinariamente industrializada difícilmente se puede conciliar el opuesto interés de proteger al medio ambiente con el interés de cada propietario a explotar al máximo su potencial industrial y la función social que exige que la propiedad industrial cumpla con los programas de producción condicionados por cada sistema económico. No se trata, dice, de sustituir un interés por otro, porque para ello se necesitaría sustituir una sociedad industrial por otra sociedad ecológica; pero sí de buscar paulatinamente un equilibrio, como lo hace el cuarto programa de la CEE (1987-1992), donde se intenta conciliar la realización del mercado interno con el desarrollo de normas de medio ambiente; debe, pues, señala, seguirse una «incorporación lenta pero paulatina del interés a un medio ambiente lo menos contaminado en el contenido de la propiedad industrial».

En definitiva, como venimos manteniendo, concretando la actuación de la función social en la tutela del ambiente, pero en todo tipo de «propiedades» y cualquiera que sean sus titulares (también el Estado) y aplicando también en justo equilibrio a la producción industrial, sin que ello tenga que provocar un freno al progreso ni un cataclismo económico (aunque sí probablemente una moderación en el enriquecimiento personal). En la actualidad el problema llega a plantearse en términos de conflicto entre la propiedad residencial y propiedad productiva o entre propiedad para usos agrícolas y para usos industriales (85).

Se plantea la protección al medio ambiente en esa política comunitaria a una tutela inhibitoria y a una tutela resarcitoria. Si bien poniendo de nuevo demasiado énfasis en los logros de la responsabilidad. Aunque se imponga por riesgo a determinados sectores, no se consigue mucho desde la perspectiva ambiental, ni siquiera desde el sacrificio de sectores económicos que van a terminar repercutiendo sus costes sobre los consumidores, quienes soportan la degradación del medio ambiente y además la parte alícuota de la parte económica que las empresas dedican a repararla o a compensar por ella. ¿No será esto sino reconducir todo el problema a través del factor común consumidor (o lo que es lo mismo, de la parte más débil)?

Pozzo (86) analiza una nueva Ley de tutela del ambiente en Alemania, «Umwelthaftungsgesetz», que introduce la responsabilidad objetiva para los empresarios en los supuestos previstos en dicha Ley (centrales termoeléctricas, industria minera, producción del vidrio, cerámica, cemento, fundición, metal, productos químicos y farmacéuticos, refinerías, trabajos de

---

(85) VISINTINI, *op. cit.*, pág. 264.

(86) B. POZZO, «La responsabilità per danni all'ambiente in Germania», *Riv. Dir. Civ.*, núm. 5, 1991, págs. 599 y sigs.

superficie con materiales orgánicos, desechos, carga y descarga de sustancias como gas, aceites minerales, etc.; en otros casos la Ley facilita la carga de la prueba mediante presunciones de culpa) y la aseguración obligatoria de los empleados. Sanciona el principio de la responsabilidad objetiva, limitando sin embargo la tutela a la vida, al cuerpo, a la salud y a la propiedad, mientras que las propuestas de algunos Estados tendían a la tutela directa del bien ambiente. El daño al ambiente viene considerado como consecuencia de un daño a otro bien, no como objeto directo de tutela. El reconocimiento de éste habría abierto la puerta a nueva problemática, según Pozzo, en tema de cuantificación del daño al ambiente como la que se ha producido en USA (87). Pero hay que resaltar especialmente que el criterio de la responsabilidad objetiva se ha introducido no sólo para el caso de que el evento dañoso sea la consecuencia de un incorrecto funcionamiento de la empresa, del no respeto a la normativa en materia medioambiental..., sino también cuando el daño sea resultado del normal funcionamiento de la empresa. Se trata de una responsabilidad que comprende el riesgo de desarrollo (88).

Se ha encontrado en el instrumento responsabilidad una forma de lucha, más allá de las primeras medidas combinadas de lo dispuesto en el BGB y en la Ley de inmisiones, como ha ocurrido en otros países (Italia y España); medios precursores de tutela medioambiental, pero dando un paso adelante y en el entendimiento de que la tutela del medio ambiente precisa ir más allá de la normal tolerabilidad. Pero ello no debe implicar seguir buscando otros instrumentos más adecuados, sino aceptar la intervención coordinada y no contradictoria y obstaculizadora de los distintos medios que parten a su vez de distintas ramas del Ordenamiento (penales, administrativos). Pero desde la perspectiva privada, una actuación combinada a partir del contenido de la propiedad y en el de un oportuno y renovado régimen de relaciones de vecindad e inmisiones fortaleciendo las medidas que determinen el cese de las actividades perjudiciales y enfatizando el papel que ha de cumplir como una cláusula general que permita una tutela civil de la salud (en cuanto calidad de vida), junto con la responsabilidad por daños, no son remedios desdeñables (89).

---

(87) Vid B. Pozzo, *op cit.*, pág. 612, y también en «La determinazione del "Quantum" del danno ambientale nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti», *Quadrimestre*, núm. 2, 1990, pág. 324.

(88) Novedad en Alemania donde este tipo de riesgos se excluían a veces del ámbito de responsabilidad de los productores en la Ley de productos defectuosos

(89) Y seguramente tiene razón VISINTINI en que las normas sobre responsabilidad, aunque ésta sea objetiva, no son suficientes, simplifican esta problemática tan compleja (*op cit*, págs. 249 y 265).

## V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. EL MEDIO AMBIENTE Y OTROS BIENES CONSTITUCIONALES

En relación directa con esta cuestión el Tribunal Constitucional tiene declarado en Sentencia de 4 de noviembre de 1982 que el artículo 45 se incluye entre los principios rectores «cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (53.3).

El mencionado precepto recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas y en su virtud «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la «utilización racional» de esos recursos con la protección de la naturaleza; todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida». Y «no es aceptable la postura del representante del Gobierno... de que exista *una prioridad absoluta del fomento de la actividad minera frente a la protección del medio ambiente*». Recuérdese que la calidad de vida está proclamada en el Preámbulo de la Constitución y en el artículo 129.1. Sin embargo, «la Constitución impone asimismo el deber de atender al desarrollo de todos los sectores económicos» (art. 130.1) y también el artículo 55.1 del Estatuto de Cataluña. Este desarrollo también es necesario para lograr aquella mejora.

«La conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico».

En consecuencia, la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución, pero sí la prohibición con carácter general de las actividades extractivas del artículo 3.3. Y recuerda el artículo 128.1: «toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad está subordinada al interés general».

Las Sentencias de 23 de noviembre de 1982 y 21 de diciembre de 1982 se pronuncian en el mismo sentido que la anterior fundamentalmente en lo que se refiere al ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas: «Se establece ..., de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente dado el alcance no ya nacional, sino internacional, que tiene la regulación de esta materia, así como la exigencia de la «indispensable solidaridad colectiva» a que se refiere el artículo 45.2. Pero se atribuye también a las Comunidades Autónomas una competencia propia no sólo de ejecución, sino de

desarrollo legislativo de la legislación básica y la de imponer «medidas adicionales de protección; todo lo cual supone que dentro del marco de la política global del medio ambiente y de respeto al principio de solidaridad son constitucionalmente posibles una *diversidad de regulaciones*» (texto de STC de 4 de noviembre de 1982). «No existiendo por ahora tal legislación básica, es de aplicación la doctrina sentada por este Tribunal en Sentencias de 28 de julio de 1981 (R. 40/1980) y 8 de febrero de 1982 (R. 234/1981), según la cual la ausencia de aquélla no impide a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia legislativa siempre que *se respeten las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, estén o no formuladas de forma expresa y sin perjuicio de que el Estado *pueda dictar en el futuro tales normas, que, naturalmente, serán entonces aplicables a las Comunidades Autónomas*». Y «... cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia».

## 2. EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA: CALIFICACIÓN, CONTENIDO ESENCIAL Y GARANTÍAS. ALCANCE DE LA FUNCIÓN SOCIAL

Para el Tribunal Constitucional el derecho de propiedad que reconoce la Constitución es un derecho subjetivo (90), si bien debilitado. Al tiempo que considera que en el artículo 33 de la Constitución española se reconoce

---

(90) Y no debería olvidarse que, como señala DE CASTRO: «Cada derecho subjetivo supone la participación activa de una persona en la organización jurídica, aportándole así un nuevo elemento de fuerza y seguridad social» *Derecho civil de España*, t. 1, Madrid, Civitas, 1984, pág. 572. Y sigue diciendo que la persona «como miembro activo de la organización (de la comunidad jurídica) no actúa fuera ni en contra de la comunidad, sino en función de ella. La *summa ars* de la política está en lograr un Estado fuerte y eficaz, apoyado en y reforzado por el desarrollo máximo de los valores personales». Y en pág. 573, derecho subjetivo, por tanto, que puede ser definido como «la situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa». En pág. 575: «Este carácter de unidad abstracta que se da al derecho subjetivo hace que mantenga invariable su significado jurídico, aunque disminuya o aumente el número de facultades que comprenda» (pág. 583), «mientras que el contenido del derecho subjetivo puede cambiar, es la permanencia de su base objetiva la que le da estabilidad a través de sus diferentes vicisitudes». En págs. 586-587 sobre el contenido y la disgregación de facultades, y «la base de cada derecho subjetivo es aquella sobre la que, naturalmente —sin intervención negocial—, se puede reconstituir la unidad del derecho subjetivo», a veces conserva la unidad del derecho subjetivo la facultad menos fuerte económicamente (ver cita 2, pág. 587).



a la propiedad como *institución* y como *derecho individual* (91), si bien en su utilidad individual no puede ser absoluta o ilimitada de acuerdo con las exigencias de la función social (tal y como señala, por ejemplo, la STC 37/1987), alejándose claramente de la consideración del mismo como derecho fundamental al aludir constantemente en cuanto a su protección al párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución española; no considera necesaria la Ley Orgánica para su regulación e, incluso, la reserva de Ley la flexibiliza en el sentido de admitir que en algunos casos pueda ser regulada o afectada por normas distintas de la Ley formal, admitiendo incluso las leyes singulares de intervención con carácter extraordinario (92).

(91) En el fundamento jurídico 7: «... el derecho de propiedad, incluido en la sección 2.ª del capítulo II, título I, aparece regulado en el artículo 33, donde se contiene una doble garantía de tal derecho, ya que se reconoce desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, esto es, como un derecho subjetivo, debilitado sin embargo por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad, concretado en el artículo 33.3 por la referencia a los conceptos de utilidad pública o interés social, legitima la expropiación...» (STC 111/1983, de 2 de diciembre) La Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, reitera los argumentos de la Sentencia 111 en cuanto a la propiedad como derecho subjetivo debilitado, para insistir en que «*utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*». También se afirma en dicha sentencia que «... la propiedad privada, en su *doble dimensión como institución y como derecho individual*, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 del Código Civil, que los recurrentes citan en apoyo de su alegato de inconstitucionalidad»

(92) Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre

Fundamento jurídico 9 que a juicio del Tribunal Constitucional la declaración de utilidad pública o interés social no está reservada necesariamente a Ley formal en el sistema general expropiatorio y desde luego no lo está en el artículo 33.3 de la Constitución Tampoco lo es en relación a la necesidad de ocupación y aun la urgencia de la ocupación inmediata Nuevamente el fundamento jurídico 10 y en relación con la libertad de empresa y con la exigencia del artículo 128.2 de la intervención «mediante Ley», considera el Tribunal Constitucional que dicha expresión ha de ser comprensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la Ley singularizada de intervención que mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-Ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal.

Se manifiesta parcialmente en contra y en relación con el artículo 33.3 el voto particular de seis Magistrados: La llamada «garantía expropiatoria» en él incluida *no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido*, pero por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo afectar, «resulta claro que se afecta a un derecho cuando se priva del mismo a su titular, y, con carácter más general, sostienen la tesis de que el Decreto-Ley afecta al Derecho de propiedad excediendo del límite propuesto en el artículo 86.1 de la Constitución cuando el margen del sistema general expropiatorio establece normas singulares sobre la expropiación o adopta medidas expropiatorias concretas, de tal modo que no se limita a contemplar las peculiaridades del caso, considerado de extraordinaria y urgente necesidad, sino que lleva a cabo una *minoración de las garantías establecidas en dicho sistema*».

Por lo que se refiere a la adquisición de la propiedad de las acciones llevada al

Se inclina además por la consideración plural del concepto de propiedad o por la diversidad de estatutos jurídicos según los objetos sobre los que recaiga (93).

margen del sistema general expropiatorio, consideran que es inconstitucional porque afecta al derecho de propiedad, ya que no hay forma más intensa de afectar a un derecho que la de privar del mismo a su titular.

Y en cuanto a la relación establecida entre Administración y expropiados a través de regulación distinta a la prevista en el sistema general, supone una disminución de garantías previstas en el sistema al imponer de forma obligatoria y excluyente la constitución de comunidades de accionistas, por lo que afecta al derecho de propiedad y excede del límite impuesto en el artículo 86.1 de la Constitución, resultando en consecuencia inconstitucional.

Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

En el fundamento jurídico 11 se asegura que «en la Constitución española no existe precepto, expreso o implícito, que imponga una determinada estructura formal a las leyes, impeditiva de que éstas tengan un carácter singular, si bien consagra principios que obligan a concebir dichas leyes con naturaleza excepcional.»

«Los derechos fundamentales no consienten, por su propia naturaleza, leyes singulares que tengan el específico objeto de condicionar o impedir su ejercicio, dichos derechos son materia reservada a leyes generales y reducto inmune a medidas legislativas singulares.

Este acotamiento del objeto material de las leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular» (FJ 11 y ver también FJ 12).

«... que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto leyes singulares, constitucionalmente legítimas, si bien requieren, por ser expropiatoria, que respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución.»

Ver sobre el tema de la validez de las expropiaciones legislativas, entre otros, GARRIDO FALLA, *Prólogo al libro de Moreno Gil: Expropiación forzosa*, Madrid. Cívitas, 1983, pág. 10, sobre la dificultad de admitir, en general, la licitud de la categoría de leyes singulares ante el artículo 14 de la Constitución y las interesantes conclusiones más tajantes que las anteriores de J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas El caso Rumasa», en *RAP*, núms. 100-102, 1983, págs. 1139-1168, que estima no hay ningún precepto en la Constitución española que se refiera a expropiación de fincas o de empresas (a diferencia de los arts. 43 y 44 de la Constitución italiana) Luego en nuestra Constitución no se facilita la tesis de expropiaciones integrales y singulares de bancos, empresas o fincas *ope legis*, sino que más bien la impide. Conviene tener presente igualmente el voto particular formulado por DIEZ-PICAZO o la STC 10-XI-1981: «... el principio de igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (*privata leges*), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la Ley; si ésta debe ser la misma para todos, debe comprender a todos en sus previsiones.»

Vid también voto particular del Magistrado Rubio Llorente a la Sentencia 166/1986, para quien los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983 hacen imposible que los titulares de los bienes expropiados puedan ejercitar el derecho de una tutela judicial efectiva que garantice el artículo 24 de la Constitución

(93) «... la progresiva incorporación de finalidades relacionadas con el uso y

En cuanto a la determinación de su contenido esencial, ha de venir configurado y delimitado por el concepto de función social, y de alguna manera reconoce la existencia de un mínimo (94) que materializa en aquel contenido sin el cual se haría irreconocible el derecho en cuestión. Contenido esencial que se aleja extraordinariamente del que se deriva del artículo 348 del Código Civil y que se ha transformado a partir de las concepciones propias de un Estado social que encuentra su auténtica legitimación en el respeto al principio de solidaridad, auténtico hilo conductor de la Constitución, afectando de modo particular a la propiedad inmobiliaria, especialmente a la urbana, a la rústica y forestal por su escasez, su recuperabilidad y su valor económico (95).

---

*aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (...)* (STC 37/1987, de 26 de marzo)

El problema (MONTES, *op. cit.*, pág. 179) es si a pesar de la diversidad de tipos o de estatutos dominicales subsiste un *genus maior* de la propiedad. Realmente sin la existencia del mismo el legislador puede modificar el régimen de pertenencia de los bienes, transfiriéndolas a mano pública, modificando sustancialmente su régimen de propiedad privada y no debe proceder a indemnización, sería ese el contenido normal en cuanto lo fija la norma, según MONTES, y es lo que en Italia puede hacer el legislador ordinario según los textos constitucionales. La pregunta será inmediata: ¿qué sentido tiene entonces la garantía constitucional con la determinación concreta de que la privación genera indemnización? Parece que la Constitución ha de ofrecer una garantía por encima de la Ley ordinaria que permita precisar los límites de la intervención legal.

(94) Como señala MONTES (*op. cit.*, pág. 170), hay un concepto constitucional de propiedad, no se ha llevado a la Constitución una palabra vacía que ha de llenar el legislador con el contenido que quiera, pero tampoco se ha trasladado al texto constitucional un concepto individual o liberal del dominio; considera el autor que incluso su situación entre los derechos y deberes de los ciudadanos la aparta de la «idea de atributo de la personalidad», queriendo desprenderla así de cualquier tinte egoísta. La referencia a la función social implica una llamada al principio de solidaridad y se ha de traducir en diversidad de propiedades y en la concurrencia en cada situación de un interés individual con otros ajenos al propietario y que tampoco son siempre los mismos.

(95) Sentencia 37/1987, de 26 de marzo:

«Para el Tribunal Constitucional la determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo —y por tanto también de los derechos fundamentales de las personas— viene marcada en cada caso por el elenco de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales» «Aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De

La protección que alcanza en el artículo 33 se desarrolla a partir de una doble (o triple, según se desarrolle) garantía: la reserva de Ley, la expropiación y la función social, puesto que esta última es límite en relación al titular, pero garantía del titular y de la colectividad en relación a la actuación de los poderes públicos.

Se plantean en orden a estos principios básicos cuestiones más concretas, pero no menos importantes en cuanto a la consideración final del concepto y contenido de propiedad en el siguiente sentido:

Qué es o no expropiación (96). Admisibilidad de las expropiaciones *ope*

---

este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (STC 11/1981, 8 de abril, FJ 10).

«... la progresiva incorporación de finalidades relacionadas con el uso y aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical (... ) la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de las tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas». No es posible, a juicio del Tribunal, identificar el contenido esencial con el artículo 348 del Código Civil; basta contemplar el concepto que de función social se recogía en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. «... con mayor motivo puede afirmarse a partir de la vigencia de la Constitución que contiene los preceptos antes glosados, por lo que no hay razón para entender que infrinja dicho contenido esencial, ahora constitucionalmente garantizado, aquella regulación legal que restringiendo las facultades de decisión del propietario con relación al uso, destino y aprovechamiento de los fondos rústicos imponga a éste o permita imponerle determinados deberes de explotación y, en su caso, de mejora, orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de la tierra desde el punto de vista de los intereses generales, siempre que quede salvaguardada la rentabilidad del propietario o de la empresa agraria.»

(96) Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. A juicio del Tribunal Constitucional (FJ 7) la Ley de Aguas no impone un sacrificio excesivo con la opción de demanialidad que en ella se acoge.

En los fundamentos jurídicos 11 y 12 se refiere expresamente el Tribunal al derecho de propiedad cuando hay o no expropiación, y entiende que puesto que de *aprovechamiento de aguas se refiere, ganados con anterioridad, su limitación temporal a setenta y cinco años no significa expropiación, puesto que se está configurando el derecho o delimitando el contenido de derechos patrimoniales, una nueva regulación de su contenido* «En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la Ley.» Ni siquiera consideran que exista dicha expropiación cuando la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales utilizados o modificación del régimen de explotación se extienda obligatoriamente a toda la explotación. En este supuesto la decisión de incrementar corresponde libremente al interesado y, por tanto, «se trata de una nueva transformación voluntaria del derecho originario»

*legis* (97) y *expropiaciones sanción* (98). Qué es o en qué ha de consistir la preceptiva indemnización (99) (es decir, el valor económico en que se «convierte» la propiedad). Si fuera de la expropiación *strictu sensu* no puede hablarse de limitaciones en el sentido anteriormente visto, sino de concreciones de la función social (100), y por tanto parte de la configura-

---

(97) Ver cita 92 y Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre: La potestad expropiatoria, así concebida, vino y viene considerándose función administrativa encomendada, consiguientemente, a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita, por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esa potestad cuando lo justifique una situación excepcional; y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual *no establece reserva de la materia de expropiación a favor de la Administración* y, por tanto, no puede abrigarse duda, desde el punto de vista formal, que las expropiaciones *ope legis* son, en cuanto *leyes singulares*, constitucionalmente legítimas, si bien requieren, por ser expropiatorias, que *respeten las garantías del artículo 33.3 de la Constitución*. Este artículo, después de reconocer el derecho a la propiedad privada y señalar *su función social como delimitadora de su contenido*, dispone que «nadie puede » Son, por tanto, *tres las garantías* de la propiedad privada frente al poder expropiatorio de los poderes públicos:

1. Un fin de utilidad pública o interés social o *causa expropriandi*
2. El derecho del expropiado a la correspondiente *indemnización*.
- 3 La realización de la expropiación de *conformidad con lo dispuesto en las leyes*»

(98) La función social juega aquí en sentido negativo respecto al contenido del derecho de propiedad, cuando no hay cumplimiento de la función social desaparecerá el reconocimiento y la tutela constitucional (COCA PAYARES, *op. cit.*, pág. 227), o en el sentido dado por el Tribunal Constitucional tan sólo garantiza el contenido económico de la propiedad (166/1986, de 19 de diciembre) Ver Ley de Reforma Agraria Andaluza de 4 de mayo de 1984 y la Sentencia de 26 de marzo de 1987 Vid. F. CUENCA ANAYA, «Legislación agraria de la Comunidad Autónoma de Andalucía», en *Derecho agrario autonómico*, Oviedo, 1991, págs. 33 y sigs., donde se refiere a los «reveses judiciales» que ha sufrido el intento de aplicar la Ley y la anulación de su primer Reglamento; la divergencia de esa Ley con la política de la CEE preocupada por los excedentes y favorecedora del abandono de cultivos; BALLARÍN MARCIAL, «La función social del suelo rústico y de la propiedad agraria», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, págs. 31 y sigs., especialmente págs. 61 y sigs., también el comentario que de la citada sentencia hace DELGADO DE MIGUEL, *op. cit.*, págs. 71-77 Vid. también Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo: Preámbulo (art. 78).

(99) «En cuanto a contenido o nivel de la indemnización, una vez que la Constitución no utiliza el término “justo precio”, dicha indemnización debe *corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado*, siendo preciso que entre éste y la cuantía de la indemnización exista un proporcional equilibrio para cuya obtención el legislador puede fijar distintas modalidades de valoración, dependientes de la naturaleza de los bienes y derechos expropiados, debiendo ser éstas respetadas, desde la perspectiva constitucional, a no ser que se revelen manifiestamente desprovistas de base razonable (...), *lo que garantiza la Constitución es el razonable equilibrio entre el daño expropiatorio y su reparación*» (Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre).

(100) «... la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablativas en la esfera de facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa *dimensión social de la propiedad*

ción del concepto de propiedad en cada caso concreto y no sujeto a indemnización, o si por el contrario hay limitaciones distintas de la expropiación (expropiación que también se deriva de la función social, no es extraña a la misma; ver Ley del 90 de Valoraciones del Suelo) (101).

Si la función social, aunque creemos esto no se trata abiertamente, es diversa (102), ello debiera determinar la acomodación de los instrumentos de realización de la misma de modo que no sean intercambiables y que los que son acertados en relación a la una lo sean respecto de las demás. Y esta cuestión de oportunidad llevaría en ocasiones a hablar de una extralimitación del contenido esencial delimitado por la función social.

Sin embargo, la frontera del contenido esencial de la propiedad no

---

*privada en cuanto institución* llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que *la previsión legal de restricciones* a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito». Y recuerda lo que señalan los arts 128.1, 40, 45 ó 130 de la Constitución» (Sentencia 37/1987, de 26 de marzo)

«Ciertamente, no sería constitucional una expropiación que, afectando parcialmente a algunas de las facultades del propietario reconocidas por la Ley, *privase en realidad de todo contenido útil al dominio sin una indemnización adecuada a esta privación total del derecho*, que puede, desde luego, medirse desde el punto de vista del *aprovechamiento económico o rentabilidad de la nuda propiedad o de las facultades que el propietario conserve* tras la operación expropiatoria, teniendo siempre en cuenta que tal *utilidad individual o tales facultades no pueden ser absolutas e ilimitadas* en razón de las exigencias de la función social de la propiedad» (Sentencia 37/1987, de 26 de marzo).

(101) Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada, y se reduce, inicialmente, a operar sobre bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, frente al cual el *derecho de propiedad privada* tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, *el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales*. Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre. En Fundamentos Jurídicos 11 y 12 se refiere expresamente el Tribunal al derecho de propiedad cuando hay o no expropiación y entiende que puesto que de *aprovechamiento de aguas se refiere, ganados con anterioridad, su limitación temporal a setenta y cinco años no significa expropiación, puesto que está configurando el derecho o delimitando el contenido de derechos patrimoniales, una nueva regulación de su contenido*.

(102) Se hace referencia, al menos en parte, a esta cuestión en la STC 149/1991, de 4 de julio, que comentaremos más adelante.

puede establecerse en el respeto al *status quo* (103). Pero tampoco en una disponibilidad por Ley ordinaria que rompa la relación de pertenencia y deje sin contenido la relación jurídica de propiedad. En este sentido, en la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, se manifiesta por el Tribunal Constitucional (FJ 7) que la Ley de Aguas no impone un sacrificio excesivo con la opción de demanialidad que en ella se acoge. Y además: «La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos...», limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esto *no implica expropiación parcial* de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas *las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse*. Así pues, respeto de derechos adquiridos en algunos casos, pero «congelación» de los mismos junto a transformación o nueva configuración de tales derechos en general (104). Principios estos que se reproducen en las sentencias que vamos a comentar a continuación.

Se plantea también la cuestión de conciliar los intereses de protección de la propiedad privada y de la libertad de empresa y la tutela del medio ambiente como hemos indicado en el epígrafe previo y se sigue abundando en la cuestión en el siguiente.

### 3. LA PRESERVACIÓN DEL «AMBIENTE» COMO FUNCIÓN SOCIAL

Hay dos sentencias del Tribunal Constitucional que, no siendo las únicas ni probablemente las más importantes en relación a la delimitación del concepto de propiedad, han despertado especialmente nuestro interés, ofreciendo algunas conclusiones muy interesantes en la interpretación del artículo 33 en relación con el 45 de la Constitución y además desde la perspectiva de ser objeto de recurso de inconstitucionalidad; en la primera, una Ley autonómica

---

(103) Como ya adelantaba MONTES, *op. cit.*, pág. 180, así se deduce claramente de los distintos fallos del Tribunal Constitucional.

(104) Pero el núcleo de la esencia de la propiedad puede insistir tanto en la posibilidad de efectiva utilización del bien como en la elección de destino o en la posibilidad de goce efectivo. En Alemania la frontera entre la configuración y expropiación sigue centrada sobre la idea de *generalidad o singularidad de la intervención*, que a su vez reclama el respeto del contenido esencial; en Italia la idea del contenido mínimo no tiene apoyo en los textos constitucionales y ha de deducirse de modo problemático de los propios textos por remisión a la conciencia social. En Alemania parece prevalecer el mecanismo expropiatorio como procedimiento básico de la intervención estatal; en Italia, en cambio, se orienta por *la vía de la configuración no indemnizable de derechos de los particulares* (cual es el caso actual del Derecho español), en la que el crisol de la mutación se encuentra en la función social de la propiedad (vid MONTES, *op. cit.*, págs. 181-182).

que lleva a efecto una típica función de normativa medioambiental de creación de espacios de especial protección por sus características generales, y una segunda donde la Ley, sin duda importante en el llamado Derecho medioambiental, de carácter general, es dictada por el Estado y ampliamente impugnada por las distintas Comunidades Autónomas.

A la hora de acotar el tema, siempre desmesurado y nunca suficientemente esclarecido, nos permite ajustarlo a términos más asequibles a nuestros propósitos a través del comentario de cuestiones concretas suscitadas en dichas sentencias una vez presentado ya, aunque de forma somera, el contexto general de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las cuestiones que en la interrelación o binomio propuesto se abordan más en profundidad.

A) *STC 170/1989, de 19 de octubre (recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares)*

De los muy distintos puntos conflictivos planteados en el recurso nos han interesado los siguientes:

1. La creación de un *derecho de tanteo y de retracto* en favor de la Comunidad de Madrid se considera por los recurrentes que infringe los artículos 149.1.8 y 149.1.23 de la Constitución al incorporar un elemento nuevo en la regulación de los espacios naturales que no se ajusta a la legislación básica del Estado (que establece la compatibilidad entre la protección privada de los bienes y la protección del medio ambiente); conculca la competencia estatal para regular el régimen de transmisión de bienes inmuebles entre particulares, siendo el tanteo y retracto materia de legislación civil, introduciendo además un elemento de desigualdad sin justificación ni garantías al no incluir garantía alguna que asegure que el ejercicio del derecho vaya dirigido a satisfacer los fines para los que se ha creado el parque regional.

Dos cuestiones quedan patentes aquí y no son las únicas ni se plantean en solitario, sino que son una constante en distintos e importantes recursos de inconstitucionalidad:

— la consideración de compatibilidad entre la defensa de la propiedad privada y la protección eficaz del medio ambiente;

— la claridad u oscuridad en materia de competencia a la hora de regular sobre medio ambiente, problemática que se reproduce en otras materias pero que, si cabe, es más conflictiva en esta temática donde los distintos Estatutos de Autonomía y la propia Constitución no han adoptado criterios uniformes sobre la delimitación del contenido y alcance del concepto medio ambiente (enumeración, concepto global, convivencia de am-



bos criterios) y que tantos problemas suscita a la hora de legislar, problemática que se eleva a categoría general en tantas cuestiones pero, por lo que nos interesa, especialmente en materia de legislación de Derecho civil y en particular con Comunidades de llamada autonomía plena como Cataluña, quien al amparo de la oscuridad de los preceptos constitucionales sobre competencias exclusivas han reelaborado, completado y ampliado esencialmente la legislación civil de este territorio, avanzando hacia un Derecho civil particular, propio y completo (105).

Pero dejaremos por el momento a un lado la interesantísima cuestión de competencias para pasar a enumerar otras de interés:

2. La Ley produce directamente la privación de derechos patrimoniales, provoca la indefensión de los afectados (art. 24) y crea una desigualdad (art. 14). Las limitaciones, vinculaciones y prohibiciones que la Ley 1/1985 establece en sus artículos 14 a 22 se aplican directamente a todos los propietarios y demás titulares de derechos sobre los terrenos incluidos en el territorio del parque nacional, lo que produce un efecto expropiatorio inmediato de derechos e intereses legítimos a través del acto legislativo, con lo que se priva al ciudadano de las garantías previas y posteriores que condicionan todo acto expropiatorio. Les priva esa expropiación *ope legis* del derecho a una audiencia previa y a reaccionar judicialmente contra la expropiación (reconocidos en el art. 105.24 y 14 CE).

3. Establece la Ley impugnada (en art. 3, párr. 3 y 4) *vinculaciones y limitaciones del derecho de propiedad sin indemnización* ni compensación, viola el artículo 33.3 de la Constitución española. *Se limita la indemnización a los supuestos en que no sea compatible con la utilización tradicional y consolidada de los predios*, no en los demás casos.

Veamos las alegaciones que se hacen al respecto defendiendo tesis contrapuestas:

a) El Abogado del Estado considera que la regulación de un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración *no supone una nueva regulación de la propiedad*; constituye un derecho real de carácter administrativo, recogido en diversos lugares de la legislación sectorial, a favor del Estado. Tampoco vulnera la legislación básica estatal.

---

(105) Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad; Ley 7/1991, de 27 de abril, sobre filiación; Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble; Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación del Derecho civil de Cataluña en materia de venta a Carta de Gracia; Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; Ley 39/1991, de la tutela e instituciones tutelares; Ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña (de casi 400 artículos)

La existencia de vinculaciones y limitaciones de la propiedad sin indemnización *es perfectamente admisible en el Ordenamiento jurídico siempre que, precisamente, no existan privaciones singulares*. El hecho de que alguna de éstas pueda ser indemnizada en algún caso previsto por la propia Ley no entiende por qué pueda ser inconstitucional, como no lo es el que la técnica que se aplique sea la de responsabilidad y no la de expropiación (no hay privación singular y no se pretende privación, sino un fin distinto); es la línea de los artículos 87.2 y 232 de la Ley del Suelo.

b) El Presidente de la Asamblea de Madrid alega:

En cuanto al tanteo y retracto, no contradice la normativa básica del Estado, pues tal figura es recogida por todas las normas posteriores a la Ley 15/1975, incluso aquellas que carecen de rango legal, y esta es la normativa que habría de considerar básica y habilitante. Tales derechos no afectan a la legislación civil, sino que tienen una incuestionable naturaleza administrativa y la garantía de que el ejercicio de estos derechos va dirigido a satisfacer los fines para los que se ha creado el «parque regional» resulta del propio contenido de la Ley impugnada.

La Ley no produce efecto expropiatorio alguno de derechos o intereses legítimos. Se reduce a *delimitar el contenido de la propiedad en la zona en base a su función social y a la utilización racional de los recursos naturales*.

La *delimitación del contenido del derecho de propiedad, atendiendo a su función social, no genera indemnización*, por lo que el artículo 3.3 y 4 es plenamente respetuoso con el artículo 33 de la Constitución, aparte de coincidir sustancialmente con el artículo 13.d) de la Ley 15/1975, de 2 de mayo.

c) T. R. FERNÁNDEZ representando al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en su escrito de alegaciones:

Hemos de resaltar algunas cuestiones de interés: La Ley debe ser puesta en relación con otra norma anterior que constituye su antecedente lógico, 10/1984, de 30 de mayo, de ordenación territorial de la Comunidad de Madrid. El contenido de la Ley impugnada no es otro que las bases para la elaboración de un Plan de Ordenación del Medio Físico que podría aprobar por sí el Consejo de Gobierno de la Comunidad, pero para el que se ha creído preferible el rango formal de Ley quizá por su extensión e importancia.

— Sobre tanteo y retracto reitera los anteriores argumentos.

— Sobre la supuesta existencia de una expropiación legislativa y delimitaciones de la propiedad no indemnizables, la Ley 15/1975 proclama la

indemnizabilidad de las privaciones singulares de derechos patrimoniales consecuencia de la declaración de un espacio natural protegido. Lo cual significa que no se incluyen las privaciones no singulares u operaciones de delimitación del contenido del derecho de propiedad o establecimiento de límites generales del mismo que carecen de naturaleza expropiatoria. La Ley de Doñana, sigue diciendo, admite la existencia de límites no indemnizables y traza una línea clara de separación entre éstos y los susceptibles de indemnización, utilizando una técnica perfectamente conocida en la legislación urbanística. La Ley impugnada emplea una técnica idéntica, y de nuevo se da una perfecta armonía entre la Ley impugnada y la normativa básica estatal. Se niega también que las limitaciones establecidas a la propiedad en la Ley operen un efecto expropiatorio y, en consecuencia, el derecho a la indemnización y la tutela judicial efectiva. La aceptación de esta tesis reduciría la potestad legislativa prácticamente a la nada, sin poder adoptar ni una sola medida legal de limitación de derechos patrimoniales (que es para lo que en el Estado constitucional existe precisamente la Ley, frente a las normas reglamentarias).

La parte esencial del problema es la diferencia entre la delimitación o configuración legislativa del contenido de los derechos patrimoniales y las delimitaciones ablativas de los mismos que dan lugar, en todo caso, a un deber indemnizatorio, diferencia que ha de encontrarse en el contenido esencial del derecho de propiedad. De este modo, lo decisivo es si el conjunto de límites y vinculaciones que la Ley establece supone una desnaturalización radical de la propiedad, si la propiedad así definida y regulada sigue siendo reconocible como tal derecho. *En el caso de la Ley impugnada la respuesta positiva es ineludible y la propiedad que diseña no se aparta de la imagen característica que tiene hoy el derecho de propiedad. Al no haber mutilación alguna del contenido esencial de la propiedad no se está en el ámbito de la expropiación, sino en el de la delimitación, definiéndose el contenido de tal derecho como exige su función social y dejando intacto su contenido esencial. La no previsión de indemnización es, por lo tanto, plenamente ajustada a la Constitución.*

4. Importante es señalar finalmente, y así nace del contexto cronológico y de lo recogido en los hechos de la sentencia, que en 1989 entra en vigor una nueva Ley de conservación de espacios naturales (Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres), por lo que el Tribunal Constitucional da un plazo de diez días para que alegaran lo que tuvieran por conveniente las partes respecto a la posible incidencia de dicha Ley: para el Abogado del Estado dicha Ley refuerza la constitucionalidad de la Ley impugnada en sus aspectos competenciales; también lo hace la representación del Consejo de Gobierno de la

Comunidad. Los recurrentes sostienen que ha de pronunciarse el Tribunal Constitucional de acuerdo con la legislación vigente en el momento de presentación del recurso. La representación de la Asamblea de Madrid mantiene las alegaciones.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **El «ius superveniens», la legislación básica del Estado y las competencias autonómicas**

Aunque no nos proponemos entrar en el tema competencial planteado en este recurso y en el correspondiente fallo, no deja de llamarnos profundamente la atención la solución adoptada por el Alto Tribunal al considerar legislación básica estatal de referencia una Ley que se publica y entra en vigor con una gran diferencia de fechas con la normativa impugnada (Ley 1/1985, de 23 de enero) y con el propio recurso (404/1985), que se valora con el criterio de que es esta Ley del 89 que deroga a la anterior del 75 la que ha de entenderse como punto de referencia para medir los presuntos excesos de competencias que formulan los demandantes, exceso de competencia que se pone en comparación con la Ley impugnada del 85. Es decir, si en el 85 se excedió o no la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con una Ley que estaba por venir, que no sería conocida y mucho menos vigente hasta el año 89. Cómo se puede sostener esto: «... ha de servir de marco de enjuiciamiento, en este proceso constitucional, el *ius superveniens* representado por la legislación básica del Estado vigente en este momento, es decir, la Ley 4/1989, de 27 de marzo», y de qué forma. Si todavía el argumento hubiera sido que la Ley del 75 de espacios naturales es preconstitucional y la atribución competencial al Estado y las Comunidades Autónomas procede de la Constitución de 1978, que es posterior, tendría cierta coherencia, puesto que a éstas les corresponde la gestión y pueden establecer normas adicionales de protección en materia de medio ambiente (arts. 148.1.9.<sup>a</sup> y 149.1.23). El resultado sería semejante, pero los instrumentos interpretativos no chocarían en lo más esencial con la vigencia de las normas, su aplicación y la retroactividad de las mismas (ver FJ 3 de la S.).

¿Cómo se hubiera contestado si el Tribunal Constitucional hubiera resuelto el recurso en 1986, por ejemplo?

El Tribunal Constitucional se había referido en concreto ya a la problemática de cuál ha de entenderse que es la legislación básica, y en concreto en materia medioambiental, cuando no se ha procedido a legislar a partir de la Constitución de 1978 y se mantiene la legislación anterior y el alcance de competencias de las Comunidades Autónomas: se ajustará la normativa

dictada por la Comunidad a la legislación estatal básica siempre que se respeten *las nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, sin perjuicio de la legislación básica que el Estado pueda dictar en el futuro y que «entonces» le será aplicable. No creo aceptable, en mi modesta opinión, que la conservación de las leyes haya de forzar los argumentos hasta contravenir los principios jurídicos más elementales (106) cuando además existen instrumentos alternativos y adecuados.

### **Derechos de adquisición preferente (art. 45/art. 33)**

El segundo motivo de inconstitucionalidad, que se mantiene en el orden competencial también, se relaciona estrechamente con la temática que nos ocupa o interesa; se aborda a partir del fundamento jurídico 6 en los siguientes términos:

La creación de un retracto legal precedido del correspondiente tanteo supone para los recurrentes la incorporación de un elemento nuevo en la regulación de los espacios naturales que no sólo no se ajusta a la legislación básica del Estado, sino que conculca *la competencia del Estado para regular el régimen de transmisión de los bienes inmuebles entre particulares*.

«No cabe duda, y en ello tienen razón los recurrentes, que el tanteo y el retracto, como instituciones jurídicas son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado, a reserva de los derechos forestales especiales. El carácter civil de la institución y de su regulación no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración pública establecidos por la legislación administrativa, respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima». El establecimiento de tales derechos en favor de la Administración con sometimiento al Derecho civil del régimen jurídico de las instituciones cita-

---

(106) STC de 4 de noviembre de 1982: «No existiendo por ahora tal legislación básica, es de aplicación la doctrina sentada por este Tribunal en Sentencias de 28 de julio de 1981 (R. 40/1980) y de 8 de febrero de 1982 (R. 234/1981), según la cual la ausencia de aquélla no impide a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia legislativa siempre que *se respeten las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente*, estén o no formuladas de forma expresa y sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas, que, naturalmente, serán entonces aplicables a las Comunidades Autónomas.» Y «... cuando el ejercicio de una competencia autonómica sobre una materia ha de moverse dentro de la legislación básica del Estado, este marco está formado por toda la legislación básica que a ella se refiere y no sólo por la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga esa competencia.» Abundando en los criterios sobre competencias aquí mantenidos, ver SSTC de 23 de noviembre de 1982 y 21 de diciembre de 1982.

das no determina una invasión competencial del título del artículo 149.1.8 de la Constitución, «lo que no supone modificación o derogación alguna de la legislación civil en materia de retracto», argumenta el Tribunal Constitucional. Y dicha creación se realiza dentro de un conjunto de actuaciones en materia de protección de medio ambiente en el que el título competencial es el del artículo 149.1.23, lo que supone competencia legislativa de la Comunidad Autónoma respetando la legislación básica del Estado.

¿Por qué la creación de nuevos derechos de adquisición preferente en favor de la Administración va a determinar una mejor protección del ambiente que la transmisión entre particulares a los que afectará cualquier norma de protección preventiva o reparadora del medio ambiente?

Quizá se quiera decir con ello que función social y medio ambiente son siempre cosas diversas y que además la interpretación y el contenido de aquélla no permite una eficaz tutela del medio ambiente a través de un adecuado ejercicio de las facultades del propietario de estos terrenos al haberse integrado aquélla por la preservación del ambiente dada la naturaleza de los bienes afectados y, por tanto, que es preciso que la titularidad de los bienes pase también a manos del Estado en la mayor parte de los supuestos posibles. Parece considerar insuficientes las corrientes actuales que interpretan a la función social como definidora del contenido esencial de la propiedad como el derecho a no excluir a nadie de la riqueza y muy en particular del disfrute de determinados bienes. O, al contrario, hemos de considerar que el medio ambiente integrando y concretando la categoría de la función social para aquellos bienes inmuebles que se encuentren en zonas de especial protección lleva a cabo una delimitación del contenido del derecho de propiedad. Y en consecuencia, los bienes en manos privadas también pueden servir a la defensa del ambiente, porque precisamente una adecuada contemplación de la propiedad pasa por garantizar una propiedad salubre.

¿Hemos de interpretar entonces que esa separación entre titularidad y disfrute (más amplio) de los bienes que comprendería el medio ambiente no sirve y que se propugna una unidad de titularidad en el Estado para mejor desarrollo de las facultades que permiten el uso y disfrute de esos bienes por la colectividad? Si leemos la Ley, seguramente y aun a nuestro pesar, tendríamos que decir que sí. Artículo 3.1: «... la Comunidad de Madrid adoptará las medidas necesarias y habilitará los medios precisos para que los terrenos incluidos en el ámbito de la presente Ley que sean necesarios para la consecución de los objetivos de la misma pasen a titularidad pública». Y según el artículo 1, son objetivos de la presente Ley: proteger la gea, fauna, flora, aguas, atmósfera, etc.; promover la utilización ordenada de dicho ámbito con fines de investigación científica; «fomentar en el mismo ámbito las actividades de interés educativo, cultural, recreativo, turístico y socioeconómico»; «fomentar la mejora, recuperación e implantación de

actividades productivas»; disminuir los niveles de contaminación; «procurar la utilización pública del ámbito ordenado, fomentando su destino al uso o servicio público en función de los anteriores objetivos».

Como se ve, los objetivos son diversos, muchos de ellos correspondientes a la tutela del ambiente, pero no todos; y en función de estos otros seguramente tiene mayor sentido promover el paso de terrenos a mano pública.

No se ponen de acuerdo los recurrentes, los defensores de la medida ni el Tribunal Constitucional sobre si esta materia es de legislación civil: seguramente es el Tribunal Constitucional el que finalmente otorga los criterios más ajustados; sin embargo, la consideración de que estas medidas se derivan del mandato del artículo 45 es lo que en definitiva zanja la cuestión para determinar la actuación correcta de la Comunidad Autónoma al determinar, y en su favor, los derechos de adquisición preferente. En todo caso, la Ley viene a incorporarse a un largo catálogo, ya de derechos de adquisición preferente en favor de la Administración cuyo régimen jurídico es peculiar en cuanto a requisitos, garantías sobre la notificación, plazos, etc., frente a lo dispuesto en artículos 1.521-1525 CC, art. 94 LAR, arts. 45 y 227 del RDA, por ejemplo. Podríamos decir más: también la finalidad del derecho mismo si atendemos al pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1955 consideraba de la siguiente forma a los tanteos y retractos legales: son «limitaciones a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en derecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembración del dominio sobre el que actúan, ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen como cargas que integran su pasivo, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo». Añade LACRUZ (107) que aunque se ha defendido, no es verdad que los derechos de tanteo y retracto priven al titular del dominio de su libertad de enajenar a quien quiera, sino que lo que atribuye al titular de tales derechos es que pueda (la facultad) determinar la transmisión de la cosa gravada en su favor, no, mientras tanto, impedir su adquisición por otro. No obstante, ello también determina un cierto recorte en la facultad de libre disposición y puede suponer una pérdida de valor del bien en el mercado (108), si bien la Ley

---

(107) Vid. *Manual de Derecho civil*, Barcelona, J. M. Bosch, reimp. 1990, pág. 430.

(108) Por esta razón cree aconsejable ALIA NOMBELA que debería impedirse el ejercicio del derecho de retracto si no se ejercitó el tanteo, salvo que no se hubiera hecho la notificación oportuna o se hizo mal o se transmitió sin dejar pasar el plazo previsto (ver «El tanteo como derecho real. Legislación y práctica», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, t. IV. Madrid, 1988, pág. 135).

sólo acepta el derecho de retracto en caso de falta de notificación o cuando las condiciones expresadas en la misma no coincidan con las reales. Es cierto, como constata COCA (109), que la Administración no cuenta con recursos suficientes para hacer valer todos los derechos de tanteo o retracto que tiene atribuidos a lo largo de la más diversa normativa y que, en consecuencia, apenas lo ejercita, por lo que cree que la proliferación de los mismos no es más que un riesgo «teórico» de vaciado de contenido en el sistema de propiedad privada. Hecho que, por otro lado, pone de manifiesto la poca efectividad de la medida y, sin embargo, el efecto disuasorio en el tráfico en relación a tales bienes y la amenaza que pesa sobre el propietario que precise la liquidez gracias a ese bien quizá sea el único bien inmueble en su patrimonio si la Administración actúa de acuerdo con sus derechos al pagar mal o pagar tarde (110). Enlazando en este punto con la sentencia posterior, LOBATO (111) se refiere a la Ley de Costas realizando un análisis del capítulo dedicado en la misma a servidumbres y limitaciones. Dentro de las cuales considera que la única limitación propiamente dicha, según su concepción, del derecho de propiedad se recoge en el artículo 29.2 y viene referida al *ius disponendi* del propietario sobre los yacimientos de áridos situados en ella en cualquier tipo de cesión, venta u otra transmisión, quedando sujetos a derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración del Estado. En la disposición adicional 3.ª se reconoce también a la Administración derechos de tanteo y retracto en las transmisiones onerosas *inter vivos* de los terrenos de propiedad particular incluidos en la zona de servidumbre de protección que se estimen necesarios para la defensa y el uso del dominio público marítimo-terrestre. Declarándose además dichos terrenos como de utilidad pública a efectos expropiatorios, fijándose el justiprecio de los mismos exclusivamente por aplicación de su valor urbanístico (112), idea esta que ha pasado desapercibida para la doctrina y que cuenta con el favor del legislador, como demuestra la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico de 25 de julio de 1990, que la ha reproducido en su artículo 73 y en su título V (arts. 90-95), donde generaliza la utilización por la Administración urbanística de estos derechos de tanteo y retracto. Esto mismo ocurre en la Ley de Espa-

---

(109) COCA PAYARÉS, *op. cit.*, pág. 291.

(110) Ver en este sentido el artículo 10.3 de la Ley de 1989, al que se refiere la sentencia, que es idéntico al de la Comunidad de Madrid y a su vez lo es del artículo 7 de la Ley Doñana del que ha sido tomado y en el que aparecen plazos más largos. También en la Ley de Costas están previstos (vid. J. M. LOBATO GÓMEZ, «Limitaciones del dominio privado en el litoral español», *RCDI*, enero-febrero 1992, pág. 25, quien considera amplios los plazos fijados).

(111) J. M. LOBATO GÓMEZ, «Limitaciones del dominio privado en el litoral español», *RCDI*, enero-febrero 1992, págs. 11 y sigs.

(112) LOBATO, *op. cit.*, pág. 25, cita 27.



cios Naturales de 1989 y en muchas de las leyes autonómicas en esta materia (113).

Esos derechos se han considerado tradicionalmente como estorbos a la libre circulación, libre contratación. En el orden constitucional actual no se ha alterado el contenido del principio de libre contratación, pero se ha derrumbado el carácter esencial (114). Los derechos de tanteo y retracto se han convertido así en instrumentos técnicos que garantizan un cierto equilibrio entre la libre contratación o libre disposición y el interés de algún colectivo de sujetos. En el ámbito obligacional estos derechos han de situarse junto a las restricciones de la contratación, fenómeno que caracteriza la contratación en la actualidad, así preponderan en arrendamientos urbanos y rústicos, enajenaciones de objetos históricos, de terrenos situados en espacios naturales. En relación al derecho de propiedad configurado a la luz del artículo 33 de la Constitución, son concreciones al límite de la función social. En todo caso, la nota de supraindividualidad que acompaña siempre a tanteos y retractos ha ido ampliando históricamente su ámbito o «cantidad» de supraindividualidad: del grupo familiar, a un sector estamental; de éste, a un colectivo de trabajadores, etc., hasta alcanzar un carácter absoluto: *el grupo social entendido como un todo* (v.gr.: los retractos sobre objetos artísticos, sobre espacios naturales, etc.). Es obvio que lo supraindividual no es necesariamente «social» (115), pero sí en el ámbito de las leyes en el que podamos considerarlos, como hace el autor al que seguimos en este punto, concreciones del principio o del límite de la función social. De este modo se encuentra una fundamentación unitaria tanto a los derechos de adquisición preferente en favor de particulares como de las Administraciones públicas. Y se encontraría una explicación acorde con el espíritu de los fallos del Tribunal Constitucional, ya que tampoco en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, en relación a la Ley de Costas, considera que supongan recortes sustanciales del contenido de la propiedad tutelado por la Constitución según se infiere del análisis del artículo 29 o la disposición adicional 3.ª al considerar que los derechos de tanteo y retracto previstos son «medios jurídicos... que puede (el Estado) considerar necesarios para la preservación de las características físicas» de los bienes marítimo-terrestres (116)

---

(113) Vid COCA PAYARÉS, *op cit*, págs. 23-31.

(114) Vid COCA, *op cit*, pág. 298. Indirectamente la Constitución tutela estos principios en la medida en que en el artículo 38 reconoce un sistema de economía de mercado. La libertad de contratación no es sino un epíteto de la libertad de empresa que según Sentencia de 2 de diciembre de 1983 goza de menor protección constitucional y tiene también como barrera la función social (asimismo la Sentencia 37/1987).

(115) COCA, *op cit*, págs. 297, 299 y 301

(116) Si bien, coherente con lo manifestado en la Sentencia 170/1989, no lo atribuye al Estado en virtud del artículo 149.1.8 de la Constitución, sino coherente con la condición de demaniales de los bienes marítimo-terrestres.

(puesto que aquí se debate más bien quién ha de ser la Administración «favorecida» con esos derechos: la Estatal o la Autonómica).

Medida esta que debiendo ser extraordinaria se está convirtiendo, como vemos, en habitual en relación a ciertos bienes y en el ámbito de determinadas leyes seguramente porque encuentra apoyo en la amplia concepción constitucional de la función social como límite del contenido esencial de la propiedad. Teniendo en cuenta que, en base a ella, quedan condicionadas las facultades del propietario, con lo que se reemplaza el antiguo criterio de libertad (de goce, de disposición). Así las cosas, indirectamente el llamado principio rector del medio ambiente está cobrando protagonismo fundamental, más allá del que podría deducirse de su colocación sistemática en la Constitución (117). Y no me parece criticable ese hecho, pero quizá sí los medios empleados, desproporcionados a veces e ineficaces otros, la falta de unanimidad en los criterios, cuando en otras ocasiones el Tribunal Constitucional ha sido muy claro al señalar que también es esencial y digno de protección el desarrollo económico y en consecuencia la tutela de los derechos generadores de riqueza. Si bien, en ocasiones, aparece como un recurso práctico que no responde a la oportunidad de las medidas en las que el fundamento de base es otro. Seguramente la finalidad de la Ley de la Comunidad de Madrid a que nos venimos refiriendo es adecuada: evitar la especulación de las urbanizaciones devastadoras del paisaje y de los recursos naturales (ver el Preámbulo), pero no se han trasladado al articulado de la Ley con suficiente fortuna.

Sustentar armónicamente todos estos derechos e intereses es harto complejo, sobre todo con la pluralidad legislativa existente; y si se sigue considerando bajo mínimos el significado de la legislación básica del Estado, lleva a desvirtuar en gran medida el capítulo de competencias exclusivas y fomentar la diversidad y, en las situaciones más extremas, la inseguridad o la desigualdad de los ciudadanos que siendo titulares de semejantes derechos, a los que encuadraríamos en el mismo estatuto de propiedad o en el mismo régimen jurídico en su derecho de propiedad, van a ver constreñidas sus facultades y en definitiva su titularidad dominical de distinta manera según la Comunidad Autónoma de que se trate, puesto que a la mayor parte se le reconocen competencias de desarrollo o complemento de la legislación básica estatal en materia de medio ambiente. Sin embargo, en relación con la Ley de Costas, el Tribunal Constitucional adopta una postura parcialmente distinta en el problema competencial, las limitaciones propuestas se defienden no sólo como derivados de la protección del medio

---

(117) Sobre la trascendencia real de dicha ubicación y concepción constitucional del principio, ver G. Ruiz-Rico Ruiz, «La protección del ambiente como principio rector de la política económica y social», *RFDUG*, núm. 16, 1988, págs. 45 y sigs., especialmente págs. 62-66.

ambiente, sino de la tutela de los bienes demaniales e, incluso, afectando a ordenación del territorio y urbanismo, considerándolas parte de una legislación básica que tiende a asegurar que servidumbres y limitaciones como las que ésta contienen no tengan una proyección desigual en las distintas Comunidades Autónomas sobre las facultades de los propietarios según las diversas situaciones urbanísticas (ver análisis de la DT 3.<sup>a</sup>). Roza así la Ley las competencias en materia de urbanismo, como lo demuestra el hecho de que la mayor parte (o todos) los preceptos declarados inconstitucionales lo son por invadir claramente dichas competencias. No se defendieron estos principios tan acusadamente en la Sentencia 170/1989 quizá por la diferente repercusión económica y de interés del Estado.

De esta forma, cada vez resulta más difícil definir el contenido esencial del derecho o de los derechos de propiedad, ya que realmente y a la sombra de la confusión existente, de la amplitud y ambigüedad de los conceptos, etc., se presenta cada vez más reducida, entendiéndose difícilmente qué es o no contenido esencial. De los diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que tienden a clarificar tales conceptos, como vimos, y se prosigue en las sentencias que ahora comentamos, se intenta dilucidar sobre qué facultades o respecto de qué bienes el recorte significa configuración (nueva) del contenido y no limitación o recorte. Y la única conclusión unitaria que podríamos obtener es que habrá que estar al caso concreto, quedando casi reducidas las limitaciones, en el sentido más estricto de recortes indemnizables, a la expropiación singular y a determinados supuestos de expropiaciones *ope legis*.

### **Subordinación de la riqueza al interés general (art. 45/art. 128.1)**

En el fundamento jurídico 7 se refiere a otras consideraciones ajenas ya al reparto de competencias. Se considera que la prohibición que incorpora la Ley de Actividades Extractivas no va contra lo establecido en el artículo 128.1 de la Constitución. Subyace de nuevo, lo hemos visto en otras sentencias y así lo reconoce el Tribunal Constitucional, el enfrentamiento entre el artículo 45 y el artículo 128.1; incluso los recurrentes habían invocado aquella Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 1982 sobre la Ley de Extracciones catalana a la que nosotros nos hemos referido en el inicio del estudio sobre jurisprudencia constitucional.

Considera el Tribunal Constitucional que en este caso no es de aplicación la doctrina de aquella sentencia, puesto que allí se debatía una *prohibición generalizada* de las extracciones y aquí sólo se hace para casos concretos, tanto en relación a los terrenos que alcanza cuanto a las extracciones limitadas. «La existencia de estas cautelas, el carácter territorialmente limitado de

la prohibición y su escasa repercusión en el interés general económico permiten entender que el legislador autonómico ha ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles y que por ello el artículo 142.c) de la Ley Autonómica no es contrario al artículo 128.1 de la Constitución».

Parece claro que el Tribunal Constitucional, sin desdecirse de la importante tesis sustentada en la Sentencia del 82, considera que estas limitaciones particulares y específicas a estas determinadas formas de producción de riqueza entran en el juego legítimo de prioridades del bien ambiente frente al interés general concretado en la producción y el desarrollo económico, tratando de llevar a sus justos términos la conciliación de distintos intereses generales, la tutela del ambiente a través de la explotación racional de los recursos naturales y una explotación suficiente de los mismos que no recorte gravemente el desarrollo de los sectores económicos (art. 130). Se valora positivamente la menor importancia económica de las extralimitaciones limitadas en parangón con el daño que se infería al medio ambiente, en ocasiones difícil de restaurar o reparar.

Es importante la ratificación que realiza en orden a la imposibilidad de que se sobreponga prioritariamente respecto a la creación de riqueza; luego los derechos que la permiten son tales, no meramente una función, la propia creación de riqueza sustentada por la función social entendida en sus justos términos de solidaridad hacia la colectividad puede ser útil a las pretensiones. Y ello puede ser expresión suficiente para defender entonces que no cualquier medio o instrumento puede ser utilizado a los efectos de proteger el medio ambiente y en limitación de facultades dominicales de los propietarios de bienes urbanos, rústicos, forestales, etc., que se extralimite a esa armonización de los distintos intereses (igual que tampoco lo es respecto a las actividades industriales o de producción); la declaración de utilidad pública o interés social puede ser la misma, pero la finalidad es diversa si se encamina a la protección del medio ambiente o de otros bienes de carácter más prioritario en relación a carencias de primera necesidad del cuerpo social. Seguramente no es posible la realización de una carretera que facilite las comunicaciones con seguridad o la realización de un pantano o canal que permita la obtención de agua suficiente para el consumo de pueblos y ciudades o la construcción de un hospital, etc., sin llevar a cabo algunas expropiaciones; pero ese instrumento, por poner un ejemplo extremo, no tiene por qué ofrecer una protección más adecuada al medio ambiente. Esas mismas actuaciones a las que nos hemos referido pueden poner en peligro seriamente o afectar de manera importante a un determinado hábitat (talando bosques, determinando la inundación de zonas con una rica flora y fauna que desaparece, etc.). Puesto que todos los poderes públicos vienen obligados a salvaguardar el medio ambiente, en todas estas decisiones ha de haberse sopesado seriamente los menores daños y la necesidad sustentada de un interés general

aunque distinto de la tutela del medio ambiente. Quiero decir con ello que el cambio de titularidad por sí solo no es garante de un medio ambiente no degradado y que, quizá, los esfuerzos debieran encaminarse por otros derroteros: medidas preventivas, determinación de formas de actuación o aprovechamiento por parte de los propietarios de bienes situados en esas zonas declaradas de utilidad pública, en razón de medio ambiente (ver art. 10.3 Ley 4/1989, de 27 de marzo) o en todo caso que tiendan al cese de actividades contaminantes y fomenten no tanto la reparación cuanto la restauración, no permitiendo llegar a situaciones irreversibles.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, en algunas de las ocasiones en que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto, sobre la adecuación o no del remedio adoptado por el legislativo, por ejemplo respecto a la Ley de Aguas (sobre la alternativa de la demanialización de las aguas frente a otras soluciones técnicas), ha declarado que: si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento «no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho» (STC 99/1987, FJ 4 y 227/1988 FJ 7).

### **Vinculaciones/limitaciones y expropiación (art. 33.2/art. 33.3 CE)**

En el último de los fundamentos (FJ 8) se intenta dilucidar si en dicha Ley se produce, como afirman los recurrentes, una expropiación legal. No es así a juicio del Tribunal Constitucional, para quien no existe expropiación en el sentido constitucional, la Ley realiza en los artículos 14-22 «una configuración de los derechos existentes sobre dichos terrenos que no supone en sí misma privación de propiedad alguna ni de bienes y derechos patrimoniales, sino sólo el establecimiento de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger». En definitiva, para el Alto Tribunal hay limitaciones que no son susceptibles de generar una obligación de resarcir o indemnizar al propietario afectado por ellas. Si esto es así, habría que aclarar que no son limitaciones, puesto que configuran de nuevo un derecho, y si lo son, esto es, si recortan facultades propias de un derecho configurado con anterioridad, entonces llevaría aparejada la obligación de resarcir. No afecta, no obstante, hasta ese punto la cuestión de los derechos adquiridos que pocas veces y cada vez de forma más reducida se tienen en cuenta (levemente y transformados en la Ley de Aguas y Ley de Costas). En la Ley de la Comunidad de Madrid objeto de esta sentencia se consideran para marcar la frontera de la expropiación en la alteración o no de los aprovechamientos tradicionales en los terrenos.

Aborda también otras denuncias respecto a limitaciones consideradas por la Ley como no indemnizables con semejantes argumentos y recuerda la doctrina contenida en la Sentencia 37/1987 donde se reconoce la dificultad para encontrar el límite existente entre la privación de un derecho patrimonial y su delimitación legal amparándose en la función social, si bien éste entiende se encuentra en no sobrepasar las barreras más allá del «contenido esencial», el cual, a pesar de todo, sigue siendo una incógnita por la reformulación a que está siendo sometido en los últimos años por disposiciones legales y por finalidades muy variadas, aunque concluye cómo ello no da «*absoluta libertad a los poderes públicos*», de tal forma que llegue «*a anular la utilidad meramente individual del derecho*». «Las limitaciones del derecho de propiedad que introduce la Ley madrileña con carácter no indemnizable *no vulneran el contenido esencial de los derechos afectados al tratarse de medidas tendentes a proteger el espacio natural*, según la distinta calificación del terreno y en cumplimiento del mandato que impone el artículo 45 de la Constitución».

Pueden extraerse distintas conclusiones:

- que la finalidad de proteger el medio ambiente legítima como limitación no indemnizable cualquier recorte de derechos que se apoye en el artículo 45;

- que la libre transmisibilidad de derecho parece ser el auténtico ataque al medio ambiente y no el destino, finalidad del bien, utilización del mismo, etc.;

- que es deseable para obtener esa adecuada protección un trasvase de titularidades a manos públicas y que tácitamente se establece la presunción de que el Estado (léase CCAA, etc.) es mejor propietario y ejercita su derecho siempre con respeto a la función social a la que alude la Constitución;

- que la protección del medio ambiente es un límite configurador del concepto de derecho de propiedad (más allá que un principio informador), traducción concreta del más amplio concepto de la función social, si bien y eso no lo dice, superando tácitamente un distinto enclave sistemático en la Constitución: no en el artículo 33, sino en el artículo 45 y dentro de los principios rectores. Las resoluciones del Tribunal Constitucional lo han elevado de rango (afortunadamente por lo que se refiere al valor o valores que encierra el art. 45) y por tanto mejorado su tutela jurídica. Es decir, las intenciones son buenas, pero en estos fallos tenemos la sensación de que se abandona con gran esfuerzo dialéctico la técnica jurídica en aras de finalidades encomiables, pero a las que hay que llegar por otras sendas jurídicas, si bien tales esfuerzos por justificar disposiciones estatales o autonómicas no se ven compensados en la práctica con la eficacia de las mismas: ver los más variados comportamientos que con total impunidad están degradando de verdad el medio ambiente y no sólo el ejercicio de los derechos

patrimoniales de los particulares y menos los propietarios de fondos rústicos. Cómo justificar luego la pasividad de la Administración ante la infracción continuada de la normativa sobre ruido, sobre vertidos, sobre actividades molestas e insalubres, sobre la utilización de innumerables pesticidas perjudiciales para la salud humana y la supervivencia de cientos de especies, la «incontrolada» concesión de licencias, etc. Incluso en la LAU (art. 114.8) no se consideran actividades molestas aquellas que realicen determinados organismos públicos, o mejor dicho «la resolución de contrato por causa de notoria incomodidad no procederá en los siguientes casos: 1.º Cuando los locales estuvieren arrendados con destino a oficinas de servicios del Estado, provincia, municipio, Iglesia católica o corporaciones de Derecho público», entre otros (118).

Se entiende en cambio que la Ley cumple con el respeto al contenido esencial cuando los vínculos que se impongan «no resulten incompatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios». ¿Cómo entender entonces dicho contenido esencial con las obligaciones que se imponen al propietario de fondos rústicos, de una utilización adecuada de los terrenos, de una renovación y modernización de cultivos, técnicas, etc., para conseguir un desarrollo de la explotación acorde con la función social del suelo agrario que ha de cumplir? En este caso, función social y protección del medio ambiente serían límites contrapuestos; y no deben serlo (119). La propia Ley de 1989 de espacios naturales lo reconoce también en su artículo 9.1 y en su artículo 2, después de definir sus encomiables objetivos, encomienda a las *Administraciones la obligación de velar por el mantenimiento y conservación de los recursos naturales con independencia de su titularidad o régimen jurídico*. Es una forma más y residual de respetar ciertos derechos adquiridos, pero sin considerar incluidas las expectativas de futuro (es el caso de la Ley de Aguas, vid. STC 227/1988, pero «congelándolos» en su alcance material actual).

El propio Tribunal reconoce que la técnica se avala también por ser ya habitual en el artículo 87 de la Ley del Suelo o en la Ley de Aguas (ver

---

(118) Vid. al respecto ALONSO PÉREZ, *La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas. Especial consideración de los medios jurídico-civiles (En defensa de los consumidores de medio ambiente de salud y bienestar)*, en preparación para publicar, especialmente pág. 61.

(119) Vid. Exposición de Motivos de la Ley Andaluza de 3 de julio de 1984 de Reforma Agraria que al referirse al concepto de la función social agraria señala que «su sustancia no es puramente economicista, siendo de destacar, entre otras, el específico hincapié que se hace en que el ejercicio del derecho de propiedad sobre la tierra ha de tener también como finalidad la *conservación del suelo y la protección de la naturaleza*». Vid. también DE LA VALGOMA y M. RODRÍGUEZ-MONGE, «El derecho de propiedad y el medio ambiente», en *Derecho y ambiente*, Madrid, CEOTMA, 1981, pág. 191; E. MORENO TRUJILLO, *op. cit.*, págs. 169-173.

STC 227/1988). Sin embargo, la cuestión puede ser otra; que la medida no sea la más adecuada, porque el respetar la utilización tradicional de los predios no siempre salvaguarda mejor el medio ambiente y, sin embargo, limita la utilidad individual de la propiedad e incluso recorta o impide una adecuada explotación del bien.

Finalmente, y como no podía ser menos, sigue reconociendo *la dificultad de su apreciación en los casos concretos* y por ello confía a la valoración de las autoridades competentes y a la facultad de revisión de los órganos judiciales.

B) *STC 149/1991, de 4 de julio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados 1689, 1708, 1711, 1715, 1717, 1723, 1728, 1729, 1740/1988 interpuestos contra la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*

La complejidad de esta sentencia sólo es comparable con la de la Ley y el Reglamento de Costas a los que directa o indirectamente va referida por su extensión, por la multitud de preceptos impugnados, por la naturaleza de las cuestiones tratadas, etc. Vamos a referirnos aquí, y para concluir, a una muy pequeña parte de la misma para completar el catálogo de asuntos tratados en las sentencias ya vistas o para reafirmar la doctrina allí sustentada.

En un nuevo discurrir por la clarificación de la idea de función social de la propiedad resalta esta sentencia cómo ésta opera no sólo en abstracto, sino también en concreto, en relación con las distintas clases de bienes sobre los que el dominio recae. El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a características generales de éstos, como en el caso, la de su proximidad o contigüidad respecto del dominio público marítimo-terrestre. Por si no hubiera podido deducirse antes de los comportamientos soluciones y justificaciones descritas, los remedios puestos en práctica por el legislador en distintas leyes que acertadamente han sido definidas por LOBARO como el camino de recortes del derecho de propiedad, sobre todo si no se interpretan correctamente, del Código Civil y el paso del monosistema al polisistema, vemos claramente a través de este fallo del Alto Tribunal devienen injustificados en su aplicación generalizada, al uniformar finalidades y necesidades muy diversas hasta el punto que sirven tanto para la protección, supuesta, de especies a extinguir o a la conservación inalterada de espacios que han de conservar ese entorno virgen, poco explotado, con ecosistemas propios, etc., con aquellos otros donde preponderan los intereses de una correcta explotación de la zona de playa: Por ejemplo, el artículo 30 de la



Ley de Costas, donde se da prioridad al desarrollo de la zona costera (120) frente a la protección del medio ambiente del artículo 45 de la Constitución. En el apartado segundo admite también la posibilidad de vertidos siempre que se haya obtenido previa autorización (volvemos al principio de la tan criticada «tolerabilidad») y de las actuaciones contaminantes legalizadas o «bendecidas» por la autorización de la Administración y que llevan normalmente la degradación del medio en el que se asientan más allá de lo que las autoridades han podido concebir inicialmente. Pero frente a la reglamentación que lo sustenta nada habría que objetar.

Son tales ejemplos una muestra más de bienintencionadas finalidades a través de inadecuadas (o no las más adecuadas) soluciones jurídicas que van en contra del derecho de propiedad, pero también contra el derecho a la salud y a un ambiente limpio. Seguramente porque la todavía incipiente preocupación tuitiva del legislador por el medio ambiente, no siempre bien entendida, es respondida en la actualidad por una legislación dispersa y confusa (121) en la que se entremezclan distintos intereses tutelables pero a los que seguramente se adaptan con distinta eficacia los instrumentos elegidos.

En relación a este artículo 30, de manera particular dice el Tribunal Constitucional lo siguiente: Los criterios impuestos por este precepto responden a la *protección del demanio*, si bien no podemos entender demasiado lo que aduce a renglón seguido «no en su integridad física, pero sí, sin duda, en la preservación de sus características naturales y en particular en la de sus valores paisajísticos», salvo si se refiere exclusivamente a las pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, materia que difícilmente puede entenderse desligada de la ordenación urbanística (122), pero

---

(120) Vid. LOBATO, *op. cit.*, pág. 29.

(121) R. MARTÍN MATEO, *Elementos del Derecho ambiental*, Sistema, noviembre 1991, pág. 25: «La legislación ambiental es en todos los países variada, dispersa y frecuentemente confusa, habiéndose aludido a una legislación furibunda, a un «maquis» jurídico técnico, a un aluvión legislativo, etc. En realidad podemos detectar tres tipos de normas: unas que constituyen simple prolongación o adaptación a las circunstancias actuales de la legislación sanitaria o higienista del siglo pasado y de la que, también en épocas anteriores, protegía al paisaje, la fauna y la flora; otras de cuño moderno y de base ecológica, aunque de dimensión sectorial, para el aire, el agua, el ruido, etc., y otras por fin más ambiciosas, que intentan conectar la interrelación de los factores en juego, recogiendo en una normativa única todas las reglas relativas al ambiente.»

(122) LOBATO, *op. cit.*, págs. 29-30. El precepto hace una previsión tan genérica de reserva de aparcamientos que ni se determina su cuantía ni se sabe si coincide con lo previsto en el artículo 28.2, si se han de añadir a los previstos con carácter general en la legislación urbanística o integrarse en ellos ni cuál será su titularidad; tampoco si hay que cederlos gratuitamente, si han de ser expropiados, quién ha de financiarlos o explotarlos.

Como señala ORTEGA GARCÍA. «Implicaciones urbanísticas de la Ley de Costas», *RDU*, 1989, pág. 296, existe una total discrecionalidad en algunas determinaciones de

no en relación a las reservas de aparcamiento. Descarta así, y de forma global, la inconstitucionalidad de las *limitaciones y servidumbres previstas en el título II de la Ley* (y con ella la de los arts. 6.1, 12.5 y 15, tít. I, por su conexión con las mismas), amparándose en este punto, para evitar un conflicto de competencias, a las que corresponden al Estado en legislación básica en materia de medio ambiente. Quizá con esto corramos el riesgo de utilizar el medio ambiente como escudo protector para disimular defectos técnicos de las normas (123).

No se trata de impedir el acceso mayoritario de personas que puedan dañar el entorno, ni siquiera de vehículos que contribuyen gravemente al deterioro y pueden ocasionar otros daños tanto a bienes de dominio público o privado, sino precisamente a permitir la afluencia, mejor ordenada, pero masiva en todo caso de usuarios, como si el llevar al máximo el principio de la propiedad como el derecho de no excluir a nadie... fuera una mejor forma de proteger el medio ambiente que para una mayor garantía debe contemplarse en el seno de la función social de la propiedad: podríamos resumirlo diciendo que el uso exclusivo por el propietario privado se presume contrario a la protección del ambiente, pero no si esa utilización se generaliza al mayor número de ciudadanos posible. Lo cual es una barbaridad y muestra de nuevo cómo en ese intento de legislar llevando al máximo los principios en cada parcela propicia las contradicciones y decaen los verdaderos fundamentos jurídicos; de ahí las reservas de suelo para aparcamientos de vehículos en cuantía que garantice el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito (124). Sin embargo, con ello también se está fomentando el turismo como una actividad generadora de riqueza otro de los intereses que el Estado ha de promover.

### **La garantía expropiatoria del artículo 33.3 de la Constitución**

Muy interesantes son las apreciaciones generales sobre las disposiciones transitorias:

la Ley de Costas En el mismo precepto y en lo relativo a cuestiones que parecen más declaración de intenciones, la regla es también la generalidad

(123) Si bien en la Exposición de Motivos de la Ley se argumenta con convicción. «.. la presente Ley se contrae a la definición de las condiciones básicas para el ejercicio de ese derecho en los mencionados terrenos y trata de asegurar la efectividad del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber de conservarlo». Considera de especial interés el título dedicado a la protección del dominio público marítimo-terrestre, en el que se establecen una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes

(124) Una auténtica redundancia con lo que por definición supone una servidumbre de tránsito, señala MORENO CANOVES, *Régimen jurídico del litoral*, Madrid. 1990, pág. 178.

El argumento central del recurso en relación a estas disposiciones es que se viola el artículo 33.3 de la Comunidad, si bien el Tribunal Constitucional recuerda que no puede tomarse en consideración este apartado de forma aislada, sino en una interpretación conjunta con el precedente.

Este esbozo de lo que va a ser el argumento final del Tribunal Constitucional, como en otros fallos precedentes, pone de manifiesto, a nuestro modesto entender, que lo que se exalta en el artículo 33 de la Constitución como valor fundamental es «la función social» (125) pese a los temores de algunos sectores y no el derecho de propiedad que permanece como punto de apoyo o de referencia, y que, en definitiva, la garantía del artículo 33, en relación al 53 del mismo texto, se entiende referida ya a dicha función (como su instrumento último) y no al derecho. Como declaraciones de principios en todos los fallos se reconoce como punto de partida y, como no puede ser menos, ante la literalidad del precepto constitucional; pero ahí termina todo. La función social, tan importante concepto, suena a veces a «comodín», siendo tan trascendente su papel de doble límite para el propietario y la Administración. No se declara concretamente cuál es el contenido esencial de la propiedad, pero se amplía sin límites y constantemente el de la función social de la propiedad.

El argumento es, por otro lado, no respetar el párrafo 3.º, es decir, dando por buena la *causa expropriandi* (también la función social es generadora de limitaciones en sentido estricto y en el más extremo de la expropiación), no señalar indemnización alguna a privaciones del derecho de propiedad. El propio ponente lamenta no poder contestar con las ya conocidas manifestaciones de las Sentencias 111/1983 ó 37/1987. Entiende entonces que los recurrentes alegan que sea cual sea el contenido esencial de la propiedad, el régimen jurídico no puede ser alterado sin indemnizar a los propietarios *por la privación de sus derechos o de simples facultades*. Y parece evidente esa posición, no es necesaria la ablación del «derecho» en su totalidad para ser necesaria la indemnización, ésta vendrá moderada por la proporcionalidad al recorte de derechos o facultades (de privación habla el art. 33.3 CE) ocasionados, pero no a la existencia de una pérdida total y no en la parcial. Por otra parte, conocida la doctrina precedente del Tribunal Constitucional, incluso la esgrimida en esta sentencia respecto a otros preceptos, resulta baldío discutir ya sobre el «pretendido» contenido esencial del derecho de propiedad y sus confines; quizá por ello sólo queda defender por lo menos la última garantía constitucional (ese derecho a recibir una compensación

---

(125) De esta forma tendríamos que dar la razón a quienes de la forma más rotunda han venido defendiendo que la propiedad es exclusivamente una función, no un derecho, y que el propietario no es sino una suerte de funcionario (DUGUIT, «La propiedad, función social», en *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, 1912)

económica a la que se refiere, entre otras, la STC 37/1987). Seguramente los recurrentes entienden también que la función social (quizá en este caso la utilidad pública) está suficientemente probada en estos casos, pero no suficientemente garantizados los derechos del propietario. La duda por parte del ponente podría hacernos pensar que él también se plantea la posible intromisión en el contenido mínimo del derecho de propiedad, incluso de este derecho de propiedad de terrenos próximo al dominio marítimo-terrestre.

Y después, aun reconociendo que no son válidos los argumentos ya expresados en otras ocasiones, los retoma a través de una nueva utilización de la función social para justificar la no indemnización. Considera entonces que la función social no actúa sólo en abstracto, sino de manera concreta en relación con las distintas clases de bienes, y ese es uno de esos casos. «El legislador puede establecer en consecuencia regulaciones distintas de la propiedad en razón de la naturaleza propia de los bienes y en atención a las características generales de éstos, como es, en el caso que ahora nos ocupa, la de su contiguidad o proximidad respecto del dominio público marítimo-terrestre». Si lo interpretamos como se propone a la vista del párrafo anterior, se entiende que esa proximidad es ahora la «función social» de esta propiedad, y eso creo que es excesivo considerarlo como conformador de este concepto o contenido de propiedad y, por tanto, no objeto de indemnización, y como lo es igualmente considerar que la posibilidad de llevar a cabo distintas regulaciones puede alcanzar a dar un distinto trato en la cuestión indemnizatoria que es la que se debate.

La conclusión final en modo alguno es desdeñable para el jurista: «No es tarea propia de este Tribunal la de mediar en la disputa dogmática acerca de si estas normas que disciplinan la propiedad sobre determinados géneros de bienes delimitan el contenido propio de diversas formas de propiedad o, siendo ésta una institución única, son más bien limitaciones que al propietario se imponen en razón de naturaleza de los bienes. Lo que sí conviene subrayar es *que las limitaciones introducidas con carácter general en el capítulo II de la Ley, como los meros cambios legislativos, aun cuando impliquen una restricción de los derechos (o simples facultades) que antes de él se tenían no implica necesariamente privación de derechos que permita, en consecuencia, exigir la indemnización que el artículo 33.3 garantiza*». Dando por bueno que se constituya un nuevo tipo de propiedad o un estatuto propio, en modo alguno es contradictorio con el hecho de que determine una extraordinaria mutación en el derecho adquirido y ostentado por los titulares actuales. No cabe apoyarse en el artículo 132.2 CE, que por otra parte se está refiriendo de forma directa a bienes del dominio público; también podría discutirse esa afectación, pero no abarca dicha declaración a todos los terrenos a los que alcanza la Ley.

A juicio del Tribunal Constitucional, «sustraer del comercio privado terrenos que forman parte de la ribera del mar no es una regulación del derecho de propiedad y en consecuencia no puede decirse que las normas que disponen tal sustracción restrinjan o limiten más allá de lo necesario ese derecho. Cosa bien distinta es que la eliminación de los derechos de propiedad existentes sobre terrenos que la Constitución española incorporó al demanio pueda ser considerada como privación de tales bienes y haya de dar lugar, por consiguiente, a una indemnización, pues ésta es cuestión que atañe al respecto de la garantía expropiatoria que la propia Constitución española reconoce».

Creo que se mezclan cosas diversas, pero las consideraciones hechas con carácter general se contradicen y resultan chocantes con el sentido de las garantías constitucionales al Derecho de propiedad. Por otra parte, si no se está regulando propiedad, ¿qué se hace? Y si no se regula porque previamente se alude a la posibilidad que el legislador tiene de distintas regulaciones de la propiedad considerando a renglón seguido la de la Ley de Costas como una de ellas.

No se discute que existan argumentos, y de peso, como el mandato constitucional del artículo 132, que lo aconsejen razones de interés general, de seguridad nacional, de disfrute generalizado de los españoles, de una mejor salvaguarda de las costas e, incluso, protección del medio ambiente; pero no todas estas finalidades permiten ignorar cualquiera de los mandatos del artículo 33 en la gradación marcada, reconocimiento del derecho, derecho interpretado y ejercicio a la luz de la función social de la propiedad y que en los casos más extremos cuando dicha función determine privaciones de derechos se establezca una indemnización. No es posible, por tanto, en caso contrario, convertir a la función social en concepto fácilmente transmutable que tan pronto forma parte de la estructura y del concepto de derecho de propiedad como lo informa, lo limita, lo garantiza, porque entonces conceptos jurídicos y no jurídicos (126) entremezclados, utilizados sin uniformidad de criterio y contradictoriamente deslegitiman las actuaciones que le son propias.

La consideración, en suma, de que la existencia de enclaves de propiedad privada en el territorio demanial no puede impedir al legislador regular el uso del dominio público natural en los términos que considere adecuados a su naturaleza no explica que determinadas limitaciones impuestas sean de tal alcance que generen la obligación de indemnizar.

---

(126) Para DE LOS MOZOS, «la función social de la propiedad no es un concepto jurídico en sentido propio y no se puede poner en el mismo plano que el concepto de propiedad», *La legislación agraria y la garantía constitucional de la propiedad*, en *Derecho agrario autonómico*, Universidad de Oviedo, 1991, pág. 389.

Se aprecia una laguna importante en la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, párrafo 1 (127), para considerar o no la existencia de indemnización por su transformación en concesión, laguna que ha venido a llenar el Reglamento posteriormente y de nuevo el Tribunal Constitucional utiliza en la resolu-

(127) «Que no cabe hablar de inexistencia de indemnización es cosa evidente. Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada *opes legis*, por la privación de título dominical. La relación entre expropiación y conversión del título, de una parte, y la naturaleza compensatoria de la concesión que se otorga, de la otra, no aparecían tal vez con absoluta nitidez en la propia Ley, que daba a los propietarios el plazo de un año para solicitar dicha conversión y no ofrecía solución alguna para el supuesto de que se dejara transcurrir ese plazo sin cursar la solicitud. El desarrollo reglamentario de esa norma (DT 1.<sup>º</sup> Regl. General) al ordenar a la Administración que, de oficio, otorgue la concesión cuando se hubiera agotado el plazo para solicitarlo, vino a llenar esa laguna e hizo patente que se trata, en efecto, no de una libre opción, sino de una decisión expropiatoria en la que es la Ley misma la que fija el *quantum* de la indemnización. Esta verificación es el punto de partida obligado del análisis de la impugnación, que, como decíamos antes, aduce la violación de dos artículos constitucionales, el artículo 33.3 y el 24.»

(...) De otro lado, (...) nada impide, naturalmente, que los afectados por la expropiación *puedan impugnar ante la jurisdicción competente el acto administrativo de conversión de su título dominical en título concesional* para deducir ante ella las pretensiones que estimen frente al mismo» [FJ 8 a)] La pregunta que cabría hacerse es de qué forma podría alegarse con éxito tales pretensiones por aquellos que hayan solicitado la conversión e, incluso, por aquellos a los que se le aplica de oficio, si el acto administrativo se ciñe exclusivamente a lo previsto en la Ley y el Reglamento de Costas. Habría que recordar aquí que respecto a la Ley de Aguas el Tribunal Constitucional ni siquiera considera que dicha expropiación cuando la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales utilizados o modificación del régimen de explotación se extienda obligatoriamente a toda la explotación. En este supuesto la decisión de incrementar corresponde libremente al interesado y, por tanto, «*se trata de una nueva transformación voluntaria del derecho originario*» (S. 227/1988, de 29 de noviembre). O también habría que recordar el voto particular a la Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre, del Magistrado Rubio Llorente, para quien los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983 hacen imposible que los titulares de los bienes expropiados puedan ejercitar el derecho de una tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución que es el Ponente de la Sentencia que nos ocupa ahora, si bien el peculiar supuesto de hecho y el instrumento jurídico empleado en aquella ocasión hacen difícilmente extrapolables los argumentos utilizados. Sin embargo, es interesante tener en cuenta que en aquel caso señala que «En lo que disiento radicalmente es en la estimación de que también hay posibilidad de tutela judicial (y, por tanto, respecto del art. 24.1 de la Constitución, legitimidad constitucional), frente a la transgresión del derecho a que la expropiación no se produzca si no es por causa justificada de utilidad pública o de interés social. Para demostrar lo insostenible de esta tesis basta con recordar que en nuestro Derecho ni la jurisdicción constitucional forma parte del Poder judicial, ni cabe el recurso de amparo frente a las leyes, ni puede reducirse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a la posibilidad de pedir a un Juez o Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad en términos abstractos basada sólo en las dudas que albergue el órgano proponente y sin que exista siquiera la posibilidad de que el autor de la petición (titular del derecho) comparezca ante nosotros en defensa de su tesis»

ción el recurso del *ius superveniens* al momento del planteamiento del recurso (en este caso los recursos) de 1988.

Así ocurre también en relación al apartado 3 de la misma disposición transitoria que prevé la problemática que se plantee a raíz del deslinde que se realizará en aquellos tramos de costa en que el dominio público marítimo-terrestre no esté deslindado o lo esté parcialmente. Dicha operación puede originar la privación de derechos y el Tribunal reconoce que daría lugar a la impugnación del precepto por no contemplarse compensación alguna, si bien tal dificultad se ha salvado en las disposiciones transitorias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del Reglamento, dando el mismo tratamiento a estas situaciones que a las contempladas en la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>4 de la Ley. Interpretada así la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>3 de la Ley puede ser mantenida.

De alguna forma estas normas contenidas en el Reglamento y que salvan las lagunas que se producen, lo reconoce así el Tribunal, en la Ley, así como aquellas otras vías que veíamos en la sentencia precedente, permite mantener el texto de la Ley aun a costa de su imperfección técnica, de su oscuridad y de la necesidad de constantes aplicaciones analógicas que no son origen sino de conflictos y pleitos innecesarios [ver FJ 8B —b), c) y d)—]. Como también lo es la penosa obligación impuesta a los titulares privados de sus derechos de acudir a los Tribunales en busca de una sentencia para obtener los «beneficios» otorgados en la Ley a los que ya tienen sentencia firme (así lo aconseja esta sentencia en distintas ocasiones), porque el título (la inscripción registral) (128) no es suficientemente fuerte, aunque nos queda la duda de que la Ley pueda ser interpretada de modo que una sentencia obtenida con posterioridad sirva en el sentido de la Ley que

---

(128) Ver Fundamento Jurídico 8 sobre disposiciones transitorias en el apartado c). «El apartado 2.º de esta disposición transitoria 1.ª se ocupa del problema que plantea la existencia sobre la zona marítimo-terrestre o playas de titularidades dominicales amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque no declaradas por sentencia judicial firme (...) «La reducción, que en este caso tiene el valor de la compensación impuesta por la Ley, en relación con los dos supuestos antes estudiados, tiene su justificación, en principio, en la mayor debilidad del título. Una cosa es, claro está, una sentencia judicial, y otra bien distinta una inscripción registral, pues aun prescindiendo del hecho, bien sabido, de que entre nosotros la inscripción registral da fe de la validez del título, pero no de la realidad física del bien a que éste se refiere, es claro que frente a la notoriedad del carácter público de la zona marítimo-terrestre la existencia de títulos inscritos en el Registro en los que se señale como linderos de la finca “el mar” o, a veces, incluso, un país extranjero “mar por medio” no pueda fundar la afirmación de una efectiva titularidad dominical

Pese a ello, tampoco cabe pasar por alto el hecho de que, en ocasiones, la inexistencia de una sentencia judicial firme puede deberse al hecho de que la Administración no hizo uso, tras el deslinde de las acciones judiciales dirigidas a invalidar el título que se le oponía y que, en consecuencia, el titular registral se ve colocado en una situación más desfavorable justamente como consecuencia de la anterior inactividad de la propia Administración »

en la disposición transitoria 1.1 se refiere a sentencias firmes previas. La «fortaleza» habrá de ser probada por el propietario cuando su situación se debe a la pasividad de la Administración, como reconoce el Tribunal Constitucional y en procedimiento que inicie aquél no se sabe muy bien frente a qué. La diferencia de trato si no se alcanza esa sentencia y se acepta por la autoridad competente después es notable. Y el Tribunal recurre a esa intrincada labor interpretadora cuando sería mejor, en aras de la seguridad jurídica, una Ley clara que no precise de reglamentos que la reelaboren.

«Por último (...) —sostiene el Tribunal—, que no cabe imputar a esta disposición transitoria 3.ª vulneración alguna de la garantía expropiatoria sancionada en el artículo 33.3 de la Constitución, pues la fijación y la regularización de las limitaciones a las propiedades colindantes al dominio público marítimo-terrestre que por razón de la protección de éste y del medio ambiente se establecen en el título II de la Ley, aparecen plenamente justificadas constitucionalmente (art. 33.2 CE) y por ello, y de acuerdo con lo ya dicho en el apartado A) de este fundamento, no pueden ser consideradas como expropiaciones *strictu sensu*».

El Tribunal Constitucional está llevando a cabo suficientemente lejos aquello que ya sostuviera en sentencias previamente expuestas, en el sentido de que la expropiación no es ya un instrumento negativo, sino uno positivo que permite «el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad» (129). Pero también debe seguir teniendo presente que el propio Tribunal ha destacado cómo la expropiación se incorpora al contenido y significado del artículo 33 como garantía del derecho de propiedad privada.

Se exaltan, pues, claramente ya a lo largo de numerosos fallos del Alto Tribunal, y pese a insistir en la unidad interpretativa del artículo 33 de la Constitución, los párrafos 2.º y 3.º frente al 1.º, esto es el concepto de

---

(129) Sentencia 166/1986, de 19 de diciembre:

«La expropiación forzosa se concibe en los orígenes del Estado liberal *como último límite del derecho natural, sagrado e inviolable, a la propiedad privada* y se reduce, inicialmente, a operar sobre bienes inmuebles con fines de construcción de obras públicas. La transformación que la idea del Estado social introduce en el concepto del derecho de propiedad privada al asignarle una función social con efectos delimitadores de su contenido y la complicación cada vez más intensa de la vida moderna, especialmente notable en el sector económico, determinan *una esencial revisión del instituto de la expropiación forzosa, que se convierte, de límite negativo del derecho absoluto de propiedad, en instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social*, frente al cual el *derecho de propiedad privada* tan sólo garantiza a su titular, ante el interés general, *el contenido económico de su propiedad, produciéndose paralelamente un proceso de extensión de la expropiación forzosa a toda clase de derechos e intereses patrimoniales y a toda categoría de fines públicos y sociales.*»



función social y el instrumento de expropiación (130) en aras de la misma frente a la tutela del derecho de propiedad (como institución y también) como derecho individual. Y con todo ello, aunque muchas veces no sea en último extremo así, se está dando la imagen de que el dominio no sólo es elástico, sino que puede llegar a ser tan moldeable como los intereses políticos del momento lo aconsejen, olvidando con ello o al menos creando la confusión sobre una idea que en teoría deja también muy clara el Tribunal Constitucional, que la Constitución reconoce un derecho subjetivo, con un contenido esencial que no puede quebrantarse legítimamente en contra de las garantías establecidas. A pesar de las transmutaciones sufridas en distintas leyes en las que se practican conversiones de un derecho real en derecho de crédito o en mera concesión, una mayor concreción permitiría una seguridad jurídica en torno a la configuración del concepto de propiedad constitucional que aún no se ha encontrado, aunque como hemos intentado mostrar, quizá sin conseguirlo, se hayan trazado ya los esquemas, quizá demasiado condicionados por los supuestos de hecho que lo sustentan, por la mecánica de los recursos planteados y por las propias pretensiones y planteamientos de los recurrentes.

En definitiva, de los planteamientos del Alto Tribunal se aprecia una firme decisión de adoptar los criterios que juegan hoy en el Derecho italiano en esta materia donde la idea de contenido se orienta, como vimos, por la vía de la configuración no indemnizable de derechos de los particulares. Y el problema de la expropiación se plantea frente a las intervenciones singulares, ya que en las intervenciones generales sólo se da la garantía de reserva de Ley.

La función social en la Constitución española aparece como criterio delimitador (131) y no como un conjunto de deberes especiales sancionados por normas especiales, e inserta entre el titular del derecho y la cosa un factor de instrumentalidad de condicionalidad de modo que la tutela constitucional se otorga en cuanto que el poder que se ejerce en la relación jurídica se desarrolla según ciertas formas que se entienden necesarias para obtener una mayor utilidad colectiva y que puede no coincidir con el interés personal (132).

---

(130) A pesar de que en el voto de seis Magistrados en la Sentencia 111/1983 se recordaba que la llamada «garantía expropiatoria» en él incluida (art 33 3) *no constituye un derecho distinto del de propiedad, sino una garantía de su contenido*; pero por muy flexible que quiera hacerse la interpretación del verbo afectar «resulta claro que se afecta a un derecho cuando se priva del mismo a su titular»

(131) MONTES, *op cit.*, pág. 183.

(132) No es una novedad que los derechos subjetivos no se dan nunca en estado puro, sino en el seno de relaciones o de posiciones jurídicas que lo son en cuanto el Ordenamiento las ha tipificado partiendo de la realidad social (derechos de crédito o derechos reales limitados) El propietario es, pues, titular de una posición compleja que

Ello lleva a determinar los límites de tolerabilidad de la intervención del Estado sobre derechos que para no perder su esencia han de mantener una *cierta posibilidad de expandirse en una esfera de autonomía* aunque sea reducida; de este modo habrá que evitar una valoración del ejercicio del derecho confiada a la mera discrecionalidad del Juez o de la Administración pública, lo que significaría la abolición del derecho de propiedad. Pero aun así no se agota la problemática de descubrir ni el contenido esencial ni el propio alcance de la función social, eminentemente cambiante por la sociedad, su realidad histórica y el conjunto de necesidades correspondientes: la propiedad no tiene contenido apriorístico, sino diversificado y dependiente del interés público, de lo que exija en cada caso el principio de solidaridad o de las exigencias de la comunidad. Y ahí radica especialmente la problemática que llevará a que el Tribunal Constitucional haya de conocer de muchos recursos de inconstitucionalidad, no por mero capricho de quienes los insten en la defensa de sus propias convicciones o por la realidad de intervenciones de las Administraciones públicas contrarias a la garantía constitucional y limitadoras del contenido esencial más allá de las exigencias de la colectividad, sino por la dificultad de concretar de una vez por todas criterios fiables y objetivos que den seguridad suficiente del ámbito de actuación de propietarios y Administraciones públicas (133). Argumentación esta que casi de forma profética realizaba en 1980 MONTES y que hoy la estamos constatando, y aquí he intentado demostrarlo mínimamente, a través del análisis de una buena parte de importantes fallos del Tribunal Constitucional condicionada la selección por el parámetro del medio ambiente.

MARÍA JESÚS MORO ALMARAZ  
Profesora Titular de Derecho Civil  
de la Facultad de Derecho de Salamanca

---

se compone de derechos y deberes. De este modo la solidaridad impondría una «reducción» dominical, pero no alteraría su esencia: se sigue caracterizando *por el señorío pero dentro de un núcleo reducido*, esto es, rodeado de un cerco de límites y de deberes personales (ver BARASSI, *La proprietà nel nuovo Codice Civile*, 2.<sup>a</sup> ed, Milano, 1943, págs. 166-167).

(133) MONTES, *op cit*, págs. 193-196.

# La legitimación pasiva ante deudas pretendidamente gananciales contraídas por uno de los cónyuges

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR.—II EL PROBLEMA DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: 1. DERECHO POSITIVO: a) *Derecho vigente*. b) *Derecho derogado*.—2. FUNDAMENTO EN EL DERECHO ACTUAL. 3. LA INTERVENCION PROCESAL DEL ESPOSO NO DEUDOR. 4. DECLARACIONES JURISPRUDENCIALES: a) *Acciones reales*. b) *Litigio que afecta al título de ocupación de la vivienda habitual familiar*. c) *Ejercicio de división de cosa común* d) *Cónyuge comerciante*. e) *Acciones obligacionales*.—III. MARCO PROCEDIMENTAL PARA ACREDITAR LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA: 1. PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y PENALES. 2. PROCEDIMIENTO DE APREMIO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. LAS DEUDAS TRIBUTARIAS.—IV CONCLUSIONES

## I. PRELIMINAR

En el Código Civil —CC— vigente, ante las deudas contraídas por una persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales, durante la vigencia del mismo, supuesto que el patrimonio privativo del cónyuge deudor queda siempre sujeto a responsabilidad (art. 1.911) se ha previsto, en función del carácter del débito, una doble consecuencia a efectos de responsabilidad con el acervo ganancial: existen una serie de obligaciones —«deudas propias» o, mejor, privativas— que sólo facultan al acreedor, ante el incumplimiento de su deudor, para embargar dicho patrimonio con carácter subsidiario, previa excusión de los bienes privativos del esposo deudor y confiriendo al otro consorte, a quien ha de notificarse el embargo, la posibilidad de liberar de la traba la parte que tenga interesada en «la sociedad conyugal», según previene expresamente el artículo 1.373 (1); al

---

(1) Otra cuestión es el mecanismo a través del cual el cónyuge del ejecutado puede hacer valer el derecho de sustitución que le confiere en el plano sustantivo el artículo 1.373, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

margen de estos supuestos, el legislador ha dispuesto que, ante la asunción por uno de los esposos de una serie de obligaciones —«gananciales»— y el consiguiente incumplimiento de las mismas, el acreedor pueda dirigirse directa e indiscriminadamente sobre la totalidad del activo ganancial para resarcirse de su crédito.

Sobre este último tipo de débitos —«gananciales»— recaerá en este momento nuestra atención, en concreto sobre los aspectos procedimentales de los mismos, especialmente sobre los problemas derivados de la legitimación pasiva, cuestión que ha desencadenado una amplia litigiosidad, sobre la que ha recaído una oscilante jurisprudencia y que, en fin, demanda, de manera urgente, una solución judicial clara, aunque sólo fuese por imperativo del más elemental principio de tutela judicial efectiva.

Todavía, en estas líneas introductorias, conviene apuntar, siquiera brevemente, los presupuestos de los que aquí se parte: aceptado que el legislador, por diversas circunstancias, permite que el patrimonio ganancial *in genere* quede sujeto a responsabilidad ante la asunción de obligaciones por uno de los esposos, al acreedor le corresponde, si quiere beneficiarse de tal ventaja, probar que su crédito se encuentra ubicado en alguno de tales supuestos excepcionales, pues en la actualidad no se presume que las deudas contraídas por una persona casada bajo el régimen legal tienen tal carácter «ganancial», como, con acierto ha venido sosteniendo la DGRN (2) y, además,

---

—DGRN— de 24 de septiembre de 1987 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi —RJA— 6572) y de 25 de marzo de 1988 (RJA 2567) se considera suficiente dirigirse al Juez que ordenó el embargo pidiendo que en la traba se sustituyan los bienes gananciales embargados por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad y en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª —SSTS—, de 6 de diciembre de 1989 (RJA 8805) y 26 de noviembre de 1990 (RJA 8950) se admite la tercería de dominio interpuesta por la mujer del deudor; sin embargo, es lo cierto que al cónyuge deudor ni siquiera se le concede audiencia y, cuando interpone la tercería de dominio para ejercitar los derechos que le confiere el artículo 1.373, nuestros Tribunales, después de negarle su condición de tercerista, lo remiten a que ejercite la facultad concedida en el artículo 1.373 por el cauce procesal que estime oportuno: SSTS de 13 de julio de 1988 (RJA 5992), 16 de mayo y 19 de julio de 1989 (RJA 3768 y 5227)..., solución que consideramos generadora de una auténtica indefensión para el consorte del deudor y de una situación de privilegio para el acreedor al margen de las previsiones del legislador, *vid.*, entre las últimas, también el rechazo de la tercería del dominio en SSTS de 26 de septiembre de 1988 (RJA 6859), 20 de marzo de 1989 (RJA 2186), 12 de junio y 2 de julio de 1990 (RJA 4754 y 5765) y 19 de febrero de 1992 (RJA 1320), si bien en ocasiones por un defectuoso planteamiento procesal del cónyuge no deudor o por concluirse que se trata de deudas gananciales

(2) *Vid.* sobre la no presunción del carácter ganancial de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, requiriendo, para que la ejecución se extienda también a los gananciales, que la sentencia dictada declare de forma indubitada su responsabilidad directa, Resoluciones de la DGRN de 16 de febrero, 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 de noviembre y 12 de noviembre de 1987 (RJA 1067, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero y 18 de marzo de 1988 (RJA 207 y 2467), 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991

con arreglo al Derecho vigente, «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida» (art. 71 CC) y, en fin, que para que ello suceda, para que el patrimonio ganancial quede sujeto a responsabilidad de manera indiferenciada y directa, es preciso, como regla general, que hayan asumido la obligación ambos esposos (art. 1.367 CC) (3).

Sentado esto, que recae sobre el acreedor la carga de la prueba de la condición ganancial de las deudas contraídas por uno de los cónyuges sin el consentimiento de su consorte y prescindiendo de analizar en detalle cuáles son los presupuestos necesarios requeridos por el legislador para que pueda calificarse una deuda individual como apta para desencadenar directamente la afección del acervo ganancial *in genere* (a nuestro juicio, arts. 1.365-1.368 CC y 6-9 del Código de Comercio —CCom—) (4), centrare-

---

(RJA 4516, 4518 y 5444); véase, en cambio, STS de 25 de noviembre de 1991 (RJA 7979), en la que, *obiter*, se afirma que la prueba debe recaer sobre los esposos «por tratarse de una gestión doméstica cuyas particularidades íntimas escapan a cualquier acreedor»; *vid* también, entre otras muchas, SSTs de 20 de marzo de 1989 (RJA 2186) y 15 de marzo de 1991 (RJA 2261), donde se utiliza el criterio del interés de la familia como presunción del carácter ganancial del débito de uno de los esposos, amplia información respecto de la aceptación por la doctrina de las conclusiones de la DGRN en SERRANO GARCÍA, *Las deudas de los cónyuges Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Barcelona, 1992, págs. 112-114, especialmente nota 175, en pág. 114

(3) *Vid* STS de 3 de junio de 1988 (RJA 4737), donde se destaca que del principio rector en sede de obligaciones consagrado en el artículo 1.367 se deduce que no existe indiscriminadamente «la posibilidad de afectar a los bienes comunes por la sola voluntad de uno de ellos», pues «el artículo 1.367, al establecer que los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, está revelando con esa genérica normativa que no responden, también genéricamente, de obligación contraída por uno de ellos sin el consentimiento del otro», en igual sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Madrid, Sección 19, de 3 de febrero de 1992 (*Revista General de Derecho —RGD—*, junio 1992, núm. 573, págs. 5765-5770) En la doctrina, con claridad y de modo tajante, exponen que en la reforma de 1981 el principio general es la cogestión y codisposición LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, vol. 1.º, 3.ª edic. (reimpresión actualizada), Barcelona, 1990, págs. 449-450; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, t. XVIII, vol. 2.º, Madrid, 1984, pág. 341, TORRES GARCÍA, «La administración de los bienes comunes», *Revista de Derecho Privado —RDP—*, 1985, pág. 732; RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pág. 69, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, págs. 62-66, citando estos dos últimos autores las opiniones de cierto sector doctrinal discrepante con tal conclusión.

(4) El TS (SS. de 20 de marzo y 19 de julio de 1989 —RJA 2186 y 5727—, de 2 de julio y 22 de octubre de 1990 —RJA 5765 y 8031—), generalmente ha considerado también que los supuestos a los que se refiere el artículo 1.362 permiten que la responsabilidad consecuente pueda hacerse efectiva indiscriminadamente sobre el patrimonio ganancial, lo que no nos parece correcto, pues tal precepto se refiere a la relación interna entre los esposos a los efectos de determinar sobre qué patrimonio, el ganancial

mos nuestra atención en uno de los problemas que, como se ha adelantado, más conflictividad ha suscitado en la práctica forense, consistente en la forma de articular procesalmente la intervención en el pleito del esposo no deudor, cotitular de los mentados bienes gananciales, no con la finalidad de liberar de la traba una «parte» de los mismos al amparo del artículo 1.373 del Código Civil, sino, por lo que ahora nos interesa, en el momento previo al embargo, a los efectos de poder discutir la calificación —condición ganancial o no— de la deuda contraída por su consorte, finalizando el presente estudio con el análisis del marco procedimental adecuado para acreditar la ganancialidad de la deuda, así como con el ineludible corolario de cuanto se exponga.

## II. EL PROBLEMA DEL LITICONSORCIO PASIVO NECESARIO

### 1. DERECHO POSITIVO

#### a) *Derecho vigente*

A nuestro juicio, adelantando las conclusiones que a continuación se desarrollarán, de los textos legales vigentes se deduce que cuando el acreedor, ante una deuda contraída en solitario por un cónyuge, pretenda agredir directamente los bienes gananciales, necesariamente habrá de invocar la norma excepcional en cuya virtud la actividad individual desata primariamente la responsabilidad con el acervo ganancial *in genere*, y resulta obligado que dirija su demanda, con petición de condena, contra el esposo deudor y que, igualmente, se dé traslado de la misma al otro consorte, corresponsable a los solos efectos de los artículos 1.369 del Código Civil y 144 del Reglamento Hipotecario —RH— si se trata de inmuebles inscritos, en cuanto cotitular de los bienes gananciales, para que el no deudor

---

o el privativo del cónyuge que contrajo la deuda, recaerá definitivamente el gasto, y de lo contrario quedarían prácticamente sin posibilidad de aplicación los artículos 1.364 y concordantes (arts. 1.319/3, 1.398/2.º, 1.398/3.º, 1.403...), referidos a los oportunos reintegros y reembolsos en dicho ámbito interno; tampoco compartimos el reiterado criterio jurisprudencial en cuya virtud se presume el carácter ganancial de las deudas individuales sobre la base de la presunción de la actuación de cada esposo en interés de la familia (*retro* nota 2 *in fine*) y, de igual modo, consideramos que la prueba de actuación en interés de la familia no tiene ninguna virtualidad para determinar si la sujeción a responsabilidad con el acervo ganancial, a diferencia de lo que sostiene, por ejemplo, en la STS de 16 de noviembre de 1990 (RJA 8950); *vid.*, en el mismo sentido, y allí información de opiniones en contrario, LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, págs. 420 y 436, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 45-52, RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 33 y 41-43, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 46-49, 342, 343, 368, 369 y 435-444

pueda discutir también la calificación —condición ganancial o no— del débito (5) y sin que el acreedor pueda agredir los bienes privativos de este último salvo que pruebe que se trata de una deuda incluida en el artículo 1.319.1 del Código Civil, siendo en tal caso la responsabilidad subsidiaria, o que, tratándose de una carga del matrimonio que personalmente esté obligado a levantar, conforme al artículo 1.318.1 del Código Civil, el tercero ejercite una acción subrogatoria (art. 1.111 CC) en reclamación de contribución a las cargas del matrimonio no efectuada al cónyuge no deudor (6).

En efecto, como se señala en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de julio de 1986 (7), «si la responsabilidad por las deudas de uno de los cónyuges se quiere que afecte a los bienes de la comunidad, deberá demandarse también al otro cónyuge no para que sea condenado al cumplimiento de la deuda a la que es ajeno, sino con la única finalidad que pueda impugnar la responsabilidad de los bienes comunes por esa concreta deuda; y este es el criterio que, con algunas correcciones, sigue

---

(5) Cfr en igual sentido LACRUZ BERDEJO, *op cit*, págs. 437-438, DE LOS MOZOS, *op cit*, págs 257 y 312, para quien «el acreedor debe demandar al cónyuge deudor. . y a su cónyuge como cotitular de la sociedad de gananciales, a los efectos de la efectividad de la condena» (pág. 312); CANO FERNÁNDEZ, «Un tema de oposición», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario —RCDI—*, 1983, pág. 1275, que propone «acudir al sistema ya admitido procesalmente por los Tribunales de dirigir la demanda también contra el cónyuge no deudor a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario», TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, vol II, págs. 1718-1719, y REBOLLEDO VARELA, «Deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales», *La Ley*, 1986/2, págs. 600 y 603, quien lamenta que «...poco a poco se va perdiendo el uso de la fórmula “a los únicos efectos de lo previsto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario” cuando también se demanda al cónyuge no contratante y se interpone la acción contra éste como si, en unión de su esposo o esposa, fuera deudor»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, págs. 251-252 y 274, y *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 690; también RAGEL SÁNCHEZ, *op cit*, pág. 48, nota 135, señala que «se deberá indicar una fórmula que aclare la intención del demandante, como pudiera ser “se demanda también al cónyuge no deudor, a los efectos del artículo 1.369 del Código Civil”, si se pretende agredir directamente los bienes gananciales (o .. “a los efectos del párrafo segundo del art. 1.319” si la deuda tiene carácter doméstico)», si bien admite para probar el carácter ganancial de la deuda contraída por un cónyuge no sólo que sean demandados ambos esposos, sino también que se solicite la notificación de la existencia del procedimiento al no deudor (*ibidem*, págs. 49 y 78).

(6) Cfr LACRUZ BERDEJO, *op. cit*, págs 437-438; DE LOS MOZOS, *op. cit*, pág. 326, y REBOLLEDO VARELA, *op. cit*, pág. 600, en contra, RAGEL SÁNCHEZ, *op cit*, pág. 60, sobre la base de la afirmación de LACRUZ de que «la pretensión de cada consorte a que el otro contribuya a las cargas es personalísima, intransmisble e inembargable y deriva inmediatamente del estado de cónyuge (*Elementos* .., cit, IV, 1984, pág. 116, donde, sin embargo, también admitía la *actio in rem verso* sobre la base del art 1.318 para el supuesto del art 1.319), que ya no figura en la actual edición

(7) RGD, marzo de 1987, núm 510, págs. 1126-1127.

el artículo 144 del Reglamento Hipotecario cuando los bienes afectados por la responsabilidad sean comunes e inmuebles», por lo que al haberse demandado sólo al marido deudor confirma la sentencia recurrida que había declarado que sólo a éste, único que contrató con la actora, «cabe exigir el cumplimiento de la obligación del pago del precio, por lo que la mujer fue correctamente absuelta de la demanda, quien, por otra parte, pudo ser demandada no para solicitar su condena, sino para que pudiera oponerse a la responsabilidad de los bienes comunes por la deuda reclamada al marido...»

Así, si el acreedor pretende que el patrimonio ganancial *in genere* responda directamente por tratarse de una deuda comprendida en los términos de los artículos 1.365 y concordantes al Código Civil, deberá de llevar a cabo «la designación de los cónyuges de los obligados a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario», como acertadamente se señala en la Sentencia de 11 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.<sup>a</sup>) (8), con cita en el mismo sentido de la Sentencia de la misma Sección de 26 de septiembre de 1989.

Esto es, por una parte, del hecho de que «de dicha deuda han de responder los bienes gananciales, no por ello han de ser aquéllas —las mujeres de los obligados— condenadas», en tanto que la responsabilidad con los gananciales por la actuación de uno «no implica que pueda condenarse a los cónyuges que no intervinieron en los contratos de cuyo cumplimiento se trata, puesto que con tal condena podría vincularse incluso los bienes privativos de las esposas, lo que en modo alguno deben responder de las obligaciones imputables a la sociedad de gananciales» (SS de la AP de Valencia, Sección 8.<sup>a</sup>, de 27 de enero y 11 de diciembre de 1990) (9); pero, por otra parte, desde luego, sólo llamando y trayendo a juicio a ambos cónyuges puede cumplirse la doctrina sentada, con muy buen criterio, por la DGRN de que una condena de pago dictada contra un cónyuge sólo podrá hacerse efectiva sobre sus propios bienes, precisándose, para que la ejecución se extienda también a los gananciales, que la sentencia dictada declare de forma indubitada su responsabilidad directa (10).

En consecuencia, reiteramos que ante una deuda contraída en solitario por un cónyuge es inadmisibles que se demande a los dos, con petición de condena frente a ambos, pues pedir a quien no debe constituiría *pluris petitio*, en tanto que el esposo del deudor es un tercero ajeno a la relación jurídico-material que se discute en el proceso, de tal modo que la obligación, en cuyo nacimiento no ha intervenido, derivada de la deuda contraída

---

(8) *Actualidad Civil* —AC—, 62/1991.

(9) AC, 62/1991.

(10) RDGRN de 28 de octubre de 1987 (RJA 7664) y la mayoría de las resoluciones citadas en la nota 2.



por su consorte es para él una *res inter alios acta*, pues como expresamente destaca la citada Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 20 de julio de 1988 (11), «sólo puede exigirse el cumplimiento de la obligación a aquel de los cónyuges que la haya contraído voluntariamente o que deba cumplirla según la Ley, no al otro consorte totalmente ajeno al vínculo obligatorio», por lo que el no deudor —supuesto que contra él se dirigiese y aceptase una demanda con petición de condena— podría pedir la nulidad del juicio al amparo de los artículos 533.4.º ó 1.467.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— (12); y asimismo resulta imposible que pueda interponerse la demanda contra la sociedad de gananciales, ya que ésta carece de personalidad jurídica (13).

Así pues, tratándose de deudas personales o propias, aunque no necesariamente resulten privadas, del esposo que ha originado la obligación, si el acreedor pretende responsabilizar directamente los bienes gananciales, la demanda con la correspondiente petición de condena ha de ser dirigida sólo contra el cónyuge deudor; pero puesto que el acreedor pretende obtener una declaración judicial expresa de afección directa de los bienes gananciales, en los que, sin duda, está interesado el otro esposo, también deberá de demandar al no deudor.

Ahora bien, la demanda contra el consorte del deudor no puede tener como pretensión que éste sea condenado al pago, que podría suponer, en todo caso, como hemos visto, un claro perjuicio para el esposo no actuante, en contradicción con lo dispuesto en los artículos 1.365 y 1.369 del Código Civil, que no imponen la responsabilidad sobre los bienes privativos del no deudor, dado que, en el supuesto de que el Juez, prescindiendo de consideraciones formales, admitiese tal demanda, la cualidad de demandado a todos los efectos del esposo no deudor le obligaría a responder con sus

---

(11) *RGD*, marzo 1987, núm. 510, pág. 1227.

(12) Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia*, t. I, 2.ª edic., Barcelona, 1974, pág. 273.

(13) Prescindiendo de exponer posiciones doctrinales ya superadas que pretendían atribuir personalidad jurídica a la sociedad de gananciales, así como antiguas resoluciones de la DGRN que no han encontrado eco posterior, que igualmente sostenían la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales (RRDGRN de 15 de junio de 1892 *Gaceta del Notariado* de 23 de septiembre de 1892— y 18 de febrero de 1986 *Gaceta* de 13 de marzo de 1986—), en la actualidad es uniforme la doctrina sostenida por el TS y la DGRN acerca de la consideración de «la especial naturaleza de dicha comunidad.. sin constituir una verdadera persona jurídica, distinta de la personalidad del marido y de la mujer» (RDGRN de 19 de octubre de 1927, Colección de SSTs publicada por la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* —RGLJ—, t. 177, n.º 101) *Vid.*, por todos, y allí amplia información sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. VALLET DE GÖYTISOLO, «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales» (reflexiones que continúan otras de JOSÉ LUIS LACRUZ en 1950), *Anuario de Derecho Civil* —ADC—, 1990, págs. 1021 y sigs.

bienes propios de la deuda contraída por su consorte, en tanto que una vez que se haya ordenado despachar ejecución contra él en caso de impago o de no consignación de precio, al ser requerido de pago, se procedería al embargo de sus bienes, incluso sus bienes privativos, siendo muy dudosa en tal hipótesis la prosperabilidad de una tercería de dominio por cuanto si se ha admitido la demanda y se ha despachado ejecución es porque se ha reconocido a ambos cónyuges como deudores a todos los efectos (14).

En conclusión, la demanda contra el esposo no deudor ha de explicitar que su finalidad se dirige a que éste soporte la ejecución sobre bienes gananciales, cumpliéndose sólo así el principio contradictorio y permitiendo, sólo de este modo, que tal cónyuge pueda actuar en defensa de tales bienes (lo que, por otra parte, le permite el art. 1.385.2 CC), bien, como señala LACRUZ BERDEJO (15), personándose en el juicio para alegar frente a tercero la no ganancialidad del crédito en cuyo cobro se acciona, o, asimismo, como certeramente añade PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS (16), para alegar que su consorte no tiene ya, al momento de interposición de la demanda, los mismos poderes que, al tiempo de la contracción de la obligación, permitían la responsabilidad directa con los bienes gananciales (art. 1.388 CC) o que la sociedad de gananciales ya no existe como tal por la disolución de la misma previamente a la demanda.

#### b) *Derecho derogado*

Tal fórmula de dirigir la demanda contra el cónyuge deudor con petición de condena y frente al no deudor a los solos efectos de agresión directa de los bienes gananciales había sido propuesta, con determinados matices, con ocasión de adecuar el artículo 144 del Reglamento Hipotecario en su versión de 1959 a la normativa sustantiva entonces vigente tras la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, desencadenante de la modificación del

---

(14) Cfr para el derecho derogado: DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», *ADC*, 1960, pág. 470; BATAJALLA GONZÁLEZ, «Bienes de la sociedad conyugal según el Código Civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria», *RCDI*, 1962, pág. 621, y LACRUZ BERDEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 470, y para el Derecho posterior a 1981, sin recoger la forma del Reglamento Hipotecario de 1982: RIFÁ SOLER, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, pág. 383; y ya para el Derecho vigente: RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 186; CARRASCO PERERA, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil —CCJC—*, núm. 12, pág. 4016, y GÓMEZ DE LA ESCALERA, «Las obligaciones “extracontractuales” de un cónyuge y el nuevo régimen de “responsabilidad” de los bienes gananciales (Especial consideración de las obligaciones derivadas de la circulación)», *La Ley*, 1985/1, pág. 1197.

(15) Cfr *Elementos*, cit., IV-1, pág. 437.

(16) Cfr *Derecho de familia*, cit., pág. 251, y *Comentario Ministerio*, cit., II, pág. 690.

Reglamento Hipotecario según DE LA RICA (17) y con el objeto de superar los inconvenientes de orden práctico que provocaba la exigencia de la demanda conjunta (18), entre otros, por DE LA CÁMARA (19) y por el profesor LACRUZ BERDEJO en su clásica obra de 1963 (20), en donde proponía que se interpusiese la demanda contra la mujer a los efectos del artículo 1.413 del Código Civil y había sido admitida, aun con reservas, por diversas resoluciones de la DGRN a partir de la Resolución de 11 de febrero de 1964 (21).

Sin embargo, poco después, HERCÉ QUEMADA, en 1966, en un artículo publicado con LACRUZ BERDEJO (22), objetó que «la demanda no podía

---

(17) DE LA RICA Y ARENAL, miembro de la Comisión redactora de la Reforma del Reglamento Hipotecario, justificaba la exigencia del nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario de dirigir la demanda contra marido y mujer precisamente porque «la última reforma del Código Civil, al exigir el consentimiento de la mujer para actos dispositivos de bienes inmuebles gananciales, tenía que repercutir también en los casos de enajenación de esa clase de bienes en virtud de procedimiento de apremio, judiciales o administrativos...; si no fuera así, si se estimara que en esa clase de enajenaciones —forzosas, realizadas como consecuencia de procedimientos de ejecución— no regía el artículo 1.413 del Código Civil, las previsiones de éste y su finalidad protectora de la mujer serían fácilmente burladas, pues bastaría para ello con la simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes “convenidos”...» *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1959, págs. 103-104

(18) Un amplio sector doctrinal (DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», cit. ADC, 1960, pág. 418, VALLET de GÖYTISOLO, «La crisis del Derecho», RGJL, 1962, pág. 457; BATALLA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 621, y COSSÍO Y CORRAL, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, pág. 113) había puesto de relieve que la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario a partir de 1959 de dirigir la demanda contra ambos cónyuges cuando se trate de bienes inmuebles gananciales, con la finalidad de tutelar los intereses de la mujer, había conseguido justamente lo contrario de lo que se pretendía: los bancos (en concreto el Hipotecario) exigen para hacer préstamos al marido que la mujer se obligue solidariamente, y por tales razones, entre otras, SANZ FERNÁNDEZ, «Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 3.ª, vol. 1.º, Madrid, 1964, págs. 374-376, proponía volver al sistema anterior a 1959.

(19) Cfr. «El nuevo artículo 1.413», cit. ADC, 1960, pág. 417, donde consideraba preferible «que la demanda se dirija contra el marido y contra la mujer a los solos efectos de que se puedan embargar bienes inmuebles gananciales y de que en su día puedan dichos bienes ser enajenados por el Juez en rebeldía de la mujer si ésta no concurre a dar su consentimiento...», como «única fórmula que pueda hacer compatible la exigencia del nuevo Reglamento con la posición jurídica de la mujer dentro de la sociedad de gananciales».

(20) Cfr. *El Matrimonio y su economía*, cit., págs. 469-470, habiendo sido calificada tal fórmula como artificiosa por CÁNOVAS COUTINO, «Comentario a la Resolución de 11 de febrero de 1964», RCDI, 1964, págs. 349-355.

(21) RJA 847. De alguna manera, aun con reticencias, tal exigencia se continúa manteniendo en las Resoluciones de 20 y 21 de febrero de 1964 (RJA 850 y 1473), en las que se reconoce que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario ordena que la demanda ejecutiva se dirija contra marido y mujer, y se añade que tal exigencia puede estimarse cumplida «si se extiende la demanda a la mujer al solo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura».

(22) Cfr. «La reforma del artículo 144.1.º del Reglamento Hipotecario», *Revista de Derecho Procesal*, 1966, págs. 84-91, especialmente pág. 90

dirigirse o extenderse a la mujer exclusivamente a ciertos efectos, ya que si ha de fijar la «persona contra quien se proponga», según dispone el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha persona o adquiere sin más la condición de parte demandada a todos los efectos, sin distinción, o si hay algún obstáculo legal no es parte en absoluto y a ningún efecto. En un juicio concreto, cuando se es parte se es de manera plena, es decir, con todos los derechos y con todas las cargas procesales. No se puede ser parte a medias, o sea, para unos efectos sí y para otros no».

Luego, HERCÉ QUEMADA, a cuyo parecer se suma LACRUZ BERDEJO (23), propone que «si de lo que se trata es de que la mujer tenga conocimiento de la existencia de la litis no hace falta que la demanda se dirija contra ella y basta con que en su momento se le dé traslado de la misma mediante entrega de copia a los efectos procedentes», por lo que concluye que la forma más idónea de interpretar el —antiguo— artículo 144 del Reglamento Hipotecario es «dirigir sólo la demanda contra el marido deudor (único legitimado pasivamente), pero expresando en ella por medio de otrosí que se acompaña copia de la misma a prevención, para que en el supuesto de embargo trabado sobre bienes inmuebles de la sociedad de gananciales se haga entrega personal de dicha copia a la mujer a los efectos procedentes».

Pues bien, dicha fórmula procesal hizo fortuna y terminó prevaleciendo en la doctrina del Centro Directivo a partir de la Resolución de 13 de abril de 1964 (24) y, más rotundamente, de las Resoluciones de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966 (25), que consideran suficiente, pese a la dicción literal del entonces vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que la demanda se dirija contra el marido y se notifique el embargo trabado a su esposa, lo que, además, tenía su aplastante razón justificativa en el propio derecho sustantivo, que configuraba al marido como administrador de la sociedad de gananciales (arts. 59 y 1.412) y representante de su mujer (art. 60 hasta su modificación en 1975), con facultades en exclusiva para que de sus obligaciones y deudas, contraídas a título oneroso, se responda con los bienes gananciales (art. 1.408.1 CC) (26).

---

(23) Cfr. HERCÉ QUEMADA y LACRUZ BERDEJO, *La reforma*, cit., pág. 91, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, cit., I, págs. 273-275; *ibidem*, 3.ª edic., 1978, pág. 222.

(24) RJA 3030

(25) RJA 5870, 5871 y 5872, asumidas en sus mismos términos, bajo la vigencia del derecho derogado, por las Sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña, Sala 1.ª, de 24 y 26 de julio y de 24 de noviembre, ésta de la Sala 2.ª, de 1984 (RGD, mayo 1985, núm. 488, págs. 1669-1670 y 1671-1673, respectivamente)

(26) *Vid.* en tal sentido, por todos, BATALLA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 620, quien destaca que «resultaba paradójico que pudiendo el marido por sí solo —sin perjuicio de las acciones que procedan por fraude o simulación— contraer deudas que obliguen a la sociedad de gananciales sea precisa la intervención de la mujer cuando esas deudas

## 2. FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL DERECHO ACTUAL

Ahora bien, a partir de mayo de 1981, modificado radicalmente el derecho sustantivo presupuesto del planteamiento procesal anteriormente analizado, deviene indudable concluir la exigencia de demandar a los dos cónyuges por constituir una consecuencia ineludible de la cotitularidad que ambos detentan sobre el patrimonio ganancial del principio rector de la igualdad jurídica de los esposos que rige, en la actualidad, sus relaciones (arts. 66 y 1.328), del que se deriva la necesidad de la actuación conjunta para responsabilizar directamente los bienes gananciales, recogida, como regla general, en los artículos 1.367, 1.375 y 1.377, a salvo los supuestos excepcionales contemplados en los artículos 1.365 y concordantes y de una correcta interpretación del artículo 1.385.2, todos ellos del Código Civil.

Tal principio se encuentra respetuosamente consagrado en el artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, trascendental para lograr la plena eficacia del embargo trabado sobre inmuebles, que dispone, en congruencia con los preceptos civiles que desarrolla, clarifica, complementa y en absoluto o en modo alguno contradice, así como en consonancia con los preceptos constitucionales de los que traen causa todos los artículos anteriormente mencionados (arts. 10, 14 y 32 CE), que «para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso aun cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges», añadiendo que será suficiente la notificación al cónyuge no demandado tan solo «cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código Civil».

Sin embargo, a pesar de su meridiana claridad, dicho precepto reglamentario ha sido desnaturalizado y alterado en sus propios términos, en la misma línea iniciada por las Resoluciones antes mencionadas de 1966, por la DGRN y el Tribunal Supremo (27), mereciendo tal interpretación irres-

---

vayan a hacerse efectivas sobre bienes de aquella sociedad declarada expresamente responsable de ellas», y DE COSSÍO Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 112, quien se preguntaba: «¿Qué utilidad tiene el reconocer a la mujer el derecho procesal de defensa si antes no se le ha reconocido intervención alguna en la creación de la causa obligatoria, si el marido por sí solo ha podido contraer la obligación cuya ejecución se pretende?»

(27) *Vid.* las Resoluciones de la DGRN de 28 de marzo y 15 de abril de 1983 (RJA 1662 y 2266), de 27 de mayo, 24 y 28 de noviembre de 1986 (RJA 3045, 6879 y 6881) y la STS de 26 de septiembre de 1986 (RJA 4790), que expresamente, a pesar del imperativo mandato del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, mantienen que «la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de

petuosa con el tenor literal del precepto reglamentario y con el espíritu de la reforma de 1981 el respaldo y complacencia de buena parte de la doctrina (28).

No obstante, justo es reconocerlo, LACRUZ BERDEJO (29), conforme al Derecho vigente, destaca, en los términos antes señalados, que habrá de demandarse al cónyuge no deudor para que pueda intervenir en la calificación de la deuda y, de igual manera, otro sector doctrinal [TORRALBA SORIANO (30), PUIG BRUTAU (31), REBOLLEDO VARELA (32), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (33),

la calidad del deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales haya que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador», en igual sentido, SSTs de 20 de marzo y 16 de junio de 1989 (RJA 2186 y 4691)

(28) Cfr., a favor de la alteración del tenor literal del artículo 144 del Reglamento Hipotecario en el sentido iniciado por la doctrina de la DGRN de demandar al cónyuge deudor y notificar al no deudor incluso aunque se trate de deudas gananciales, CARRASCO PERERA, *CCJC*, núm. 12, pág. 4014, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 48-51, 78, 187-188 y 204; asimismo, se pronuncian en tal dirección ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «Sobre el embargo ganancial», *Revista de Derecho Notarial —RDN—*, 1986, págs. 158-159; GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, «Anotación preventiva de embargos sobre bienes gananciales. Comentarios al nuevo artículo 144 del Reglamento Hipotecario», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, págs. 873-880, y CASERO MEJÍA, «Comentario a la Resolución de 7 de febrero de 1986», *RCDI*, 1986, págs. 889-892, quienes sólo consideran excepcionado de tal práctica de notificación al cónyuge no deudor el supuesto en que ésta sea adquirente y, en consecuencia, titular registral, en cuyo caso la demanda ha de dirigirse contra el titular registral, no siendo suficiente la notificación; también aceptan la doctrina de la Dirección General DE LA CÁMARA, «El embargo de bienes gananciales», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 16, 1986, págs. 94 y 99-102; «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», *ADC*, 1986, págs. 500 y 508-511, y «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, mayo 1986, pág. 103, n. 202, y RUANO BORRELLA, «Comentario a la Resolución de 27 de mayo de 1986», *RCDI*, 1986, págs. 1854-1857, para quienes es suficiente la notificación al cónyuge no deudor incluso aun cuando sea titular registral; por último, se manifiestan conforme con dicha doctrina DE CASTRO FERNÁNDEZ, «Ganancialidad y tercera de dominio», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, págs. 1021, y SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 123-124.

(29) Cfr. *Elementos...*, cit., IV-1. pág. 385, aun cuando se muestra reticente sobre la bondad del precepto reglamentario.

(30) Cfr. *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1719.

(31) Cfr. *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV, 2.ª edic., Barcelona, 1985, pág. 148, y *Compendio de Derecho civil*, vol. IV, Barcelona, 1991, págs. 96 y 97.

(32) *Op. cit.*, pág. 603.

(33) Cfr. *Derecho de familia*, cit., págs. 249-251, y *Comentarios Ministerio*, cit., II, págs. 688-690.

GUILARTE GUTIÉRREZ (34) y BONILLA ENCINA (35)] ha venido exigiendo el escrupuloso respeto al tenor literal del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario, lo que, a nuestro juicio, es correcto siempre que se admitan las matizaciones antes vistas en cuanto al contenido de la demanda dirigida al esposo no deudor, cuya pretensión sólo ha de venir referida a los efectos de posibilitar la intervención de éste en la determinación del carácter del débito.

Asimismo, en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de las audiencias, existen cada vez más fallos que, al amparo de lo dispuesto en dicho precepto reglamentario y de conformidad con la recta interpretación del artículo 1.385.2 del Código Civil, estiman que una demanda dirigida contra uno solo de los cónyuges en la que se pretenda responsabilizar directamente a los bienes gananciales supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, que, aunque no afecta a la validez intrínseca de la referida relación, implica «la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una *quaestio iuris*, a saber, la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soportar, con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden», por utilizar los términos con los que la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (36) se refiere a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que, en el caso enjuiciado, con acierto, aprecia.

De igual modo, el voto particular formulado por el Magistrado VILLAGÓMEZ RODIL a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1991 (37) da la adecuada orientación al problema cuando, después de afirmar que la responsabilidad patrimonial recae sobre los bienes comunes tanto en los supuestos contemplados, entre otros, en el artículo 1.365 como ante las deudas a que se refiere el artículo 1.362 —cuestión con respecto a la que hemos manifestado nuestra reticencia anteriormente—, concluye que «cualquier reclamación judicial que al efecto se plantee, para la más correcta constitución del proceso, ha de ser entablada contra ambos esposos (art. 144 RH..., a efectos de anotación registral)».

---

(34) *Op. cit.*, págs. 293 y 528-539, con amplia información.

(35) Cfr. «El artículo 144 del Reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros», *RCDI*, 1990, *passim*, y en conclusiones, págs. 94-99.

(36) RJA 5408, en un caso en que el actor demanda tan sólo al cónyuge que le vendió un bien perteneciente a la sociedad de gananciales, solicitando la condena al otorgamiento de la escritura pública y cuyos términos son reiterados para otro supuesto de hecho y a pesar de que en el caso no se aprecia la excepción por la STS de 14 de mayo de 1992 (RJA 4124).

(37) RJA 7860.

No compartimos, por lo dicho, que de los términos del actual artículo 1.385.2 del Código Civil se pueda deducir, como en ocasiones ha hecho el Tribunal Supremo, que cuando el negocio jurídico ha sido realizado por uno de los cónyuges es suficiente demandar a éste, que ha de entenderse que actúa en defensa del patrimonio común [SSTS de 10 de junio de 1985 (38) y de 24 (39) y 30 de octubre de 1990 (40)], siendo por tanto la situación en este punto sustancialmente análoga a la estatuida con anterioridad a la Reforma [STS de 9 de julio de 1984 (41) y SSAT de La Coruña, Sala 1.ª, de 22 de junio de 1985 (42) y de 29 de enero de 1986 (43)], en la que el

---

(38) RJA 3100, donde se señala que «resulta claro que si las esposas no fueron contratantes... no hay ninguna necesidad ni utilidad, civil ni procesal, de traerlas o llamarlas al pleito... con sus derechos en el patrimonio ganancial convenientemente protegidos a tenor de la doctrina general, sin olvidar lo dispuesto en el artículo 1.385 del Código Civil que faculta al cónyuge contratante para ejercitar por sí solo los derechos de crédito, sin perjuicio de su defensa por cualquiera de ellos por acción o excepción...»

(39) RJA 8045, en esta sentencia, que tendremos ocasión de comentar posteriormente, se rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la esposa al no haber sido demandada porque el Tribunal Supremo estima que tal excepción no procede «cuando ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes y con el mismo interés...»

(40) RJA 8271; en el caso, una Comunidad de Propietarios interpone demanda sobre declaración de demolición de construcción urbana contra el marido sin citar en juicio ni tener como parte a su mujer, a pesar de pertenecer a la comunidad conyugal el bien objeto de la litis, rechazando el Tribunal Supremo la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, pues al amparo de lo dispuesto en el artículo 1385/2, «habiendo sido demandado el marido y compareciéndose por éste en las actuaciones en las que se litigaba sobre un bien común, ha de entenderse que actuó en defensa del mismo, no siendo por tanto necesaria la presencia de la esposa...»

(41) RJA 3803, en la que, enjuiciando un hecho acaecido durante la vigencia de la legislación derogada con arreglo a la cual se entendía suficiente demandar al marido deudor que actuaba en representación del patrimonio consorcial, pues el anterior artículo 1412 en relación con el 59, ambos del Código Civil, «estipulaba que el marido era el administrador... de la sociedad de gananciales con facultad para obligar su patrimonio (art. 1.408, deudas del marido) mediante la realización de actos y negocios jurídicos patrimoniales por sí y en su nombre...», se señala que el mismo planteamiento procesal debe persistir con arreglo al Derecho vigente, conforme al cual también se estima innecesario interponer la demanda contra el cónyuge no deudor; así, se dice que «no era necesario (ni tampoco hoy con la nueva normativa) traer a juicio o ser demandada la esposa, contra la cual el acreedor no ostenta acción, bastando con demandar al marido como representante y defensor del matrimonio común...», si bien a continuación se añade que procederá la desestimación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «mientras la esposa ni impugnare..., cual es el caso del recurso, en el que el marido, que ahora alega esa excepción, fue el contratante y obligado...»

(42) RGD, abril 1986, núm. 499, págs. 1559-1560, en la cual se especifica que «la necesidad de demandar a la esposa en los supuestos en que la demanda se refiera a bienes gananciales ha venido siendo negada por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de los artículos 59, 1.412 y 1.413 del Código Civil en su



marido, como administrador de la sociedad de gananciales, tenía facultades para ser demandado en solitario en relación con los bienes de la sociedad [STS de 8 de noviembre de 1983 (44) y SSAT de La Coruña, Sala 1.ª, de 24 y 26 de julio y 24 de noviembre de 1984, ésta de la Sala 2.ª (45) y de la AT de Madrid de 18 de junio de 1984 (46)].

En nuestra opinión, aunque de la dicción literal del mentado precepto pudiera entenderse tan sólo que resulta conveniente, para garantizar la efectividad de la demanda, traer a los autos al cónyuge de quien contrató (SAP de Oviedo de 22 de febrero de 1989) (47) y siendo lo cierto que, desde luego, el artículo en cuestión en modo alguno impide que pueda demandarse a ambos esposos [SSTS de 9 de octubre (48) y de 11 de noviembre

---

anterior redacción...; y si bien es cierto que en la actual redacción del Código Civil se han introducido profundas modificaciones en la administración y disposición de los bienes gananciales, esa falta de necesidad de demandar a la esposa debe seguir manteniéndose., ya que el artículo 1.385, párrafo 2.º del Código Civil dispone que cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción; y esa solidaridad activa en la defensa del patrimonio común implica una solidaridad pasiva que no exige el demandar a ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que . se presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC), por lo que cada uno conoce y consiente las actividades del otro, y se presume también que actúan en interés de la familia., por lo que al defenderse uno de los dos en juicio está defendiendo al otro..., procede desestimar la excepción alegada por el demandado de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a su esposa»

(43) *RGD*, mayo 1987, núm. 512, pág. 2957. al amparo de la legislación derogada, donde se señala que «el marido en su condición de administrador de la sociedad de gananciales tiene capacidad completa para defender los bienes de dicha sociedad en los juicios que se susciten sobre los mismos, sin necesidad de que sea demandada la mujer..., falta de necesidad de demandar a la esposa que ha sido mantenida con la redacción vigente del Código Civil en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.385, párrafo 2.º, del mismo...»

(44) *RJA* 6066, en la que se expone, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, que con arreglo al derecho derogado «bastaba demandar al marido, puesto que él era a la sazón el administrador legal de la sociedad de gananciales, a tenor del artículo 1.412 del Código Civil...», añadiendo que «siendo el marido el administrador de la sociedad, con las amplias facultades que le estaban reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos que se suscitaban, no tenía la mujer que ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderse éste defendía a la vez a aquélla...»

(45) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, págs. 1669-1670 y 1671-1673 respectivamente, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la cual, al amparo de los derogados artículos 59 y 1.412 del Código Civil, se desestimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber demandado a la mujer en reclamaciones sobre bienes gananciales.

(46) *RGD*, diciembre 1984, núm. 483, págs. 2768 y 2769, donde se recogen abundantes precedentes jurisprudenciales del Tribunal Supremo bajo el imperio de la legislación derogada, conforme a la cual «no es necesaria la presencia simultánea, como parte, de la esposa en juicios que se susciten en relación con los bienes gananciales».

(47) *RGD*, mayo 1990, núm. 548, págs. 3893-3895.

de 1987 (49)], sin embargo, la correcta interpretación del párrafo segundo del artículo 1.385 del Código Civil, de acuerdo con su finalidad, «no significa más que cualquiera de ellos (los cónyuges) está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos», en perfecta coherencia con la reiterada doctrina que mantiene el Tribunal Supremo respecto del régimen general de la comunidad de bienes o derechos, en cuya virtud el hecho de que «cualquiera de los comuneros está legitimado para accionar en beneficio de la comunidad no significa, ni puede significar, en manera alguna, que las acciones de un tercero que sean susceptibles de afectar o perjudicar a toda la comunidad puedan ser ejercitadas indistintamente, a elección del mismo, contra cualquiera de los comuneros» (STS de 25 de enero de 1990) (50), así como de conformidad con la necesidad de demandar a todos los deudores en las obligaciones indivisibles (art. 1.139 CC) (51).

En cualquier caso, resulta claro que no existe litisconsorcio activo necesario, pues «cualquiera de ambos cónyuges... está legitimado para ejercitar acciones para la defensa de los bienes y derechos comunes, conforme establece el párrafo 2.º del artículo 1.385 del Código Civil» [SSTS de 19 de mayo y de 18 de diciembre de 1989 (52) y de 30 de septiembre de 1991 (53)], «con lo que en cierto modo se establece una regla similar a la que jurisprudencialmente se ha admitido para la defensa activa de los

---

(48) RJA 6929, en la cual se asume la declaración de las sentencias de instancia de considerar «inadmisible la excepción de falta de legitimación pasiva que respecto de la esposa de uno de los demandados se opone también por el recurrente, que olvida la corrección de extender la demanda de ella a efectos de la ganancialidad de los bienes cuya inscripción se postula en la demanda».

(49) RJA 8369, en la que expresamente se rechaza la falta de legitimación pasiva aducida por la parte demandada, «pues pedida la nulidad, inexistencia o rescisión de unos contratos de compraventa, realizados por los maridos para sus respectivas sociedades gananciales, no puede aducirse tal excepción procesal cuando se demanda, a mayor abundamiento, a las esposas... y sin que la facultad de defensa que concede el artículo 1.385.2.º a cualquiera de los cónyuges pueden privar en este caso al actor del derecho a traer el procedimiento a ambos esposos».

(50) RJA 24 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992).

(51) STS de 22 de julio de 1991 (RJA 5408); cfr., en la doctrina, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, núm. 22, pág. 269.

(52) RJA 3778 y 8841.

(53) RJA 6076, en la doctrina ponen de relieve la inexistencia de litisconsorcio activo necesario: DIEZ-PICAZO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1773; DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTERO, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.ª edic., Madrid, 1992, pág. 197; RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 78; DE LA CÁMARA, *La autonomía...*, cit., pág. 105; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 279-280, y RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1992, págs. 230 y 276.

bienes en régimen de comunidad ordinaria» (SAT de Oviedo de 15 de junio de 1985) (54).

Sin embargo, de ello, de la ausencia de litisconsorcio activo necesario, por una parte, es discutible, a pesar de la autorizada opinión de Díez-PICAZO (55), que pueda deducirse que la sentencia que decide la acción produce los efectos de cosa juzgada para ambos, pues, ante el silencio del legislador, no resulta forzado, como sostiene PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (56), aplicar analógicamente la doctrina jurisprudencial de la comunidad de bienes, en cuya virtud la sentencia dictada aprovecha al otro cónyuge si es favorable y no le perjudica si es adversa (57), y, por otra parte, es inadmisibles inferir que no existe litisconsorcio pasivo necesario cuando la reclamación verse sobre un bien de naturaleza ganancial a pesar de la introducción de la expresión «por vía de... excepción» en el supradicho artículo 1.385.2 del Código Civil, que, según hemos apuntado, no puede interpretarse como excluyente del litisconsorcio pasivo necesario, sino como reconocimiento a cualquiera de los esposos del derecho a ejercitar las excepciones que correspondan a la sociedad.

Por tanto, frente a otros fundamentos justificativos utilizados por el Tribunal Supremo para derivar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario que, no sin razón, han sido criticados por la doctrina procesalista —la finalidad de impedir fallos contradictorios que menciona la STS de 16

---

(54) *RGD*, mayo 1986, núm. 498, págs. 1032-1033, donde se señala expresamente que «cabe, cuando se trate de bienes gananciales, que uno de los cónyuges sea demandante exclusivo en beneficio de la masa común sin lesionar con ello el litisconsorcio necesario activo...», siguiendo la idea expresada por Díez-PICAZO, *op. cit. y loc. cit.*; *vid.* también Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 20 de septiembre de 1983 (*RGD*, diciembre 1984, núm. 483, pág. 2968) en la que, ante la alegación de falta de legitimación activa por no intervenir como demandante la esposa que concertó el contrato de compraventa se concluye que «aun cuando los compradores fueran dos y existiera una copropiedad del bien adquirido, cualquiera de los comuneros puede accionar en todo lo que beneficie al resto. »; *vid.*, por todas, para la comunidad ordinaria, STS de 8 de abril de 1992 (RJA 3023), en donde se pone de manifiesto que cualquier comunero ostenta legitimación para accionar en nombre e interés de la comunidad.

(55) Cfr. *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1774, y Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, págs. 197-198; en igual sentido, DE LA CÁMARA, *La autonomía...*, cit., pág. 105, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 280-281, para quien «los posibles quebrantos que al cónyuge que no ejercitó la acción puedan sobrevenirle se deberían resolver a través de los mecanismos compensatorios existentes en la relación interna del matrimonio».

(56) Cfr. *Derecho de familia*, cit., pág. 274, y *Comentario Ministerio*, cit., II, págs. 742-743.

(57) *Vid.* amplias referencias jurisprudenciales de tal doctrina en relación con la comunidad de bienes en las SSTs de 3 de febrero de 1983 (RJA 801) y de 23 de enero de 1989 (comentada por BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *CCJC*, núm. 19, págs. 93-106).

de diciembre de 1986 (58) o de evitar los efectos de cosa juzgada para terceros que no hayan sido oídos a los efectos de garantizar la eficacia de la sentencia e impedir sentencias incompletas a que se refiere la STS de 25 de septiembre de 1987 (59) o la necesidad de proteger el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada a que alude la STS de 24 de julio de 1989— (60), en aquellos procesos que se dirijan contra bienes o derechos de la sociedad de gananciales, el fundamento del liticonsorcio pasivo necesario radica precisamente en el principio de audiencia bilateral (la necesidad de intervenir los dos cónyuges en la calificación del débito y de discutir en presencia y con intervención de ambos si el mismo entra dentro de los supuestos excepcionados de intervención conjunta) y, sobre todo, en consecuencia, en la inescindibilidad de la relación jurídica sustantiva (la imposibilidad de llevar a cabo un esposo en solitario actos de enajenación de bienes gananciales o contraer obligaciones que afecten a los mismos salvo que previamente ambos hayan podido discutir si se trata de un supuesto

---

(58) RJA 7448, *vid. negación de tal fundamento, y allí referencias, en SERRA DOMÍNGUEZ, «Concepto y regulación positiva del liticonsorcio», en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, 1971, núms. 2-3, pág. 586; MUÑOZ JIMÉNEZ, «Consideraciones en torno al liticonsorcio necesario y los vínculos de solidaridad pasiva», RGD, págs. 5762-5763, y GARBELLI LLOBREGAT, CCJC, núm. 26, pág. 660.*

(59) RJA 6272, para una crítica de tal fundamento, y allí otras referencias jurisprudenciales, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «El liticonsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Procesal*, 1976, págs. 398 y sigs.; igualmente, ALMAGRO NOSETTE, *Derecho procesal*, t. 1, vol. 1.º, 6.ª edic., Valencia, 1992, págs. 296, estima que «esta explicación no es convincente puesto que los efectos de cosa juzgada no pueden extenderse fuera de las partes», y RAMOS MÉNDEZ, *Derecho procesal civil*, t. 1, 4.ª edic., Barcelona, 1990, pág. 285, quien pone de relieve que «la incorrección de este argumento es doble por cuanto, por un lado, allí donde hay extensión subjetiva de la cosa juzgada a terceros (art. 1.252.2.º CC) es seguro que no existe liticonsorcio pasivo necesario, y por otro lado, también debería ser pacífico que los límites subjetivos de la cosa juzgada vienen predeterminados por los elementos subjetivos que figuran en la demanda y, por lo tanto, los terceros no litigantes no resultan afectados por la sentencia»; asimismo, MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 5761-5762, quien razona en contra de tal justificación del instituto alegando que, de aceptarse tal razonamiento, «convendría meditar que se está impulsando al actor... a formular nueva demanda contra persona hasta ese momento no inquietada y cuyos intereses estaban resguardados merced a la limitación a las partes de los efectos del proceso..., con lo que en tales hipótesis acaba por ocurrir que la figura del liticonsorcio necesario ya no tutela al tercero, sino que puede que aún lo perjudique; y no parece que sea misión de los órganos jurisdiccionales, en el orden civil contencioso, asesorar a los justiciables, ni menos fomentar la litigiosidad».

(60) RJA 5775; en la actualidad la doctrina niega, con razón, la concepción de la sentencia como ficción de verdad, pues ni la sentencia es un silogismo ni tiene como fundamento la veracidad de las pruebas o de los razonamientos jurídicos ni es una declaración de verdad sino de voluntad, siendo absolutamente incompatible la presunción *iuris et de iure* de la veracidad de la cosa juzgada con sus límites objetivos. *Vid.*, por todos, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal civil*, I, 8.ª edic., Madrid, 1979; págs. 431-432, y PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho procesal*, I, 2.ª edic., Pamplona, 1985, págs. 793-794.

excepcional), fundamento que ha sido más reiteradamente utilizado por el Tribunal Supremo y que es aceptado por la doctrina como explicación más satisfactoria del instituto (61).

Con base en tal presupuesto, ante una demanda dirigida contra uno de los cónyuges mediante la que se pretenda conseguir la afección de los bienes gananciales, el Tribunal, como pone de relieve la mentada STS de 22 de julio de 1991 (62), ha de limitarse respecto del esposo demandado «a constatar la insuficiencia —de éste—... para provocar el efecto pretendido y poner de manifiesto la incompleta integración del contradictorio»; «en otras palabras, su inidoneidad jurídica, pese a ser capaz procesalmente, para ser sujeto pasivo de la relación jurídica material deducida... por no tener el sujeto demandado el poder jurídico reconocido por la Ley que le habilita para ello, por lo que no se le puede condenar a soportar declaraciones o realizar actos o prestaciones que están fuera de su disponibilidad, como ocurre con las vinculaciones jurídicas de carácter inescindible o indivisible».

Así pues, la importancia de la apreciación de esta excepción radica en ser una «cuestión de orden público procesal que puede y debe ser revelada de oficio cuando se aprecia su falta en la constitución de los sujetos que componen la parte demandada», como sigue diciendo la paradigmática Sentencia citada de 22 de julio de 1991, aspecto resaltado en otras ocasiones por el Tribunal Supremo (63) que, si bien ha sido discutido por la doctrina procesalista y no deja de ser cuestionable (64), sin embargo, ha sido acep-

---

(61) Fundamentan la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en la inescindibilidad de la relación jurídico material debatida en el proceso que impone que hayan de ser demandadas todas las personas que necesariamente han de integrar la relación sustantiva cuestionada las SSTs de 9 de julio de 1984 (RJA 3803), de 21 de marzo de 1985 (RJA 1195), 22 de marzo de 1986 (RJA 1468), 29 de abril y 9 de junio de 1992 (AC 843 y 1072/1992); en tal sentido, en la doctrina, y allí muchas más referencias jurisprudenciales, justifican tal fundamento, ligado a las sentencias que acogen acciones constitutivas RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 286-287; ALMAGRO NOSETTE, *op. cit.*, págs. 293-294; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, t. II, vol. 1.º, 2.ª edic., Barcelona, 1989, pág. 46; FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, *Derecho procesal civil*, vol. I, Madrid, 1991, pág. 495; MORENO CATENA, *CCJC*, núm. 3, págs. 805-806, GÓMEZ DE LIAÑO, *El proceso civil*, I, Oviedo, 1990, pág. 61; MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, págs. 5752-5759; MASCARELL NAVARRO, «Comentario a la STS de 25 de enero de 1990», *RGD*, 1990, págs. 8888-8889, y GARBERI LLOBREGAT, *op. cit.*, págs. 660-661, aunque éste niega que el fundamento sea el principio de audiencia.

(62) RJA 5408, produciéndose en iguales términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992).

(63) SSTs de 24 de mayo y de 14 de noviembre de 1986 (RJA 2821 y 6390) y de 9 y 12 de junio de 1992 (AC 1072 y 1085/1992), y las en ellas citadas.

(64) RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 289, considera que «esta doctrina es, con todo, sumamente cuestionable»; vid. la STS de 14 de mayo de 1992 (RJA 4124), en la que se considera «sumamente dudoso que, a la vista de los artículos 238-240 de la Ley

tado por el Tribunal Constitucional —TC—, Sala 1.<sup>a</sup>, en la Sentencia 77/1986, de 12 de junio (65) y que precisamente adquiere su plena virtualidad en aquellos casos —de crisis matrimonial, de connivencia entre acreedor y cónyuge deudor...— en que difícilmente va a tener conocimiento del proceso el cónyuge no demandado.

### 3. INTERVENCIÓN PROCESAL DEL CÓNYUGE NO CONTRATANTE

Precisamente estos supuestos extremos de difícil relación conyugal o de confabulación fraudulenta de las partes intervinientes en el negocio jurídico ponen de relieve las ventajas en punto a la tutela judicial efectiva de la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario frente a la posibilidad, por lo demás de absoluta viabilidad, si no se acepta tal excepción (66), de intervención adhesiva por parte del cónyuge no deudor que propone Díez-PICAZO (67), cuya prosperabilidad se patentiza ante la decisión de la Sentencia del Tribunal Constitucional —TC— 6/1992, de 16 de enero, que puede ser extendida por analogía al caso que nos ocupa (68) y que resulta técnicamen-

---

Orgánica del Poder Judicial, conforme a una interpretación concorde con el espíritu del artículo 24 de la Constitución, se pueda, en segunda instancia, introducir de oficio la *exceptio plurium consortium*, sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho. ...»

(65) *BOE*, núm. 159, de 4 de julio de 1986, *Jurisprudencia Constitucional (JC)*, t. XV, págs. 251 y sigs., en la que se desestima el recurso de amparo interpuesto ante la apreciación *ex officio* de la existencia del litisconsorcio pasivo necesario realizado por la STS de 3 de diciembre de 1984, que al no decidir sobre el fondo del asunto lesiona, a juicio del solicitante de amparo, su derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución, examinando el Tribunal Constitucional la pretendida incongruencia de la sentencia y la situación de indefensión en que la misma coloca al solicitante, «sin entrar a decidir el mayor o menor acierto que fuera del marco estrictamente constitucional el Tribunal sentenciador pudiera haber tenido al acoger el litisconsorcio pasivo necesario y la doctrina jurisprudencial sobre ella establecida en materia de casación civil por ser tema extraño a la jurisdicción de este Tribunal».

(66) Si se aprecia litisconsorcio pasivo necesario, es prácticamente imposible solucionar el defecto por medio de una intervención voluntaria en la medida en que dicho defecto determinará la absolución de la instancia. Cfr RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 318, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA-FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 520, quien, sin embargo, admite que «si, pendiente el proceso, el litisconsorte preterido anuncia su deseo de intervenir en el proceso debe ser admitido como parte y en igualdad de condiciones que los demás litigantes».

(67) Cfr *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1774, cuyo razonamiento es asumido en sus mismos términos por RAMS ALBESA, *La sociedad*, cit., págs. 276-277.

(68) Sala 1.<sup>a</sup>. *BOE* de 13 de febrero de 1992 *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 130, febrero 1992, págs. 35 y sigs. En dicha sentencia se estima el amparo solicitado por la arrendataria ante el rechazo por el Juez de Instancia del recurso de nulidad contra la diligencia de desalojo del piso a través del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en el que la arrendataria no había participado; cfr

te mucho más correcta que la propuesta de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO (69), quienes propugnan recurrir a la figura del coadyuvante, pues, como ha destacado DE LA CÁMARA (70), si el consorte del deudor lo que pretende es que se levante el embargo, parece lógico que no pueda hacerlo como teórico coadyuvante, que intervendría, entonces, en el proceso en sentido contrario al que le es propio.

En efecto, es inobjetable la posibilidad del esposo no deudor de participar en el pleito por medio de la intervención adhesiva; mas para que ello resulte eficaz ha de admitirse que el interviniente —cónyuge no deudor— lo es en calidad de parte a todos los efectos, sin limitarse, a diferencia del coadyuvante, a colaborar en la defensa de su consorte demandado [STS de 17 de octubre de 1961 (71) asumida en sus mismos términos por la STS de 11 de mayo de 1992] (72); con todo, tal propuesta tiene el inconveniente de que el interviniente —esposo no deudor— debe aceptar el proceso en el estado en que se encuentre, pues éste no retrocede en su curso; de lo que se concluye que las posibilidades reales de defensa del tercero disminuyen

---

LASARTE ALVAREZ, «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario (notas de urgencia a la STC de 16 de enero de 1992)», *Tapia*, enero-febrero 1992, págs. 7-9.

(69) *Op. cit.*, pág. 880

(70) Cfr. *La sociedad*, cit., pág. 511, nota 339.

(71) RJA 3604 en la que se permite al interviniente continuar el proceso en las sucesivas instancias aunque el demandado se había allanado, tal figura de intervención adhesiva carece de regulación legal en nuestro derecho y en la doctrina procesalista; en consecuencia, se han propuesto diversas formulaciones, distinguiéndose la *intervención adhesiva simple*, injerencia de un tercero en un proceso pendiente, para evitar el perjuicio jurídico que le puede ocasionar por los efectos reflejos de la cosa juzgada la derrota procesal de una de las partes de la *intervención principal*, que supone que un tercero dirige una demanda simultáneamente frente a las partes en un proceso que está sustanciándose, solicitando una tutela jurídica incompatible con el interés del actor y demandado en el proceso que resulta puramente teórica y bien diferente a las tercerías según destaca FERNÁNDEZ LÓPEZ en DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 513-516; por tanto, prescindiendo de la intervención principal, por no ser el caso, al no tener el cónyuge no demandado un derecho propio y distinto sobre el objeto del proceso y centrándonos en la intervención adhesiva, existen dos orientaciones al respecto: por una parte, defienden, como en el texto, que por la intervención adhesiva el interviniente no es mero coadyuvante de la parte demandada, sino que la actividad procesal del interviniente es libre, salvo modificar la pretensión ejercitada en la demanda, reconociéndole su posición de parte autónoma: FERNÁNDEZ LÓPEZ, *ibidem*, págs. 518-519; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 322-323; MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 53, y CORDÓN MORENO, «El coadyuvante de la Administración: revisión de la doctrina tradicional», *La Ley*, 1991/3, págs. 1001-1003; por otra parte, asimilan la figura del interviniente adhesivo al coadyuvante, sin que, por tanto, pueda alegar pretensiones distintas: PRIETO CASTRO, *op. cit.*, págs. 397, 400 y 401; GÓMEZ ORBANEJA, *op. cit.*, págs. 166-167, y ALMAGRO NOSETÉ, *op. cit.*, págs. 297-298, para quien la intervención adhesiva no se manifiesta en la adopción de una posición de parte diferenciada de las iniciales, lo que reserva la intervención principal.

(72) RJA 3896.

a medida que han transcurrido las oportunidades procesales (73), todo lo cual evidencia la mayor garantía que representa para los derechos del consorte del deudor la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, apreciable de oficio.

Por otra parte, frente a la posible alegación de antieconomicidad procesal que comporta la excepción del litisconsorcio pasivo necesario, la supradicha Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (74) pone de relieve que «después de la reforma de 1984 y tras las novedades introducidas en la regulación del juicio de menor cuantía nada impide, y así resulta aconsejable cuando la necesidad del litisconsorcio sea manifiesta, que en el acto de la comparecencia, previsto por el artículo 693, se proceda a salvar la carencia de este presupuesto preliminar a la entrada en el fondo, bien se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez», consideración asumida, para el mismo supuesto, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 4 de marzo de 1992 (75) y, para otro caso, *obiter dictum*, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992 (76) y que es sostenida, aún con reticencias y también con alguna opinión en contrario, por la doctrina procesalista (77).

Asimismo, la presencia en el proceso del cónyuge preterido, antes de que se produzca una sentencia absolutoria de la instancia por apreciación del defecto, puede conseguirse mediante la acumulación de autos (STS de 24 de mayo de 1986) (78), planteando una demanda contra dicho esposo

---

(73) Cfr. RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, págs. 322-323.

(74) RJA 5408

(75) AC 159/1992

(76) RJA 4124.

(77) Así, MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 48, entiende que «esta solución es muy discutible, pero una jurisprudencia progresiva podría llegar a ella»; más claramente acepta la posibilidad MUÑOZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, pág. 5763; tajantemente en contra se manifiesta MASCARELL NAVARRO, *op. cit.*, págs. 8893-8894, al estimar que «la falta de litisconsorcio pasivo necesario no puede subsanarse en el plazo de diez días —previsto en dicho art. 693 3 LEC— porque el derecho de defensa del litisconsorte no demandado exige que se retrotraiga el procedimiento al momento en que se interpuso la demanda», exponiendo la opinión favorable a la subsanación de la falta de litisconsorcio pasivo necesario en la comparecencia del juicio declarativo de menor cuantía de CALVO SÁNCHEZ, BONET NAVARRO y MUÑOZ SABATÉ, quien recientemente ha insistido en la línea de la citada STS de 22 de julio de 1991, cuyo pronunciamiento alaba («De cómo salvar la excepción de litisconsorcio en la comparecencia previa», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, núm. 2, págs. 228-229).

(78) RJA 2821, donde, con cita de la STS de 28 de abril de 1953 (RJA 1959), en un caso de retracto arrendaticio rústico, se señala que «cuando el autor conoce después de la demanda la enajenación posterior está obligado a dirigir la acción conjuntamente contra los dos adquirentes, y solicitada esta ampliación es deber de los Jueces otorgarla si se halla el juicio en el período expositivo, y ello sin perjuicio de la acumulación de acciones autorizada por el artículo 156 de la LEC, a la que, para estos supuestos, se refiere la Sentencia de 11 de enero de 1967» (RJA 380).



litisconsorte y solicitando la acumulación de procesos al amparo del artículo 161.5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 162.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que ambos procesos terminarán con una sola sentencia común a ambos cónyuges litisconsortes (79).

Luego si se admite que es necesario que los dos esposos intervengan como partes en la discusión del carácter de la deuda contraída por uno de ellos, en tanto en cuanto en la calificación de débito como ganancial ambos están interesados (principio de audiencia bilateral) y si se acepta que, para ello, no es suficiente con la mera notificación al cónyuge no deudor de la realización de un embargo, pues aquella sólo le otorga la oportunidad de intervenir en lo que se refiere a la práctica de la traba y no en las secuencias previas que conducen a la creación o al uso del título para ejecución (80), y, en fin, si se tiene en cuenta que el derecho sustantivo (art. 1.373) faculta al consorte del deudor a intervenir en una ejecución en marcha tan sólo para pretender la sustitución de la traba, la más elemental justicia conmutativa exige la superación de todos los obstáculos procesales alegados por HERCÉ QUEMADA y LACRUZ BERDEJO para el derecho anterior a fin de que el acreedor tenga la posibilidad de extender subjetivamente la demanda al esposo no deudor (81) en los términos antes vistos como presupuesto previo —y necesario— para postular el carácter ganancial de la deuda, lo que deviene imprescindible para que se puedan agredir indiscriminadamente los bienes gananciales *in genere* (principio de la inescindibilidad de la relación jurí-

---

(79) A juicio de RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, pág. 289, esta es la única fórmula para conseguir actualmente la presencia en el proceso de uno de los litisconsortes preteridos, si bien añade que dicha solución, «desde luego, tampoco es económica», aceptan también tal remedio procesal FERNÁNDEZ LÓPEZ, en DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 501, quien reconoce que «se trata, sin duda, de una utilización algo atípica del instituto de la acumulación de autos, pero en la práctica se usa habitualmente para ésta y otras finalidades aún más alejadas de la intención del legislador». MONTERO AROCA, *op. cit.*, pág. 48, GÓMEZ DE LIAÑO, *op. cit.* pág. 62, y MUÑOZ SABATE, *op. cit.*, pág. 527.

(80) Cfr. PRIETO CASTRO, «Algunas notas con ocasión de la ponencia del doctor de la Cámara «El embargo de bienes gananciales», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1986, núm. 16, pág. 147.

(81) *Vid.* REY PORTOLÉS, «Comentario a la RDGRN de 29 de mayo de 1989», *RCDI*, 1990, pág. 625, que propone, en los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales y adjudicación de los bienes embargados al cónyuge no deudor, que se admita que se demande en todo juicio ejecutivo a los dos esposos, al no deudor sólo como responsable y *ad cautelam* de la aparición de unas capitulaciones celéreas o bien que se permita, a instancia del actor si es el caso, elucidar frente al cónyuge adjudicatario si la deuda por la que se embarga es o no ganancial, concluyendo que «supérese por los procesalistas todas las objeciones que pudieran derivarse de las reminiscencias actuales de la vieja idea de *litis contestatio*, que yo modestamente desde mi cómodo parcial papel de espectador *ex libris* procuraré dar margen temporal para esa atrevida aventura jurídico-procesal, SUSPENDIENDO Y NO DENEGANDO... los mandamientos dirigidos contra el cónyuge que se cree ya seguro tras el burladero de su asiento».

dico material); y a tal conclusión estimamos que puede llegarse a partir del análisis del Código Civil (art. 1.385.2), que mandata —implícitamente— superar los posibles impedimentos provenientes de pura dogmática procesalista al igual que se ha admitido en otros ámbitos (82), para lo cual no se le puede negar legitimación, puesto que, como destaca PRIETO CASTRO (83), «el Código Civil, en su texto originario y según ulteriores reformas, ha sido sede apropiada para establecer las normas procesales inseparables que nuevas reglas materiales exigían...»

#### 4. DECLARACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LEGITIMACIÓN PASIVA

Así las cosas, en lo que se refiere a este aspecto, la legitimación pasiva y la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, compete ahora abordar el recorrido jurisprudencial antes anunciado, para lo cual, dado que de la doctrina consagrada en nuestros Tribunales de Justicia «no se puede colegir que en cualquier tipo de acciones que de alguna manera repercutan sobre bienes gananciales deberá demandarse necesariamente y sin excepción a ambos esposo en vez de a uno de ellos, lógicamente habrá que estar a la naturaleza y proyección de la acción entablada en cada caso concreto», como acertadamente indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 24 de abril de 1989 (84).

Es decir, en la medida en que «en este género de situación, la jurisprudencia de la Sala no reviste caracteres absolutos de exigir el ejercicio conjunto de la acción por la parte actora frente a un demandado que estuviere casado», en términos empleados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (85), será menester analizar detalladamente los distintos supuestos en los que se pueden plantear controversias al respecto para ver de concluir una solución con validez general, puesto que, en fin, como resalta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.ª, de 15 de enero de 1991 (86), «la invocada indefensión no opera

---

(82) La RDGRN de 18 de mayo de 1987 (RJA 3924), en relación a una demanda planteada en reclamación de los gastos comunes al amparo del artículo 9.5.º de la LPH, señala que «si en el momento de interponerse la demanda el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concorra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra él deberá dirigirse aquélla, pero no en cuanto a la pretensión personal de obtención de una sentencia condenatoria al pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento y traslado al Registro de una afectación real ya existente por disposición legal...»

(83) Cfr. *Algunas notas...*, cit., pág. 149.

(84) RGD, enero-febrero 1990, núms. 544-545, págs. 1028-1029

(85) RJA 4295.

(86) RGD, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11615-11516.

nunca en abstracto, ni al margen del caso concreto y sin referencia al desarrollo legal orgánico y ordinario en que dicho derecho —a la defensa— toma cuerpo, concreción y sustantividad propios».

Por todo ello, porque en ocasiones no es fácil dilucidar el tipo de acción ejercitada, así como en aras a una mayor sistemática del presente trabajo, en tanto que todos los problemas concernientes a la legitimación pasiva encuentran su fundamento último en el artículo 1.385.2 del Código Civil —y, en su caso, art. 144.1.1 RH— e, incluso, en el artículo 24 CE, del que resultan trasunto ambos preceptos, es por lo que, a continuación, y con anterioridad a exponer en concreto el supuesto específico que constituye el objeto inmediato de nuestro estudio, la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en su aspecto pasivo ante la pretensión del acreedor de agredir directamente la totalidad del patrimonio ganancial como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas por un sólo cónyuge, se analizará, en primer lugar, la legitimación pasiva ante el ejercicio por el acreedor de acciones que no tengan relación directa con la previa contracción unilateral de obligaciones, precisamente porque, generalmente, la jurisprudencia ha diferenciado los requisitos procedimentales que ha de cumplimentar aquél en función de que la acción ejercitada tenga carácter real o, supuesto que estamos analizando, personal, siendo menos rigurosa la jurisprudencia en este último tipo de acciones, lo que, según se verá, no nos parece correcto si la pretensión del acreedor se dirige directamente contra la totalidad de los bienes gananciales, en cuyo caso ha de cumplir iguales exigencias, con independencia del carácter, real o personal, de la acción ejercitada, lo que igualmente acontece, según también se expondrá con carácter previo al estudio de la problemática procesal derivada del ejercicio de acciones personales cuando el pleito tenga como objeto el título de ocupación de la vivienda habitual de la familia o se trate del ejercicio de una acción de división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial o la pretensión se fundamente en lo dispuesto en los artículos 6-9 del Código de Comercio.

#### a) *Acciones reales*

Pues bien, en los casos en que el acreedor ejercite acciones reales contradictorias o limitativas del dominio inscrito de los bienes gananciales, es innegable la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, según apuntó la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983 (87), aun

---

(87) RJA 1039, en la que se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «al no haber sido llamada a debate la esposa del recurrido y cotitular del piso objeto de reivindicación, con menosprecio del principio de legitimación registral que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria proclama...»

siendo representativa de la situación anterior a 1981 en la que no era tan unánime la conclusión (SAT de La Coruña de 18 de junio de 1984) (88), lo que también debe ser estimado incluso «aunque tal acción no pueda calificarse con nitidez como contradictoria de tal inscripción registral», siempre que suponga «una transformación relevante y de suma importancia de tales bienes gananciales» (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de abril de 1989) (89).

Asimismo, tal excepción ha de ser apreciada en todos los supuestos en que afecte «la acción deducida a la configuración y estado de un bien perteneciente a la sociedad de gananciales» (S de 19 de mayo de 1990 de la AP de Madrid, Sección 13) (90) o en los casos en que «el contrato es firmado sólo por uno de los cónyuges... pero precisa el consentimiento de la esposa... por tratarse de venta de bienes inmuebles» si se pretende que ésta tenga lugar, por poner como ejemplo el supuesto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) de 22 de abril de 1991 (91).

Así, se aprecia litisconsorcio pasivo necesario cuando se entabla una acción negatoria de servidumbre (92) que se proyecta sobre un supuesto predio dominante, ganancial, demandando tan sólo al marido y no a su mujer [SS de 18 de septiembre de 1988 de la AT de Burgos (93) y de 22 de junio de 1988 de la AP de Salamanca (94)], pues «la sentencia estima-

---

(88) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, págs. 1661-1662, donde se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ante el ejercicio de una acción contradictoria del dominio inscrito de una casa ganancial sin demandar a todos los que figuran como propietarios.

(89) *RGD*, núms. 544-545, enero-febrero 1990, págs. 1028-1029.

(90) *RGD*, núm. 552, septiembre 1990, págs. 6785-6786.

(91) *RGD*, núm. 564, septiembre 1991, págs. 8075-8076.

(92) En la doctrina, y allí información, sobre la aplicación del artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria —LH— a la acción negatoria, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 365; CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, 2.ª edic., Madrid, 1989, pág. 308; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 1986, pág. 127; GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, Madrid, 1988, pág. 308, y HERNANDO COLLAZOS, *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, Madrid, 1990, págs. 38-39.

(93) *RGD*, núm. 543, diciembre 1989, págs. 8494-8495, en la cual se afirma que «de estimarse la demanda, la sentencia que se dictase habría de afectar negativamente, y perjudicándola, a la dicha esposa no demandada, significando una condena *inaudita parte*».

(94) *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en material civil y penal*. Ministerio de Justicia y BOE, 1988-89, núm. 405, págs. 286-287, donde se señala que «la postura adoptada por la parte actora que demanda a nombre de los dos esposos en consecuencia de ser bien ganancial aquel sobre el que afecta la servidumbre... exige igual trato para con la parte demandada; esto es, que teniendo igual consideración de ganancial el que afecta a los demandados, se demande la marido y a la esposa, que no van a ser de peor condición o exigirles un trato procesal diferente».

toria de la misma afectaría necesariamente a los dueños de la finca presuntamente dominante» (SAT de La Coruña de 18 de mayo de 1984) (95) o cuando se reclaman daños causados por un edificio ganancial, en tanto que la petición se fundamenta precisamente en que los esposos son dueños del piso (SAT de La Coruña, Sala 1.ª, de 5 de octubre de 1987) (96).

De igual modo, procede estimar la excepción litisconsorcial cuando se ejercita una acción reivindicatoria (97) sobre bienes gananciales sin demandar a ambos cónyuges [SS de 7 de abril (98) y 9 de abril de 1987 (99) de

---

(95) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, pág. 1658, en la que se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido dirigida la acción negatoria de servidumbre contra todos los copropietarios de la finca presuntamente dominante.

(96) *RGD*, junio 1988, núm. 525, págs. 4074-4075, en la cual, ante la reclamación de daños y perjuicios ocasionados por sendos pisos gananciales habiéndose dirigido la demanda sólo contra los maridos, se aprecia la excepción litisconsorcial, pues las esposas también «tienen intereses afectados por la decisión que recaiga en el presente juicio», sobre la base de que en tanto que los maridos compraron los pisos en estado de casados y por tanto son gananciales, «era necesario demandar a las esposas, ya que tanto la gestión como la disposición de bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges, según el artículo 1.375 del Código Civil; y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 del mismo Código, ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiese sido conferida, por lo que no es suficiente el demandar al marido como cogerente de la sociedad de gananciales como se hizo en el presente caso».

(97) En la doctrina es unánime la consideración de la reivindicatoria interpuesta contra el titular registral como prototipo de acción real contradictoria del dominio inscrito, lo que igualmente, con algunos matices, se mantiene en diversas decisiones del Tribunal Supremo; *vid.*, y allí referencias, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. 1, 7.ª edic., Barcelona, 1979, pág. 518, CHICO Y ORTIZ, *op. cit.*, pág. 308; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pág. 126; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, 2.ª edic., Madrid, 1986, pág. 587, nota 27; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 764, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 32-36.

(98) Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 7 de abril de 1987, *RGD*, núm. 525, junio 1988, pág. 4072, donde se concluye que «procede estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al reivindicarse una finca que viene siendo disfrutada por un matrimonio, a espaldas de la esposa, demandándose sólo al marido, por cuanto no puede ofrecer duda que, caso de prosperar la demanda, resultaría afectada por ella la mujer, sin haber sido oída ni vencida en juicio, procediendo en consecuencia su destestación, sin resolver en cuanto al fondo de la cuestión...»

(99) Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 9 de abril de 1987, *RGD*, núm. 525, junio 1988, págs. 4058-4059, en la que se acude a lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código Civil para acceder a la excepción aludida por el marido demandado, fundamentada «en el hecho de no haberse demandado también a su esposa al haberse adquirido el derecho sobre la finca litigiosa constante matrimonio», siendo que el actor «ejercita una acción reivindicatoria, pretendiendo al mismo tiempo y junto con la recuperación posesoria de la finca objeto de acción la expresa declaración del dominio de la comunidad actora sobre ella», negándose que «tras la reforma operada en el régimen matrimonial regulado en el Código sustantivo por la Ley de 13 de mayo de 1981 pueda ya acudir a la consideración del marido como administrador de la sociedad de gananciales para solventar los problemas de legitimación pasiva en los procesos que afectan a bienes inmuebles de la sociedad, cuando lo

la AT de La Coruña, Sala 1.<sup>a</sup>] o cuando se insta la nulidad de una compraventa y, en consecuencia, se reivindica un bien ganancial [STS de 4 de abril de 1988 (100) y S de 19 de febrero de la AP de Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup> (101)] o, también, cuando se solicita la rescisión de una venta que afecta a bienes gananciales (STS de 6 de febrero de 1990) (102).

En efecto, aunque, en puridad, acaso el ejercicio de una acción de nulidad no pueda considerarse como «una acción real, sino que si se declara la nulidad del contrato se produce como consecuencia un efecto restitutorio, lo cual no es igual a ejercitar una acción reivindicatoria... Si a los contratantes ha de restituirse las prestaciones declarada la nulidad (art. 1.303), ello no es consecuencia de que la sentencia les reconozca la propiedad sobre las mismas, sino por la ineficacia del instrumento usado para su intercambio, abstracción hecha del derecho real que ostentan sobre lo transmitido» (STS de 4 de noviembre de 1991) (103); sin embargo, como hemos señalado,

---

que ahora impera es el principio de igualdad jurídica de los cónyuges... del que deriva un sistema de administración y disposición de los bienes gananciales conjunta o compartida por los esposos...»

(100) RJA 2651, si bien en el caso el marido adquirente había inscrito en el Registro de la Propiedad —RP— el bien objeto de discusión «para sí y para la sociedad conyugal», señalándose que el artículo 1.385 2 del Código Civil «no permite sea interpretado como legitimador del desconocimiento o ignorancia uno de los cónyuges respecto de la situación de agresión a los bienes en común y, desde luego, no puede eximir al accionante de la observancia de constituir debidamente la relación referenciada. Que contra la obligatoriedad de la debida constitución de la repetida relación no puede entrar en juego ninguna presunción acreditativa, más o menos, de que el cónyuge no demandado conociera la existencia de la demanda que recayera sobre bienes de la sociedad económico-conyugal». A nuestro juicio, y sin perjuicio de reiterar que la razón justificativa última del fallo se encuentra en la intervención del cónyuge adquirente para la sociedad conyugal, creemos que la solución debe irradiarse para cualquier supuesto de adquisición de bienes por uno de los esposos, constante el régimen, pues la declaración atributiva del carácter ganancial en el acto de adquisición a que se refieren los artículos 1.347.3.º del Código Civil y 93.4 del Reglamento Hipotecario es innecesaria para la asignación de tal condición al bien adquirido ante la presunción del artículo 1.361 del Código Civil cohonestada con el principio de la subrogación real.

(101) RGD, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11473-11475.

(102) RJA 665, en donde ante la pretensión del actor, casado, la parte demandada solicita en reconversión la nulidad o rescisión de una compraventa de un bien ganancial, y habida cuenta que sólo puede dirigirse contra el actor «y no pudiendo por ello la demandada haber dirigido su reconversión sobre las dichas nulidad o rescisión contra la esposa...» se estima la excepción litisconsorcial.

(103) RJA 7931, en la que se utiliza tal razonamiento para excluir la jurisdicción de los Tribunales españoles sobre la acción de nulidad de un contrato de venta de inmuebles ejercitada entre esposos alemanes con base en el Derecho alemán; *vid.*, con todo, al respecto la consideración de la acción de nulidad de los contratos inscritos como contradictoria del dominio en SSTs de 6 de marzo de 1954 (RJA 985), 6 de mayo de 1955 (RJA 1565), 3 de octubre de 1979 (RJA 3235) y 20 de octubre de 1981 (RJA 3813), y en igual sentido, en la doctrina y allí referencias, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, pág. 127, PEÑA

dado que el resultado perseguido mediante el proceso —la salida del patrimonio ganancial del bien adquirido como consecuencia del contrato cuestionado—, atendiendo a las reglas del derecho material, sólo puede ser alcanzado frente a los dos cónyuges, ha de concluirse que ambos deben ser demandados, pues «en las acciones de nulidad de relaciones contractuales o en que se demanden derechos que conlleven tal nulidad o la presupongan han de estar presentes los directamente perjudicados por la declaración suplicada» (STS de 2 de septiembre de 1991) (104), razonamiento que, igualmente, es aplicable para el supuesto de rescisión (105).

De la misma manera, resulta correcto estimar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario cuando se ejerce una acción resolutoria de un contrato de compraventa mediante el que se ha adquirido un bien ganancial (STS de 25 de enero de 1990) (106), sin perjuicio de que no será necesario demandar ni tan siquiera notificar el embargo al cónyuge no adquirente si lo que pretende el acreedor es trabar embargo sobre un bien cuyo precio todavía no se le haya pagado en parte, en cuyo caso el artículo 1.370 consagra la responsabilidad directa del bien adquirido, sin más exigencias para el acreedor que justificar el impago, total o parcial.

Frente a esta acertada orientación jurisprudencial, estimamos discutibles, o al menos carentes de validez general, los pronunciamientos contrarios a la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en el supuesto de acciones reales, de los que puede ser exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1987 (107), en la que, ante el ejercicio de una acción negatoria de servidumbre respecto a un bien ganancial, habiéndose dirigido la demanda sólo frente al marido, el Tribunal Supremo, frente a la exigencia aducida por la parte recurrente de que debió ser traída al proceso

---

BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 587, n. 27; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 767, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 39-43.

(104) RJA 6042.

(105) Las SSTs de 6 de marzo de 1923 (Colección oficial de SSTs publicada por la RGLJ, t. 158, núm. 98) y 19 de noviembre de 1960 (RJA 3751) habían estimado aplicable lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria a la acción rescisoria por fraude de acreedores, a pesar de no pronunciarse sobre su carácter contradictorio, lo que parece negar la confusa STS de 4 de febrero de 1986 (RJA 412). En la doctrina consideran que tiene carácter contradictorio, y allí más información sobre tal condición: SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516; ALVAREZ CAPERO-CHIPI, *op. cit.*, págs. 126-127; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 768-770, y HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, págs. 43-47.

(106) RJA 24, en un caso en que de nuevo el marido manifiesta que adquiere o compra «para su sociedad conyugal», cuya solución es susceptible de extrapolación con independencia de tal declaración, según se ha señalado con ocasión de referenciar el supuesto enjuiciado en la STS de 4 de abril de 1988; sobre el carácter contradictorio de la acción resolutoria, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 365, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 516.

(107) RJA 7490.

la esposa del demandado, no aprecia la existencia de litisconsorcio pasivo necesario «por fundamentarse la pretensión ejercitada en una relación jurídica en la que sólo aparecen como elementos subjetivos suficientes el demandante y el demandado», citando en apoyo de su argumentación el contenido del artículo 1.385.2; en igual dirección, que no compartimos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985, ante la pretensión de la parte actora de resolución del contrato de arrendamiento suscrito por el marido, considera innecesario demandar también a la mujer (108).

Por otra parte, a pesar de no tratarse, en rigor, de verdaderas acciones contradictorias de dominio, según reiterada jurisprudencia, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ha de ser apreciada cuando se ejercita una acción de retracto (109) por el que se dice titular arrendatario de una finca, a la sazón ganancial, contra el comprador de la misma, sin haber demandado a su esposa, en tanto que «el éxito del retracto entrañaría un acto dispositivo sobre un bien inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales...» (SAT de Burgos de 14 de octubre de 1987) (110) o, por la misma razón, cuando se solicita la elevación a escritura pública de la venta por uno de los cónyuges de un bien ganancial (STS de 22 de julio de 1991) (111).

---

(108) *La Ley*, 5765/1985-4, págs. 401-404, donde se afirma que del artículo 1.385.2 del Código Civil se deduce que «basta su sola comparecencia en juicio —del marido arrendatario—, en calidad de demandado, para poder oponerse a las pretensiones del actor excepcionado, sin necesidad de que haya de ser demandado nominativamente el otro cónyuge», y en consecuencia se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada, si bien en el caso también se rechaza la pretensión del actor que había solicitado la resolución del contrato por no uso de la vivienda al amparo del artículo 623 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (dado que la desocupación obedecía a una justa causa: la falta de condiciones para servir al destino convenido imputable al demandante).

(109) El Tribunal Supremo no considera preciso impugnar el asiento anterior en supuestos de retracto convencional (STS de 3 de mayo de 1955, RJA 1561) o legal (STS de 22 de febrero de 1956, RJA 1500) sobre la base de que la acción de retracto no es contradictoria sino subrogatoria del dominio, conclusión asumida por la doctrina (por todos, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III bis, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 147, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 588, n. 28), que en modo alguno se contradice con la necesidad de dirigir la demanda frente a ambos cónyuges si el bien retraído tiene carácter ganancial, según se verá en el texto.

(110) *RGD*, núms. 529-530, octubre-noviembre 1988, pág. 6273, donde se añade que, por ello, «... la sentencia que se dictase había de afectar a la esposa, que no podrá ser condenada sin ser oída por no haber sido llamada al proceso, y sin que se oponga a todo ello lo consignado en el párrafo segundo del artículo 1385 del Código Civil, porque si bien es cierto que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción, lo que en modo alguno puede el actor es dejar de llamar a ambos esposos al proceso».

(111) RJA 5408, y con los mismos términos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de marzo de 1992 (AC 159/1992), en igual sentido



Por tal motivo, no compartimos la solución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1990, Sección 11.<sup>a</sup> (112), que, en un caso de ejercicio de retracto de un bien ganancial, dirigiéndose la acción sólo contra la adquirente y no contra su marido, no aprecia la excepción litisconsorcial alegada, si bien, en el supuesto concreto, el pronunciamiento de la Audiencia no carece, desde el punto de vista de la justicia material y equidad, de justificación, pues en la compraventa en cuestión no se hace referencia al marido y luego se omitió proporcionar tal dato a la actora, aunque, desde luego, no compartamos el criterio que, *obiter dictum*, se sostiene, en cuya virtud «si la mujer aparece en la compra, investida en la representación de la sociedad de gananciales, de modo genérico... resulta evidente el reconocimiento de una legitimación pasiva íntegra en la esposa...»

En esta misma línea, tampoco consideramos acertado, fundamentalmente por las afirmaciones que realiza, el fallo contenido en la Sentencia de 19 de mayo de 1988 de la Audiencia Territorial de La Coruña (Sala 2.<sup>a</sup>) (113),

---

se producen las Sentencias de 13 de septiembre y 18 de diciembre de 1990 de la Audiencia Provincial de Valencia (AC 175/1990 y 63/1991) y 14 de febrero de 1991 de la Audiencia Provincial de Avila (*La Ley*, 13.724-R/1991), y para la comunidad hereditaria la STS de 22 de marzo de 1990 (AC 611/1990), siendo de distinta opinión el fallo de la STS de 21 de noviembre de 1991 (RJA 8475), donde se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un caso en el que, ante la solicitud de elevación a escritura pública de la venta de una parcela por un copropietario sin la intervención del resto de copropietarios, considera bien entablada la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo mediante la demanda dirigida exclusivamente contra el copropietario que intervino en el contrato, dado que la venta sólo impone al vendedor la obligación de entregar la cosa vendida o, en su caso, su equivalente económico; *vid* también la STS de 5 de junio de 1992 (AC 1049/1992) en la que, correctamente, se concluye que es suficiente demandar a la esposa en la correspondiente elevación a escritura pública del documento privado de compra de un piso con posterioridad a la separación del matrimonio adquirido por aquélla con propio dinero, pues su marido es ajeno a la cuestión debatida en el proceso, por último, sobre la no consideración de la acción de condena al cumplimiento de contrato como contradictoria del dominio, STS de 16 de octubre de 1978 (RJA 3077). y en la doctrina, LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit., III bis, pág. 147; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pág. 588, n. 28; GARCÍA GARCÍA, *op cit.*, págs. 779 y 780, y HERNANDO COLLAZOS, *op cit.*, págs. 62-64. lo que, en nuestra opinión, no empeece la conclusión mantenida en el texto en relación a la excepción litisconsorcial para el supuesto de que el cumplimiento del contrato suponga la enajenación de un bien que forma parte del acervo ganancial

(112) RGD, núm. 561, junio 1991, págs. 5239-5241.

(113) RGD, núm. 535, abril 1989, págs. 2549-2550, en la cual se afirma que la solidaridad activa en la defensa del patrimonio común que consagra el artículo 1.385 2 «implica una solidaridad pasiva que no exige demandar a ambos cónyuges, sobre todo si se tiene en cuenta que, salvo situaciones anormales en el matrimonio, que en el presente caso ni siquiera se han alegado, se presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC). por lo que cada uno conoce las actividades del otro, y se presume que actúan en interés de la familia, ya que al defenderse uno de los dos en el pleito está defendiendo el patrimonio ganancial; y todo ello sin perjuicio de los mecanismos legales que el

en el que, considerando de aplicación el vigente artículo 1.385.2, sin embargo, no se aprecia litisconsorcio pasivo necesario en un caso en que se demanda sólo al marido, propietario del piso, por obras de elevación de edificación realizadas durante el matrimonio, gananciales en virtud de lo dispuesto en el derogado artículo 1.404, aplicable por razón de la fecha de las obras y en cuyos Tribunales no parece que se haya tomado nota de la casación que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1988 (114), por este motivo, llevó a cabo respecto de la Sentencia de 23 de junio de 1986 de su Sala 1.<sup>a</sup> (de la AT de La Coruña).

b) *Litigio que afecta al título de ocupación de la vivienda habitual familiar*

Sobre el tema objeto de estudio en este epígrafe, la suficiencia de la demanda dirigida contra el esposo titular del derecho en virtud del cual se ocupa la vivienda habitual de la familia siendo la consecuencia derivada de la estimación de la pretensión del actor la pérdida o disminución del título de ocupación de la vivienda por el grupo familiar, ha recaído una importante Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia 135/1986, de 31 de octubre (115), en la que, interpretando ampliamente el contenido

---

propio Código Civil pone en manos de la esposa (o en su caso del marido) en los casos de actos que causen dolosamente daño a la sociedad de gananciales o sean realizados en fraude de los derechos al otro cónyuge (arts. 1.390-1.391 CC)».

(114) RJA 2651.

(115) BOE, núm. 276, de 18 de noviembre de 1986, JC, t. XVI, págs. 222 y sigs., sobre el carácter ganancial del derecho arrendaticio, por otra parte no directamente conectado con la excepción litisconsorcial, se ha pronunciado también en otras ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. así la STC, Sala 2.<sup>a</sup>, 211/1988, de 10 de noviembre (BOE, núm. 297, de 12 de diciembre de 1988, JC, t. XXII, págs. 524 y sigs.) anula la sentencia del órgano jurisdiccional por no contener razonamiento alguno relativo a la pretensión de la esposa de que el local había sido arrendado en favor de la sociedad de gananciales, lo que contraviene el artículo 24 de la Constitución; también la STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 159/1989, de 6 de octubre (BOE de 7 de noviembre de 1989, JC, t. XXV, págs. 189 y sigs., comentada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, CCJC, 1989, núm. 21, págs. 915 y sigs., asumida en sus mismos términos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 20 de abril de 1991, RGD, junio 1992, núm. 573, págs. 6030-6031) otorga el amparo a la esposa ante la sentencia que accedió al desahucio entablado por el arrendador al estimar que la atribución a la esposa e hijos del local de negocio ganancial por parte del Juez de divorcio sin notificárselo al arrendador incidió en cesión ilegal; y de modo distinto la STC 126/1989, de 12 de julio (BOE, núm. 189, de 9 de agosto de 1989, JC, t. XXIV, págs. 573 y sigs.) deniega el amparo a la esposa ante el mismo supuesto de sentencia que consideró que la atribución del uso del bien ganancial (en el caso, vivienda familiar) por el Juez de divorcio sin notificación al arrendador incidía en cesión ilegal. Como se ve, la condición del contrato de arrendamiento suscrito constante el régimen de gananciales

de los artículos 1.320 y 96 del Código Civil, se exige que la demanda se dirija contra ambos cónyuges, aún cuando el contrato —de arrendamiento— por virtud del cual se disfruta de la vivienda hubiese sido suscrito por uno de los esposos, en términos que con posterioridad desarrollaremos.

Pues bien, la misma Audiencia de La Coruña citada en último lugar en el apartado anterior desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario aún tratándose de un litigio sobre el título de ocupación de la vivienda familiar (S de la Sección 1.ª de la AP de La Coruña de 11 de junio de 1991) (116), considerando inaplicable al caso la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986, oportunamente alegada, que la audiencia circunscribe tan sólo a los supuestos de «matrimonio separado y con intereses absolutamente contrapuestos entre los cónyuges» y, en parecidos términos, se produce la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.ª, de 8 de octubre de 1991 (117), que, igualmente, circunscribe el fallo del Tribunal Constitucional a los supuestos de crisis matrimonial y, en consecuencia, al residir ambos cónyuges en la vivienda, considera innecesario llamar a la litis al cónyuge del demandado arrendatario.

Desde luego la solución de las audiencias provinciales de La Coruña y de Oviedo antes mencionadas no constituye una interpretación jurisprudencial aislada; en esta misma línea se situaban, con anterioridad al referido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, algunas decisiones jurisprudenciales, de las que podemos destacar, por su cercanía en el tiempo al fallo del Tribunal Constitucional, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de septiembre de 1986 (118), cuyo criterio, sin embar-

---

por uno de los esposos y, por lo que nos interesa, los derechos que la actual normativa confiere a su consorte, son cuestiones que han suscitado una variada problemática en la que, como es obvio, no nos podemos extender, siendo suficiente a los efectos que nos interesa apunta que el Tribunal Constitucional, en los fallos antes destacados, incluída la STC 126/1989, estima de modo más o menos explícito, que la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar se realiza en base al reconocimiento a ambos esposos de una cotitularidad material con independencia de quién sea el titular formal del contrato

(116) AC 137/1991.

(117) AC 125/1992.

(118) *La Ley*, 8271-R/1986-4, pág. 955, en la que se estima que dado que «el contrato de inquilinato, cuya resolución de objeto de la acción de autos se concluyó de modo personal y en forma verbal entre el titular dominical de la vivienda y el demandado-apelante, sin que en el mismo hubiera intervenido la esposa de éste último... dirigida así la acción contra el titular originario, no es admisible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario»; véase, incluso, tal solución a pesar de que el contrato de arrendamiento —en el caso de un local de negocio— fue suscrito por los dos esposos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985 (*La Ley*, 5756/1985-4, págs. 401-404) y, mejor, con criterio distinto, si bien en el caso el tema no se centraba en la apreciación de la excepción litisconsorcial, Sentencia de la

go, fue modificado, con posterioridad al fallo del Tribunal Constitucional en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 8 de marzo de 1988 (119).

Asimismo, una tal interpretación restrictiva de la legitimación pasiva en el mismo supuesto en el que el litigio afecta a la vivienda familiar habitual siendo arrendatario sólo uno de los cónyuges y limitando la apreciación de litisconsorcio pasivo necesario a aquellos supuestos de «probada crisis matrimonial y la atribución en exclusiva de la vivienda a la esposa» se mantiene en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 5 de febrero de 1987 (120) que, dado que en el caso ocurre tal situación, declara que «la relación jurídica procesal no se ha constituido adecuadamente, a causa de no haberle demandado a la esposa, dándose con ello lugar a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario» y que también carece de relevancia significativa, incluso interpretada *a contrario* porque, aún siendo posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional, no parece haberla tenido a la vista y ni siquiera la cita, a pesar de tratarse prácticamente del mismo supuesto de hecho.

En cualquier caso, desde el referido pronunciamiento del Tribunal Constitucional, tal dirección jurisprudencial debe estimarse superada, pues, como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (121), «la necesidad del litisconsorcio... ninguna duda ofrece cuando se trata de vivienda habitual», resultando correcta la línea jurisprudencial que estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuando el litigio afecta a la vivienda habitual familiar, sea bien privativo o ganancial (SAP de Valencia de 13 de septiembre de 1990) (122), ya se trate de una situación matrimonial patológica (SAP de Madrid, Sección 8.ª, de 11 de noviembre

---

Audiencia Provincial de Bilbao de 8 de marzo de 1986 (7689-R/1986-3, pág. 687), donde se declara que «de los artículos 96 y 1.320 claramente se deduce que ambos cónyuges son cotitulares de todo derecho que pueda corresponderles respecto a la vivienda habitual de la familia, incluso los arrendaticios, máxime en el supuesto de que el contrato de arrendamiento se haya formalizado constante matrimonio celebrado bajo el régimen legal de gananciales, en que el concepto titular arrendatario debería ser irrelevante, entendiendo que tales derechos y obligaciones corresponden por igual a ambos cónyuges de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 66 del Código Civil...»

(119) *La Ley*, 10671-R/1988-3, pág. 701, donde se asume en sus mismos términos el contenido de la STC, en función de lo cual se concluye que aunque formalmente el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar fue inscrito por un cónyuge, «... el derecho arrendatario tiene carácter ganancial por aplicación del artículo 1.347, apartados 3 y 5, del Código Civil, y en consecuencia, teniendo la demandada interés, que es el núcleo de la legitimación, procede desestimar la excepción propuesta de falta de legitimación...»

(120) *Sentencias en apelación*, cit., 1987, n. 80, págs. 64-65.

(121) *RJA* 5408.

(122) *AC* 175/1992.

de 1991) (123), ya se esté en casos de normalidad matrimonial (S de 29 de mayo de 1990 de la AP de Granada, Sección 4.ª) (124).

En efecto, en cuanto a este último extremo, el mentado fallo del Tribunal Constitucional, después de referir la «buena interpretación» del artículo 96 *in fine*, añade que «igual atribución, por otra parte y para situaciones normales —no como la traumática de separación del art. 96 CC— establece el artículo 1.320 del mismo Código... Normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario», por lo que, según el Tribunal Constitucional, tanto en uno como en otro caso y con independencia del cónyuge que suscribió el contrato de arrendamiento «el artículo 96 del Código Civil ha creado un litisconsorcio pasivo necesario al equiparar al cónyuge no titular (no firmante) del contrato de arrendamiento con el suscriptor del mismo, considerando a ambos en la misma situación jurídica contractual».

Desde luego, tal doctrina no resulta de aplicación en los casos excepcionales en que la vivienda se ocupa en precario, en que no habrá litisconsorcio pasivo necesario (S de 28 de febrero de 1991 de la AP de Burgos, Sección 2.ª) (125), pues «el texto del artículo 1.320 tiene como presupuesto de aplicación que existan derechos sobre la vivienda y que se disponga de éstos», lo que no acaece cuando se constituye la vivienda en precario o por mera tolerancia de sus titulares» (STS de 21 de mayo de 1990) (126) y tampoco, lógicamente, en los supuestos en que el contrato —de arrendamiento— es posterior a la separación matrimonial, en cuyo caso no se trata de una vivienda familiar (STS de 21 de enero de 1992) (127) o, igualmente,

---

(123) RGD, abril 1992, núm. 571, págs. 3234-3236, en la cual se concluye que la resolución del contrato de arrendamiento no puede entenderse exclusivamente con el marido aunque éste sea titular del contrato de arrendamiento en un caso en que el piso arrendado que constituía el domicilio conyugal había sido asignado a la esposa en el procedimiento de separación conyugal.

(124) RGD, núm. 564, septiembre 1991, pág. 8508, en donde se estima necesario demandar a ambos esposos para la extinción del contrato de arrendamiento de la vivienda familiar habitual también en los casos de normalidad matrimonial y aunque uno sólo de ellos figure como arrendatario, vid. en igual sentido SSAP de Segovia de 30 y 31 de julio y 10 de diciembre de 1990 (*Sentencias en apelación*, cit., 1990, núms. 74, 75 y 76, págs. 72, 73 y 74, respectivamente).

(125) AC 90/1991.

(126) RJA 3827, comentada por CABANILLAS SÁNCHEZ. CCJC, núm. 23, págs. 672 y sigs.

(127) RJA 194, en un caso en que se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y se considera válidamente entablada la relación jurídico procesal demandando tan sólo al cónyuge suscriptor del contrato de arrendamiento porque éste había sido suscrito con posterioridad a la separación matrimonial, por lo que considera inaplicable la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al no tratarse, en el caso, de una vivienda conyugal o familiar.

cuando, fallecido el cónyuge arrendatario, su consorte no hubiese ejercitado la facultad de subrogación que le confiere el artículo 58 de la LAU (SAP de Valencia, Sección 1.ª, de 18 de febrero de 1992) (128).

Ahora bien, lo que, en cambio, no parece dable es interpretar con carácter general el referido fallo del Tribunal constitucional en sentido contrario a su literalidad, como se ha hecho en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10) de 13 de julio de 1991 (129), en la que se mantiene que «la tesis sostenida por la sentencia mencionada —STC de 31 de octubre de 1986— es la de la concepción del matrimonio como unidad de intereses lo que significa, tanto ostentar la esposa la cualidad de arrendataria aunque no haya intervenido en la suscripción del contrato, como asumir la eficacia de los actos realizados por el marido en relación al vínculo contractual; entre ellos, evidentemente, hacerse cargo del requerimiento de denegación de prórroga por causa de necesidad», puesto que para llegar a la solución que exige la justicia del caso concreto, la ausencia de litisconsorcio pasivo necesario, era suficiente, sin desvirtuar el contenido del fallo del Tribunal Constitucional, afirmar, como también hace la Sentencia de la Audiencia de Madrid, que «la ley se limita a exigir la fehaciencia del acto, de la que no cabe siquiera dudar cuando ambos esposos reconocen haber tenido conocimiento de la negación a la prórroga».

En fin, conviene insistir en las dramáticas consecuencias que, de no estimar la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, se derivan en el caso de reclamaciones atinentes a la vivienda familiar habitual, para lo cual puede ser un buen ejemplo el caso que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1985 (130).

---

(128) *RGD*, junio 1992, núm. 573, págs. 5994-5995, en la que ante la alegación de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandada la viuda del arrendatario originario y dirigirse la demanda tan sólo contra el hijo, se considera bien enablada la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, pues la esposa no ha acreditado los pretendidos derechos atribuidos («cuando era tan sencillo aportar un recibo de renta expedido a nombre...» de la misma) y, por el contrario, el actor ha probado que los recibos de pago de la renta arrendaticia fueron extendidos a nombre del hijo demandado, residente en la vivienda discutida, donde ejercía su profesión de médico, por lo que se concluye que la vocación de la viuda al pleito era a todas luces innecesaria, pues teniendo la posibilidad de suceder a su marido en sus derechos de inquilino, es lo cierto que ni ejerció tal derecho ni en ningún momento poseyó la condición de inquilina.

(129) *RGD*, núm. 567, diciembre de 1991, págs. 10761-10762.

(130) *RJA* 4629, comentada por HERRERO GARCÍA, *CCJC*, núm. 9, págs. 2969-2981. Se trataba de un matrimonio casado bajo el régimen de separación de bienes, estando prácticamente quebrantadas las relaciones matrimoniales y siendo el piso que constituía la vivienda habitual de la familia de propiedad del marido, que lo había vendido a una sociedad; ésta dirige la acción exclusivamente contra el marido vendedor instando que el piso quede libre, y el Juzgado de Primera Instancia condena al demandado, declarado rebelde, a desalojar el piso; frente a tal decisión, la mujer formuló demanda de recurso

c) *Ejercicio de acción de división de cosa común*

Tampoco consideramos acertada la solución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 (131), en la que, ante una acción de división de cosa común en la que una cuota tenía carácter ganancial, nuestro Alto Tribunal negó la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, basándose precisamente en el artículo 1.385.2 del Código Civil, y citando en su apoyo, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986, interpretada *a contrario*, lo que supone una utilización de la jurisprudencia que no puede ser calificada sino como no rigurosa.

En efecto, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1986 (132) afirma, en el fundamento de derecho 5.º, único que se reproduce en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1989, que «debe entenderse... legitimado a cualquiera de los cónyuges para pedir la división de una cosa común en la que hay cuota ganancial, debiendo aplicarse al posible abuso de quien lo pide, lo dispuesto en los artículos 1.322 (anulación a instancia del otro cónyuge) y 1.390 (para el caso de lucro exclusivo en acto no impugnado por el otro)», sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 1989, omite que ésta no es la afirmación que decide el pleito de la Sentencia de 1986, sino la contenida en el fundamento de derecho siguiente, el 6.º: «el actor presentó acta notarial... en la cual la mujer del actor manifestaba que conoció y consintió la presentación de la demanda de división».

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989 omite que el fundamento de derecho anterior, el 4.º, de la Sentencia de 1986, califica a la división «como acto de disposición a título oneroso, aunque su

---

extraordinario de revisión, fundamentándose en que la acción debió dirigirse también frente a ella dada la legitimación pasiva de que estaba investida por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.320, aduciendo maniobras que intuía como de maquinación fraudulenta entre su esposo y la entidad compradora para obtener la evacuación del piso del marido por la mujer, alegando relaciones de amistad, cuando no de parentesco, de los administradores de la sociedad con el marido, y el Tribunal Supremo declara improcedente el recurso de revisión, pues la mujer no puede promoverlo en tanto no está «afectada inicialmente por la sentencia del procedimiento que se recurre en revisión por no haber sido citada y oída en el mismo, no se produce en cuanto a ella la virtualidad y firmeza de la cosa juzgada, pues faltaría en un eventual procedimiento posterior la identidad de personas, que es uno de los requisitos previstos en el artículo 1.252 del Código Civil» y concluyendo que la mujer no demandada se encuentra suficientemente tutelada mediante el ejercicio de la acción de anulabilidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.322, precepto que «da cauce de expresión y ejercicio del derecho del cónyuge que en determinada ocasión se vea afectado por la enajenación mediante la interposición de la correspondiente demanda y promoción del juicio declarativo correspondiente, quedando por ello tutelado judicial y efectivamente su derecho con respecto al mandato del artículo 24.1 de la Constitución».

(131) RJA 4295.

(132) RJA 1857

fin esencial no sea el de enajenar o adquirir, sino el de determinar o especificar derechos siempre que cualquier comunero pida la división sin necesidad de explicar su motivación, como autoriza el artículo 400 del Código Civil, porque el régimen de comunidad deja de ser útil en cuanto se manifiestan dificultades de entendimiento entre los comuneros, lo cual califica la división como acto de gestión beneficiosa...» y, lo que es más llamativo, se olvida de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (133), más cercana que la de 1986, en la que se da por supuesto que, para la división, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

En fin, que no resulta tan claro que ejercitar la acción de división de un bien común en el que una cuota es ganancial no requiera el consentimiento de ambos cónyuges (134) y, en consecuencia, deviene sumamente forzado concluir que no existe litisconsorcio pasivo necesario cuando un tercero insta la división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial, aparte del exceso que, para llegar a tal conclusión, supone partir, como hace la mentada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1989, de que «la acción *communi dividundo* derivada del artículo 400 del Código, representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, y es de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, valiendo como única causa de oposición el pacto de conservar indivisa por tiempo no superior a diez años» (135), puesto que, como señala MIGUEL GONZÁLEZ (136), al amparo del artículo 7, la acción de división necesariamente ha de estar limitada por el principio general de

---

(133) RJA 1209.

(134) Tampoco la STS de 5 de junio de 1989 lo tiene tan claro cuando después de aseverar que «la venta de cosa *pro indivisa* no permite equipararla a los clásicos actos de disposición a que se refiere nuestro Código», añade «aunque sus efectos se asemejen en cuanto que implican su salida de las esfera dispositiva»; en la doctrina, por todos, en favor de la consideración de la división como acto de disposición (lo que, en nuestro supuesto, implicaría la exigencia del consentimiento de ambos esposos, *ex art.* 1.377), GULLÓN BALLESTEROS, «La disolución de la comunidad de bienes en la jurisprudencia», *ADC*, 1965, pág. 366; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, 1.ª reimpresión de la 2.ª edic., Madrid, 1986, pág. 778, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 6.ª edic., Barcelona, 1989, revisado por GONZÁLEZ PORRAS, pág. 409, también MIGUEL GONZÁLEZ, *Comentarios Ministerio*, cit., I, pág. 1102, para quien la pretensión de división tiene carácter real y no un derecho potestativo.

(135) Se trata de una afirmación que la jurisprudencia ha venido utilizando frecuentemente; así, por todas, STS de 31 de mayo de 1991 (RJA 3952)

(136) Cfr. *Comentario Ministerio*, cit., II, pág. 1103, y *CCJC*, núm. 12, págs. 4063 y sigs., con ocasión del comentario de la STS de 9 de octubre de 1986 (RJA 5505), en donde también se sostiene que «la copropiedad es tenida como un estado transitorio mirado con disfavor por la Ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista (S. de 31 de diciembre de 1985), como revela la rotundidad del propio citado artículo 400 del Código...»; *vid* también Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, págs. 775-776, quien propugna la posible aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1.705 del Código Civil.



buena fe, lo que tampoco parece admitir la tan referida sentencia, que concluye que «dado que la acción se incardina en el derecho incondicional del artículo 400, no cabe el riesgo de una posible confabulación a existir entre los actores y los demandados casados».

En cualquier caso, con independencia de las consecuencias nefastas que supone una tal inteligencia de la acción de división a los efectos que en este momento nos ocupan, litisconsorcio pasivo necesario ante la pretensión de división de un tercero, nos hemos detenido especialmente en la materia a la luz de reiteradas decisiones jurisprudenciales que pueden convertir en ilusorias las prescripciones contenidas en el artículo 96 del Código Civil (137) —y también, en su caso, en el art. 1.320 CC— (138), para el supuesto de copropiedad de la vivienda familiar y ante la pretensión de división de uno de los cónyuges, que ha de encontrarse también modalizada, cuando menos, por el principio de buena fe.

#### d) *Cónyuge comerciante*

Para el supuesto de que las deudas hayan sido suscritas por un cónyuge comerciante con ocasión de operaciones comerciales, la normativa que resulta de aplicación viene contenida en los artículos 6 y siguientes del

---

(137) Vid. la STS de 22 de septiembre de 1988 (RJA 6852), asumida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 25 de enero de 1992 (RGD, septiembre 1992, núm. 576, págs. 9137-9139), en la que se estima la *actio communi dividundo* ejercitada por el ex cónyuge al que no se le adjudicó la vivienda en la sentencia de divorcio de acuerdo con el artículo 96 del Código Civil (ante la ausencia de acuerdo y la inexistencia de hijos) con una argumentación muy discutible desde un punto de vista dogmático, como han puesto de relieve RAMS ALBESA, CCJC, núm. 18, págs. 841 y sigs., y MURCIA QUINTANA, «La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado (Comentario a la STS de fecha 22 de septiembre de 1988)», ADC, 1989, págs. 1056-1058, vid. también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, de 29 de octubre de 1990 (RGD, mayo 1991, núm. 560, págs. 4344-4346), donde igualmente se admite el ejercicio de la acción de división de la vivienda en copropiedad por parte del cónyuge que no tiene atribuido el uso, si bien se advierte que la parte beneficiada puede instar las medidas cautelares pertinentes en defensa de su derecho de uso, vid., mejor, la desestimación de la acción de división en SSAT de Palma de Mallorca de 1 de diciembre de 1988 (Revista de la Facultad de Derecho de Baleares, 1991, págs. 167-170, comentada por CAVANILLAS MÚGICA), y de 21 de junio de 1989 (AC 113/1989-3), donde se destaca que el cónyuge a quien no le ha sido atribuido judicialmente en el proceso matrimonial el uso de la vivienda conyugal no puede ejercitar la acción de división de cosa común sin el consentimiento del esposo que ocupa el inmueble o, en su defecto, sin autorización judicial, que deberá prestar el Juez de familia.

(138) Vid. MIGUEL GONZÁLEZ, CCJC, núm. 13, pág. 4063, quien destaca que «aun que se sostenga que la división de la cosa común no produce un efecto traslativo.», en ningún caso pueden pedir la libre disposición de sus bienes de acuerdo con el artículo

Código de Comercio, a los que se remite el artículo 1.365.2.º *in fine* del Código Civil, a cuyo amparo el acreedor puede dirigirse directa e indiscriminadamente, ante el incumplimiento de su deudor, contra los bienes gananciales *in genere* si, como será habitual, el esposo no deudor conoce el ejercicio del comercio de su consorte y no ha manifestado su «oposición» inscrita en el Registro Mercantil —RM— a la sujeción a responsabilidad de la totalidad del patrimonio ganancial (139), en cuyo caso se presume otorgado el consentimiento de éste último (arts. 6, 7, 8 y 11 CCom).

Aparte de ello, desde luego, se estatuye la permanente e indudable responsabilidad con los bienes propios del esposo comerciante (*ex art. 6 CCom y 1.911 CC*) y con los bienes adquiridos con las «resultas» del ejercicio del comercio (*ex art. 6 CCom*) y se deja al margen la sujeción de los bienes del no comerciante, para lo cual será necesario su consentimiento «expreso en cada caso» (art. 9 CCom).

1 052, aplicable por la remisión del artículo 406. Ninguno de los cónyuges tiene la libre disposición de su derecho en el piso común conforme al artículo 1320....»

(139) A pesar de que, literalmente, los artículos 7 y 8 del Código de Comercio refieren la oposición expresa del cónyuge no comerciante «al ejercicio del comercio», parece claro que en la medida en que un esposo no puede oponerse a que su consorte ejerza el comercio, el contenido de tal oposición ha de referirse a que por el ejercicio del comercio queden vinculados los restantes bienes gananciales que no provengan de las resultas *Vid.* en tal sentido, aunque veladamente, la STS de 27 de junio de 1989 (RJA 4788) y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13. de 21 de noviembre de 1989 (RGD, abril 1990, núm. 547, págs. 2593-2594); con todo, sin embargo, la jurisprudencia suele reproducir literalmente el artículo 7 del Código de Comercio y, en consecuencia, refiere la oposición al ejercicio del comercio (SSTS de 29 de diciembre de 1987 —RJA 9656—, 21 de marzo de 1988 —RJA 2222— y de 25 de noviembre de 1991 —RJA 7978—) e, incluso, en ocasiones, expresamente se señala que el consentimiento no se refiere «a la responsabilidad de los bienes, sino al ejercicio del comercio» (STS de 16 de febrero de 1987 —RJA 698—) o se menciona que la meritada oposición lo es «al desarrollo de la...» actividad comercial (S. de 31 de diciembre de 1991 en la AP de Huesca —RGD, enero-febrero 1992, núms. 568-569, págs. 1051-1056—). En la doctrina, en el sentido indicado por las primeras decisiones jurisprudenciales tal como se mantiene en el texto, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., IV-1, págs. 423-424; PÉREZ-JOFRE ESTEBAN, «El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado* —AAMN—, t. XXVIII, pág. 202; TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, págs. 1690-1691; DE LA CÁMARA, «Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio», en *Homenaje a Juan Berchamns Vallet de Goytisoló*, vol II, Madrid, 1988, pág. 151, n. 73; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 477-478, y RAMS ALBESA, *La sociedad...*, cit., pág. 252; en contra se pronuncian, conforme al tenor literal de los artículos del Código de Comercio, GIMÉNEZ DUART, «La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el artículo 1 322)», *AAMN*, t. XXVIII, págs. 346-347, págs. 341-342, n. 104, e ILLESCAS ORTIZ, en *Derecho mercantil*, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, vol 1º, Barcelona, 1992, págs. 101 y 103; también LOPEZ SÁNCHEZ, «La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la Ley de 13 de mayo de 1981», *Revista Jurídica de Cataluña*, págs. 602, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 131-132, que, asimismo, hablan de «oposición al ejercicio del comercio», si bien hacen tránsito a la interpretación propuesta por el primer grupo de autores

Luego, y prescindiendo de la constancia del consentimiento expreso del no comerciante para que la responsabilidad alcance a sus propios bienes (140), ante la amplitud de los términos en que están redactados los preceptos mercantiles antes citados, fácilmente puede deducirse que las deudas derivadas de las distintas operaciones que constituyen el ejercicio de comercio por persona casada bajo el régimen legal, generalmente, pueden ser calificadas como deudas consorciales, aquellas en virtud de las cuales el acreedor puede embargar directamente la totalidad del acervo ganancial y, así, se evidencia ante la lectura de numerosas decisiones del Tribunal Supremo que, en aplicación de la normativa del Código de Comercio, permiten al acreedor embargar directa e indiscriminadamente el patrimonio ganancial ante la asunción de obligaciones por un cónyuge comerciante con ocasión del ejercicio del comercio sobre la base de presumir el consentimiento de su consorte en los términos antes vistos de los artículos 7 y 8 del Código de Comercio (conocimiento y falta de oposición inscrita) (141).

Así las cosas, el problema objeto del análisis en este trabajo, la constitución de la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, cuando el acreedor pretenda agredir el patrimonio ganancial *in genere* al amparo de los preceptos mercantiles precedentemente expuestos, requiere, con carácter previo, analizar, siquiera de modo sumario, la legitimación pasiva ante deudas asumidas por los dos esposos, dado que el presupuesto del que parte el legislador mercantil radica en la presunción del consentimiento del consorte del comerciante y en tanto en cuanto que, según se verá, en diversas ocasiones, también el no comerciante interviene en el negocio cuyo incumplimiento ha desencadenado la responsabilidad que se pretende hacer efectiva sobre los gananciales.

Pues bien, si ambos cónyuges han intervenido, por sí o representados, en la contracción del débito, ninguna duda ofrece que la demanda ha

---

(140) El consentimiento expreso ha de constar en escritura pública inscrita en el Registro Mercantil (art. 11 CCom) o en documento privado alegado por los acreedores de buena fe (arts. 21, apdos. 1 y 4 CCom, y 4 2 y 9, apdos. 1 y 4 RRM) y puede prestarse por una o unas operaciones determinadas o bien por todas las del negocio concreto, siendo posible que el consorte no comerciante especifique cuáles de sus bienes propios quedan afectados de tal modo que, sólo si no lo hace, se entenderán afectados todos ellos. *Id.*, por todos, en parecido sentido, y allí referencias, LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 425, y RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 135-136.

(141) En tal sentido STS de 16 de febrero de 1987 (RJA 698), que considera de aplicación el Código de Comercio en Navarra, donde existe una específica normativa para el caso, fianza prestada por cónyuge comerciante (Ley 61 de la Compilación) y deja sin efecto los acertados pronunciamientos contenidos sobre el mismo supuesto de hecho, y las mismas partes contendientes, en la STS de 19 de enero de 1987 (RJA 305), también, SSTs de 29 de diciembre de 1987 (RJA 9656), 21 de marzo de 1988 (RJA 2222), 16 y 27 de junio de 1989 (RJA 4691 y 4788), 22 de octubre de 1990 (RJA 8031), 15 de marzo y 25 de noviembre de 1991 (RJA 2261 y 7979).

de ser dirigida contra uno y otro, según señaló la RDGRN de 28 de marzo de 1983 (142), existiendo litisconsorcio pasivo necesario apreciable de oficio (STS de 6 de junio de 1988) (143), salvo que se estime solidaridad en la obligación, que, según reiterada jurisprudencia, excluye la meritada excepción (144), y, en cualquier caso, la responsabilidad con los gananciales *in genere* resulta indudable, sin necesidad de mayores alegaciones para el acreedor que la presencia de los dos cónyuges en el contrato de que se trate, cuidándose el esposo que tan sólo presta el consentimiento a la actuación de su consorte de precisar el alcance y sentido que, en su caso, haya tenido la concurrencia, a los efectos de tratar de liberar del embargo sus bienes privativos, como, según se ha visto, se previene en los supuestos de los artículos 7 a 9 del Código de Comercio, que no estatuyen la responsabilidad con el patrimonio particular del no comerciante salvo su consentimiento expreso al respecto.

En cualquier caso, habrá litisconsorcio pasivo necesario como consecuencia de la participación de ambos esposos, sin que, a nuestro juicio, sea obstáculo para tal apreciación que uno de ellos «no hace más que ostentar

---

(142) RJA 1662.

(143) RJA 4819, donde se aprecia la excepción ante la pretendida resolución de un contrato de compraventa de bien ganancial en el que el marido comprador había manifestado actuar «en nombre propio y de su esposa». En igual sentido, Sentencias de 21 de septiembre de la Audiencia Territorial de Burgos (RGD, núm. 543, diciembre de 1989, págs. 8494-8495) y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 14 de mayo de 1991 (RGD, núm. 567, diciembre de 1991, págs. 11407-11409); en contra, lo que no compartimos, se pronuncian las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985 (*La Ley*, 5756/1985-4, págs. 401-405), donde se desestima la excepción litisconsorcial ante el ejercicio de la acción de desahucio de un local de negocio cuyo arrendamiento habían suscrito ambos esposos, siendo dirigida la demanda sólo contra el marido, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1990, Sección 11, (RGD, núm. 561, junio 1991, págs. 5239-5241), en la cual también se afirma que «si la mujer aparece en la compra investida de la representación de la sociedad de gananciales, de modo genérico, resulta evidente el reconocimiento de una legitimación pasiva íntegra de la esposa».

(144) En caso de solidaridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún no unánime, considera de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código Civil, lo que ha sido implícitamente canonizado por la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero de 1984 (BOE, núm. 59, de 9 de marzo de 1984, JC, t. VIII, págs. 243 y sigs.); en tal sentido, entre las últimas, SSTs de 16 de junio de 1984 (RJA 3245), 30 de octubre de 1986 (RJA 6021), 14 de julio de 1988 (RJA 5691), 12 de febrero y 5 de junio de 1992 (RJA 979 y AC 1045/1992), con ocasión de defectos en la construcción, y de 16 de junio de 1986 (RJA 3553), 10 de octubre de 1988 (RJA 7404) y 21 de abril de 1992 (RJA 3315), sobre culpa extracontractual, y de 7 de enero de 1992 (RJA 150) en un caso de fianza solidaria. *Vid.*, en la doctrina, y allí más información, CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1980, págs. 10-12, y CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde un óptica procesal*, Barcelona, 1990, págs. 132-141; *vid.* también la excepción a dicho criterio en materia tributaria (*infra*, n. 220).

una intervención "formal", ya que el actuante y declarante» fue su marido, como, erradamente, ha estimado el Tribunal Supremo en la anteriormente mencionada Sentencia de 24 de octubre de 1990 (145), en la que la consecuencia, de estimarse la demanda, era la resolución de una propiedad ganancial (146).

Tal conclusión, la innecesariedad de dirigir la demanda contra los dos cónyuges intervinientes en el contrato, sólo puede aceptarse cuando la participación del esposo consintiente, realmente, resultase irrelevante e innecesaria y las consecuencias que de la estimación de la demanda se derivan son indiferentes para el patrimonio ganancial y, en fin, cuando la demanda se dirige contra el contratante sobre la base de su relación jurídica con el bien objeto de litigio, que no es ganancial y con respecto al cual su consorte resulta ajeno.

Así, cuando la intervención del esposo que presta el consentimiento se limita a efectuar la confesión sobre el origen del dinero entregado por su consorte comprador del bien, a cuyo nombre figura el mismo en el RP, en cuyo caso resulta suficiente demandar al cónyuge deudor titular registral, como previene el artículo 144.2 del Reglamento Hipotecario, pues su consorte puede excepcionar su falta de legitimación pasiva, según se apreció en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6.ª, de 17 de mayo de 1991 (147), lo que, de igual modo, se estimó en el caso enjuiciado, con arreglo al derecho derogado, por la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña, Sala 1.ª, de 29 de febrero de 1984 (148), en la que ante el ejercicio por la comunidad propietaria de la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil se acepta la falta de legitimación pasiva del marido

---

(145) RJA 8045

(146) *Vid.* tal planteamiento, con arreglo al derecho derogado, en Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 13 de mayo de 1981 (*Sentencias en apelación*, cit., 1981, n. 103, pág. 85), en la que, ante la demanda de resolución del contrato de arrendamiento dirigida sólo contra la mujer, a pesar de haber concertado el contrato ésta interviniendo el marido para contemplar su capacidad, lo que, según destaca la Audiencia Provincial era innecesario con posterioridad a la reforma de mayo de 1975, se concluye que «siendo el derecho emergente de ese contrato un derecho de arrendamiento de la mujer en cuanto a la vigencia, aunque, supuesto éste, pudiera en alguna forma, repercutir al marido... sin duda alguna, la titularidad del contrato y la legitimación para ser demandada es de... —la esposa—, sin necesidad de ningún tipo de litisconsorcio...» Por nuestra parte, nos remitimos a cuanto se ha expuesto anteriormente respecto de la legitimación pasiva como consecuencia de una demanda por medio de la cual se pretende la salida de un bien del patrimonio ganancial, conclusión que, en nuestra opinión, tiene mayor virtualidad cuando el contrato ha sido concluido por ambos esposos, todo ello, por otra parte, sin analizar el carácter de la intervención del marido, bajo la vigencia del derecho anterior a mayo de 1981, a los efectos de completar la capacidad de su esposa.

(147) *La Ley*, 12097/1992

(148) *RGD*, mayo 1985, núm. 488, págs. 1650-1651.

«pues la intervención del mismo en las escrituras declaradas nulas se limitó a prestar el consentimiento a su esposa y la posesión de la parte de la finca que se le imputa no la tiene en nombre propio, sino como esposo... y, por tanto, más que poseedor es un servidor de la posesión...» (149).

De igual modo, la necesaria exigencia de demanda conjunta frente a los dos cónyuges en los supuestos en que ambos hayan intervenido en el contrato de que se trate, no nos lleva hasta el extremo de mantener dicha pretensión en aquellos casos en que la enajenación es obligada o forzosa como consecuencia del previo consentimiento de ambos consortes.

Así acontece en los denominados por buena parte de la doctrina actos debidos (150), de los que puede ser un buen ejemplo el fallo de la Sentencia

---

(149) Según se advierte, si bien la Audiencia Territorial de La Coruña admite la existencia en nuestro Derecho de la figura del servidor de la posesión (regulada en el párrafo 855 BGB y, según PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «Anotaciones al "derecho de cosas"», de WOLF, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 3.ª edic., al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1971, págs. 50-52, consagrada en el artículo 431 CC), parece que se concibe como un mero instrumento o ejecutor material del señorío posesorio del poseedor, en dependencia y subordinación respecto de éste y, en consecuencia, sin conferirle las acciones posesorias que corresponden a su principal, por lo que sólo contra éste ha de dirigirse la demanda (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, págs. 479-481; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., III-1, pág. 62; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, 3.ª edic., reimpresión actualizada, Barcelona, 1991, págs. 41-43; en contra, DORAL GARCÍA, «El servidor de la posesión», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, t. V, Pamplona, 1969, págs. 233 y sigs., quien estima que no debe privársele al servidor de la posesión de acudir a los remedios con que hacer frente a los actos de perturbación o despojo provenientes de terceras personas e, incluso, excepcionalmente, frente al poseedor). *Vid.* la admisión de la figura recientemente en las SSTs de 19 de junio de 1984 (RJA 3251), negando con ello posesión en concepto de dueño a efectos de prescripción adquisitiva a la empleada que habita la casa como consecuencia de los servicios domésticos que presta y de 30 de octubre de 1986 (RJA 6017), considerando como tal servidor al hijo, actor, que ocupa la finca por concesión de su padre que reconviene para que se declare su propiedad, lo que se admite.

(150) *Vid.*, entre otros, sobre la innecesariedad, improcedencia y el carácter superfluo del consentimiento del otro cónyuge cuando la enajenación es obligada o forzosa y la defensa de la separación entre enajenaciones voluntarias y forzosas, para el derecho derogado, DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1 413», cit., *ADC*, 1960, pág. 393, que mantiene igual posición para el derecho actual en *La sociedad*, cit., págs. 520-522; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 329, y LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, cit., pág. 533, opinión que reitera para el derecho vigente en *Elementos...*, cit., IV-1, págs. 454-455, y al que sigue GIMÉNEZ DUART, «La gestión de la comunidad de gananciales», *ADC*, 1982, pág. 576, que señala que si la obligación de los cónyuges es actuar en interés de la familia (art. 67), no tiene sentido exigir un consentimiento de cuya no prestación, en caso de un acto debido, sólo pueden derivarse demoras procesales y perjuicios para la comunidad. En todos los casos expuestos por estos autores parece difícil que, en la medida en que la enajenación es obligada o forzosa y no depende de la voluntad de los cónyuges, se produzcan ocasiones de fraude al consorcio, salvo, como señala DE LA CÁMARA, *op. cit.* y *loc. cit.*, el expediente de simular una obligación que lleva aparejada la correspondiente ejecución, dando lugar una vez reclamado judicialmente su cumpli-

del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1986 (151), en la que, conforme al derecho derogado, recogiendo una reiterada jurisprudencia en el mismo sentido, en un caso en que la mujer había prestado el consentimiento para constituir garantía hipotecaria sobre bienes gananciales, por préstamos recibidos por el marido, constante matrimonio, se estima que ello «comporta la innecesariedad de ser requerida ni oída aquélla en todo el recurso posterior de la erección de esa garantía... porque aquel consentimiento se extiende a todos los episodios posteriores hasta su implícita enajenación en la subasta o por adjudicación del Juzgado conforme a las normas del artículo ciento treinta y uno de la Ley Hipotecaria».

En el mismo sentido se había pronunciado, también con arreglo al derecho derogado y con ocasión al ejercicio de una acción hipotecaria, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983 (152), en la que, después de aludir a la similitud con la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1960 (153) para el retracto legal, se añade que «tal conclusión sería válida aún ateniéndose al régimen instaurado para la economía del matrimonio por la Ley de 13 de mayo de 1981...» (154) así como que sostener lo contrario, es decir, que el procedimiento judicial sumario, regulado en los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria, deba dirigirse frente a ambos cónyuges, supone ignorar que tal «proceso de ejecución dirigido a la realización del valor en cambio de la finca hipotecada, carece de fase contenciosa y se atiene estrictamente a los datos del Registro, por cuanto entraña una acción directa contra los bienes hipotecados,... para lo cual... hace llevar al momento de constitución de la garantía hipotecaria, como requisito esencial para su existencia, todos aquellos datos y elementos susceptibles de ser previstos...».

Esto es, llegado el momento de la enajenación judicial o forzosa de los bienes gananciales embargados en que culmina el proceso de ejecución, no

---

miento a una enajenación efectuada en perjuicio del cónyuge que no ha prestado su consentimiento, en cuyo caso el remedio consistiría en admitir al cónyuge preterido como parte en el proceso de ejecución, lo que, según hemos visto, no resulta fácil.

(151) RJA 5797.

(152) RJA 1610.

(153) RJA 961.

(154) Argumentando, para fundar la extrapolación de tal conclusión para el Derecho actual, que «... el principio de gestión conjunta y de codisposición ordenado en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil nada impide que uno de los cónyuges otorgue su consentimiento respecto de los actos de administración o de disposición realizados por el otro, expresión de voluntad que puede ser anterior al negocio dispositivo, pues el artículo 1.377 no lo prohíbe, sin necesidad por tanto de la conjunta intervención de ambos esposos en el contrato de que se trate, lo que permite concluir que para la ejecución sobre finca ganancial de la hipoteca constituida por el marido mediando anuencia de la mujer, la acción correspondiente y el requerimiento de pago tendrán como único sujeto pasivo al primero...»

se requiere ya en puridad ningún consentimiento, pues «cuando el Juez otorga de oficio una escritura en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no actúa propiamente en representación del deudor o del dueño de la finca, sino en ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuyos resultados se imponen a los dueños, con, sin o contra su voluntad (de acuerdo con esta idea la Ley de 14 de mayo de 1986 elimina del art. 131.17 LH las palabras que aluden a la “representación” del dueño de los bienes que se enajenen judicialmente)», en términos empleados en las Resoluciones de la DGRN de 15 de julio de 1988 y de 11 de mayo de 1989 (155), que estimamos acertados, frente a la deficiente dicción literal del párrafo 3.º del artículo 144 del Reglamento Hipotecario (156) y que, en la actualidad carecen de sentido tras la reforma del artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

Con todo, y sin perjuicio de que en estos casos aceptamos la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, conviene tener presente que no puede impedirse la intervención, como parte, si así lo solicita, del esposo que prestó su consentimiento, pues lo contrario supondría una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como apreció la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, 6/1992, de 13 de enero (157), en relación a la audiencia del arrendatario en el procedimiento hipotecario, a cuyas acertadas reflexiones nos remitimos.

Pues bien, salvo estos supuestos que, según se deduce de su exposición, son excepcionales, en los demás en que intervienen ambos cónyuges, o uno con el consentimiento del otro —o también uno de ellos presumiendo la Ley el consentimiento de su consorte— la demanda ha de dirigirse contra los dos (158) y, por ello, no estimamos correcto, al menos con validez general,

---

(155) RJA 6352 y 4002.

(156) El Reglamento en el artículo 144.3, por mor de la remisión que efectúa en los artículos 93 y sigs del mismo insiste en la asimilación de las enajenaciones voluntarias o las onerosas, como hacía el anterior párrafo 1.º del derogado artículo 144, que se remitía a lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código Civil en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario, lo que había sido objeto de fundadas críticas por SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.* y *loc. cit.*, y DE LA CÁMARA, «El nuevo artículo 1.413», *cit.*, ADC, 1960, pág. 393. Para la actual redacción repite las críticas este último autor, *La sociedad*, *cit.*, págs. 520-522.

(157) BOE de 13 de febrero de 1992, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 130, febrero 1992, págs. 35-41.

(158) A nuestro juicio, resulta difícilmente extrapolable al Derecho actual el fallo de la STS de 25 de mayo de 1987 (RJA 3581) en un caso en que se ejercita acción por una comunidad de propietarios frente a los promotores-constructores del edificio firmantes de los contratos privados de compraventa, y no contra los mismos y sus esposas, a pesar de que «las escrituras públicas de obra nueva, de división horizontal y de venta de los pisos se otorgaron por las respectivas sociedades conyugales, que quedarían



el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1989 (159) en cuya virtud, ante «el consentimiento que a su ejercicio del comercio presta su esposo al concurrir a la firma del... documento, la extensión de la deuda resultante de la litis a los bienes comunes no exige que se demande al otro cónyuge».

De igual modo, tampoco reputamos certera la solución de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 15 de febrero de 1988 (160), en donde, habiendo firmado el contrato la esposa del comerciante y declarándose que, por ello, la misma se encuentra obligada a sus consecuencias, se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario «no siendo... precisa la participación en el juicio de la cónyuge del demandado pues acreditado que éste ejercía, al firmar el contrato, la actividad de comerciante... el consentimiento de la mujer quedó bien patente al suscribir el contrato contrario a lo que denota la administración y disposición conjunta».

Por lo mismo, tampoco compartimos el criterio que, en análogo sentido, se sienta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1991 (161) en donde también se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en un caso de demanda dirigida contra el marido comerciante que, para el pago de una deuda contraída como consecuencia de sus relaciones comerciales, había transmitido dos locales gananciales, siendo pretensión del actor que el demandado otorgue escritura pública y en el que el Tribunal Supremo considera que «tratándose de una deuda originada en el ejercicio del comercio por el recurrente sin oposición de su esposa, para nada debía ésta prestar su consentimiento... al remitirse el último párrafo del artículo 1.365 a lo dispuesto en el Código de Comercio».

No consideramos acertado dicho planteamiento pues, a nuestro entender, es lo cierto que el consorte del comerciante que —se presume que— consiente la responsabilidad con los bienes gananciales —falta de oposición inscrita en el RM— tendrá interés (interés jurídico) en el desarrollo del pleito del que, acaso, pueda depender la propia subsistencia del patrimonio de la sociedad de gananciales en el que, posiblemente, ambos esposos, y no

---

afectadas al acogerse en el fallo la entrega a la comunidad actora del espacio entre la terraza proyectada y el tejado construido»; en el caso, el Tribunal Supremo desestima la excepción del litisconsorcio pasivo necesario alegada, pues «las escrituras públicas de compraventa no tuvieron otra finalidad o designio que dar claridad y firmeza a los contratos privados, estableciendo y fijando una situación jurídica anterior a la que dieron nueva constancia, confiriéndole certeza como contrato preexistente, de forma tal que al otorgarles poderes lo que hicieron las esposas fue confirmar o ratificar lo hecho por sus maridos como administradores de los bienes gananciales»

(159) RJA 4691.

(160) RGD, junio 1989, núm. 537, pág. 4237.

(161) RJA 7978.

sólo el deudor comerciante, tengan su mayor activo patrimonial, por lo que, así como se tiene en consideración que no existe inscrita en el Registro Mercantil la oposición del consorte del comerciante, asimismo deberá de permitírsele en el pelito discutir el origen de la obligación —si ha sido realizada en el marco de las operaciones comerciales o no...—; por todo lo dicho, si la demanda frente a ambos es necesaria cuando el consentimiento del esposo no comerciante se deduce de los términos de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, mucho más lo será si, cual aconteció en alguno de los supuestos anteriormente enunciados, el cónyuge del comerciante ha intervenido directamente en el contrato.

Por todo ello, en cambio, estimamos más acertado y conforme a derecho el pronunciamiento contenido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de febrero de 1989 (162) en el que, ante el mismo supuesto, de consentimiento por un cónyuge para permitir la sujeción directa de los bienes gananciales a las resultas del ejercicio del comercio por su consorte y habiendo sido correctamente demandados ambos, se desestima la falta de legitimación pasiva alegada por el cónyuge no comerciante «ya que así resulta mejor protegido el cónyuge no deudor directo y se evitan los posibles obstáculos que podrían surgir en la ejecución».

Asimismo, resulta especialmente significativa, por su correcta orientación en los términos anteriormente expuestos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988 (163), en la que, ante la demanda presentada por los presidentes de las comunidades de propietarios de diversos edificios comprendidos en un conjunto residencial dirigida, entre otros, contra el promotor constructor —considerado como comerciante— y su esposa, que había otorgado el consentimiento a la actividad de su cónyuge —*rectus*, para permitir la agresión de los bienes gananciales—, en solicitud de que se condenara a los interpelados a realizar diversas obras para reparar defectos de construcción de los edificios y a indemnizar a las comunidades demandantes por daños y perjuicios, el Tribunal Supremo, considerando que los bienes gananciales quedan obligados a las resultas de la gestión del marido comerciante ante el consentimiento —falta de oposición— de su consorte, ratifica la absolución de la esposa respecto de sus bienes privativos estimada por las instancias inferiores, en razón de que el consentimiento que la esposa tiene otorgado a su marido no «implica que la esposa de un comerciante o empresario ejercite a su vez el comercio por el simple hecho de estar casada bajo el régimen de gananciales», ni resulta suficiente la «mera titularidad formal en el registro de la propiedad para atribuir a... —la esposa— la cualidad de promotora-constructora, de la que sin duda

---

(162) RGD, mayo 1990, núm. 548, págs. 3893-3895.

(163) RJA 2222.

carece», «debiendo responder de sus actuaciones... —el marido— sin que pueda extenderse tal responsabilidad a los bienes privativos de la esposa por circunstancias meramente operativas, máxime cuando los actores no quedan desamparados al abarcar dicha responsabilidad a los bienes comunes de dicha comunidad conyugal».

En efecto, a nuestro juicio, siendo necesario que se demande a ambos cónyuges cuando los dos han intervenido en la contracción del débito —con la excepción de que se aprecie solidaridad—, sin embargo, habida cuenta que el acreedor no podrá extender la responsabilidad a los bienes propios del no comerciante salvo lo dispuesto en el artículo 9 del Código de Comercio, aquél podrá demandar, y estará obligado a hacerlo para constituir válidamente la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo, en la medida en que pretenda una declaración judicial expresa de afección de los bienes gananciales, no sólo al comerciante, con petición de condena, sino también a su consorte, pero sólo a estos efectos del artículo 6 del Código de Comercio de responsabilidad con el patrimonio ganancial y, en consecuencia, solicitar que se declare que la deuda contraída por el cónyuge contratante —comerciante— obliga a todos los gananciales precisamente por la constancia del consentimiento de su consorte en los términos previstos en los artículos 7 y 8 del Código de Comercio.

Así pues, al igual que cuando uno sólo de los esposos ha contraído una deuda que el acreedor pretende que se haga efectiva sobre los bienes gananciales en su integridad, también en este caso en que uno contrata y el otro consiente —o se presume que consiente— la sujeción del patrimonio ganancial, la demanda contra el consorte del comerciante ha de explicitar que tiene como finalidad que soporte la ejecución sobre los bienes comunes, siendo, de nuevo criticable, con arreglo al derecho vigente, que la demanda se dirija contra los dos cónyuges con una petición de condena frente a ambos (164), tal y como había admitido, con arreglo al derecho derogado, pretendiendo que a igual solución se llegaría en la actualidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1985 (165), con la consecuencia de que el acreedor pudo ejercitar su deuda tanto sobre los bienes privativos del cónyuge deudor y sobre los gananciales como sobre los bienes privativos del no contratante, que tan sólo había prestado su consentimiento a la actuación de su consorte.

---

(164) Criterio que mantiene, a pesar de reconocer que es dudoso y discutible, DE LA CÁMARA, *La sociedad*, cit., págs. 490, n. 306, 507 y 513, «en la medida en que de todos modos los gananciales resultan directa e incondicionalmente obligados merced a que la obligación fue consentida por marido y mujer y dado que muchas veces no será fácil discernir si, a consecuencia del consentimiento prestado, el cónyuge que sólo consiente resulta también obligado con sus propios bienes» (pág. 513).

(165) RJA 6201.

e) *Acciones obligacionales*

Por último, a diferencia de lo que acontece en el caso de acciones reales, en el supuesto de ejercicio de acciones que derivan de relaciones obligacionales o contractuales en las que sólo ha intervenido uno de los cónyuges, supuesto de específico tratamiento en este trabajo, el Tribunal Supremo, reiterando una consolidada doctrina de la DGRN, ha venido estimando la inexistencia de dicho litisconsorcio pasivo necesario, considerando suficiente demandar al cónyuge deudor, pues el no deudor no tiene por qué soportar un proceso cuando no está obligado ni directamente ni como fiador [SSTS de 10 de junio y 30 de octubre de 1985 (166), 26 de septiembre de 1986 (167), 4 de abril y 6 de junio de 1988 (168), 16 de junio y 18 de diciembre de 1989 (169), 25 de enero de 1990 (170) y 12 de junio de 1992 (171), que citan la mayor parte de las anteriores].

Así, por ejemplo, «no cabe acceder a la excepción expresada ya que la esposa del recurrente no se encuentra obligada por el contrato de fianza concertado por su marido; por lo tanto, no le alcanzan los efectos de cosa juzgada de esta sentencia, ni le impiden ejercitar sus derechos conforme al artículo 1.373 del Código Civil, en su caso» (STS de 5 de febrero de 1991) (172).

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1991 (173) ante la celebración de un contrato de opción de compra por el marido considera que no es necesario demandar a la mujer del optante —poseedor— ante la solicitud del concedente —propietario— de que se declare su propiedad, la caducidad del derecho de opción y que se condene al demandado a entregar la posesión al actor, estimando nuestro Tribunal Supremo que no procede estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque «la esposa ni compareció ni firmó ninguno de los contratos en que se basa la reclamación de autos, en los que ni siquiera se hace por el demandado recurrente alusión alguna a que el inmueble fuese adquirido por el mismo para su sociedad de gananciales, por lo que en modo alguno puede concluirse que la referida esposa pudiese ser directamente afectada en la presente litis...».

---

(166) RJA 3100 y 5091.

(167) RJA 4790.

(168) RJA 2651 y 4819

(169) RJA 3553 y 8841

(170) RJA 24; en igual sentido, con las mismas palabras y con gran parte de las referencias jurisprudenciales citadas en el texto, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4<sup>a</sup>, de 19 de enero de 1990 (RGD, abril 1992, núm. 571, pág. 3554).

(171) AC 1085/1992.

(172) RJA 705

(173) RJA 6049.

Con análogo planteamiento, la anteriormente citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1992 (174) señala que «cuando no consta... que la esposa haya comparecido o firmado el contrato de cesión o traspaso del local de negocio, que sirvió de base a la demanda y a la contestación, ni habiéndose dicho por... —el marido— que en dicho contrato hubiere intervenido el mismo como miembro de la sociedad de gananciales, es obvio que no puede concluirse que su esposa sea directamente afectada por la resolución impugnada, lo que impide apreciar el tardíamente denunciado litisconsorcio pasivo necesario... sin perjuicio, claro es, de que... dicha esposa pueda, si lo desea, esgrimir las pertinentes acciones respecto de la anulabilidad del contrato en cuestión», por lo que no dio lugar a la casación de la sentencia del juzgado que había condenado al marido a pagar una determinada suma de dinero, lo que estimamos correcto, siendo, según se ha adelantado —*retro*, notas 91 y 111—, distinta la solución, a nuestro juicio, si la pretensión del actor fuera la de la consumación del traspaso del bien ganancial.

Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 1990 (175) desestima la excepción litisconsorcial ante el ejercicio de una acción personal por responsabilidad decenal del artículo 1.591 dirigida sólo contra los esposos, contratistas y técnicos de la construcción, y no frente a sus cónyuges, rechazo de la excepción que se produce en base a que «la sentencia condenatoria que, en su caso, pudiera proferirse sólo afectaría a los referidos demandados, y nunca a sus esposas...».

Tal tesis, desde luego, es inobjetable y respetuosa con el verdadero fundamento de la *exceptio plurium consortium*, cuya más adecuada formulación puede verse en el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1986 (176) en los mismos términos antes anunciados,

---

(174) AC 1085/1992

(175) RGD, núm 564, septiembre 1991, págs. 8394-8396.

(176) RJA 4561, en la que el Tribunal Supremo aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ante una demanda dirigida por dos cuentacorrientistas contra el Banco para que se declare que éste adeuda a los actores las cantidades que habiendo sido ingresadas en la referida cuenta corriente fueron extraídas de la misma sin orden de los titulares de la cuenta o persona autorizada por los mismos, destacando el Tribunal Supremo que los actores debían haber demandado también a los disponentes de los fondos de la cuenta («... para impedir fallos contradictorios, evitar los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito e impedir el quebrantamiento de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio...»); en concreto, tanto a los gerentes de una sociedad anónima de la que los titulares de la cuenta son administradores únicos, cuanto a la propia sociedad anónima cuya razón social —salvo las siglas SA, obviamente— coincide con la designación o denominación del nombre comercial de la cuenta corriente, frente a cuya sentencia formula un voto particular el Magistrado PÉREZ GIMENO, en donde tras una acertada exposición de la doctrina jurisprudencial más

pues, habiendo contraído la obligación un cónyuge en solitario, el acreedor, si quiere ejercitar una acción personal que aparece constituida a favor de dicho deudor, no precisa indagar su régimen económico matrimonial, por cuanto que no necesita demandar al esposo del obligado para que este último sea condenado al pago como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas, siendo, en su caso, la única posible participación del no deudor como coadyuvante, cooperando a la defensa del derecho de su consorte, como, asimismo, recuerda, para un supuesto similar, el mencionado voto particular (177).

Ahora bien, como no se presume que la deuda contraída por uno de los cónyuges es ganancial, el acreedor, si sólo ha dirigido la demanda contra el esposo deudor, no puede pretender, para satisfacer su crédito, el embargo directo e indiscriminado de los bienes gananciales; en efecto, tal ausencia de litisconsorcio pasivo necesario sólo podrá ser estimada en las acciones obligacionales siempre y cuando no se pretenda, de nuevo, agredir directamente los bienes gananciales en su integridad.

Desde esta posición, pues, no son válidos, al menos con carácter general, los pronunciamientos desestimatorios de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario contenidos en la Sentencia de 9 de enero de 1990 de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.<sup>a</sup> (178), en un caso en que se demanda a uno sólo de los cónyuges en reclamación de los gastos generales necesarios para el adecuado sostenimiento del inmueble, cuya titularidad ostentan conjuntamente el demandado y su esposa, puesto que el impago de los gastos a que se refiere el artículo 9.5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, conlleva el embargo preventivo de los bienes del deudor, según previene el artículo 20.2 de dicha Ley, con consecuencias perjudiciales para su cónyuge, cotitular del inmueble —a salvo, desde luego, lo que no será habitual, que el piso quede al margen del referido embargo—, sin haber sido éste oído, por lo que no compartimos la afirmación de la mencionada

---

atinada acerca de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario concluye su inexistencia en el caso dado que «si el único objetivo de la demanda era obtener una declaración respecto al saldo existente y una condena al Banco a su pago, es claro que a quienes únicamente pueden extenderse sus efectos es a los contratantes», únicos que deben ser partes en el litigio, sin perjuicio de que en la hipótesis de condena al Banco éste pudiese demandar a los gerentes de la sociedad anónima por disposición ilícita de los fondos, que debería de hacerse valer en un proceso diferente en el que lo decidido en el presente no prejuzgaría la cuestión o por actuar como representantes de los titulares de la cuenta, lo que sería una cuestión de fondo en la presente litis y nunca un problema a dilucidar en otro pleito en el que actuaran éstos como litisconsortes, señalando, en fin, que los gerentes de la sociedad anónima y ésta únicamente podrían intervenir por medio de una intervención adhesiva como coadyuvantes.

(177) En términos que han quedado expuestos en la nota anterior, a la que me remito.

(178) *RGD*, núms. 565-566, octubre-noviembre 1991, págs. 9839-9840.

sentencia cuando concluye que carece «de relevancia procesal el hecho de que se demande a la esposa... a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario».

Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de que, en este último caso, pueda dirigirse la reclamación de las cantidades debidas por gastos comunes contra el esposo que aparezca como propietario del inmueble cuando, de las circunstancias concurrentes en el caso, pueda inferirse que la obligación contraída con la comunidad de propietarios lo es con carácter solidario, pues se reitera que la solidaridad excluye el litisconsorcio pasivo necesario, como sucesión en el caso enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 1.ª, de 16 de mayo de 1991 (179).

Por las mismas razones anteriormente expuestas, no son tampoco extrapolables con carácter genérico las afirmaciones —asimismo de desestimación de litisconsorcio pasivo necesario— de la Sentencia de 4 de abril de 1991 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.ª (180), de nuevo ante una demanda dirigida contra un cónyuge en solitario por la que se insta un pronunciamiento judicial sobre la naturaleza molesta del negocio de peluquería situado en un piso que pertenece a la sociedad de gananciales formada por el demandado y su cónyuge puesto que, si bien en el caso no se accede parcialmente a la pretensión del demandante en cuanto al fondo, la admisión de la solicitud del actor dirigida sólo contra un cónyuge, que se acepta por la Audiencia, podría conllevar la privación del uso del edificio ganancial sin haber sido oídos ambos esposos.

De igual modo, difícilmente se compadece con el espíritu y finalidad del artículo 1.385.2 deducir que a tenor del mismo es suficiente dirigir la acción de deshaucio contra uno cualquiera de los esposos, tal y como se apreció en el caso enjuiciado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 27 de julio de 1985, en un caso en que, además, el contrato de arrendamiento del local de negocio había sido suscrito por ambos cónyuges (181), en términos que anteriormente hemos tenido ocasión de exponer.

En esta misma línea de defectuosa inteligencia de los principios rectores de la reforma de 1981, cumple mencionar la Sentencia del Tribunal Supre-

---

(179) *RGD*, núms. 568-569, enero-febrero 1992, págs. 740-741.

(180) *RGD*, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11329-11331.

(181) *La Ley*, 5765/1985-4, donde se desestima la excepción litisconsorcial ante la demanda dirigida sólo contra el marido, puesto que, según el artículo 1.385 2, «basta su sola comparecencia en juicio, en calidad de demandado, para poder oponerse a las pretensiones del actor excepcionado, sin necesidad de que haya de ser codemandado nominativamente el otro cónyuge», si bien en el caso la pretensión de la parte actora no prosperó, puesto que la desocupación del local, sobre lo cual fundamentaba el propietario su pretensión, obedecía, según la Audiencia Provincial, a una justa causa en tanto que el hecho que motivó el cierre no era imputable a los arrendatarios.

mo de 24 de octubre de 1990 (182), por constituir un buen resumen del conjunto de errores en que, en ocasiones, ha incurrido nuestro Alto Tribunal.

En el caso, ante una acción con efecto real —considerada por el TS como acción personal, lo que justifica el tratamiento dedicado con anterioridad a las acciones reales, dada la flexibilidad con que nuestra jurisprudencia califica el carácter de las acciones ejercitadas—, derivada de la resolución de un contrato de compraventa celebrado por el cónyuge demandado con una Compañía concedente de un derecho de adquisición que otra Compañía, demandante, estima violado, dirigiendo esta última acción contra el cónyuge que celebró el contrato en cuestión y la primera de las Compañías citadas, nuestro Alto Tribunal, a pesar de no haberse demandado a la esposa y aunque la consecuencia, de estimarse el *petitum* de la demanda, era la resolución de una propiedad ganancial, considera que «opera en contra del litisconsorcio aducido la circunstancia de no haber obstáculo alguno para que, si la esposa lo estima conducente a su derecho, pueda ejercitar... las acciones correspondientes», refiriéndose a las acciones del cónyuge no deudor «para oponerse a la actuación de su esposo en cuanto perjudicial para sus derechos, en el aspecto parcial..., en que le afectase lo que se ha discutido en la litis» (resulta, desde luego, más tutelador de los derechos e intereses de un cónyuge en la sociedad de gananciales intervenir a tiempo en su defensa, participando en la discusión sobre el carácter, privativo o ganancial, de la deuda que esperar a que se produzcan los perjuicios y luego accionar, pues el derecho de reembolso que, en su caso, le corresponda, resultará, en la mayoría de las ocasiones, ilusorio si se parte de la previa agresión del patrimonio ganancial).

Además, se señala que «ha litigado en todo momento el marido defendiendo intereses comunes» (en flagrante contradicción con lo dispuesto en el art. 71 CC) y que la mujer «en el presente recurso de casación, que se formula también a su nombre al mismo tiempo que en el de su esposo, ha desplegado ampliamente su defensa en juicio sin que en ningún caso pueda considerarse indefensa» (siendo sabido que en casación no pueden plantearse cuestiones nuevas), y, sigue diciendo el mentado fallo, «sin que la sentencia recaída interviniendo sólo su marido produzca excepción de cosa juzgada, dado que faltaría en todo caso la identidad de la persona, requisito esencial para dicha excepción» (lo que, siendo correcto, es precisamente lo que trata de evitar el litisconsorcio pasivo necesario, según reiterada juris-

---

(182) RJA 8045, comentada en CCJC, núm. 24, págs. 1115-1142, por GAVIDIA SÁNCHEZ, que pone de relieve las contradicciones del fallo en lo que se refiere al litisconsorcio pasivo necesario y la sociedad de gananciales, en la misma línea mantenida en el texto (págs. 1133-1137)



prudencia, fundamento de la excepción con respecto al cual hemos manifestado con anterioridad nuestra reticencia) y concluyendo que no se puede «olvidar que los gananciales no existen hasta que no tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal» (contradiciendo lo dispuesto, por ejemplo, en los arts. 1.344 y 1.361 CC).

Más acertadas nos parecen las matizaciones que realiza la Sentencia de 15 de enero de 1991 de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 1.<sup>a</sup> (183), cuando, después de asumir el reiterado criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme al que «cuando la pretensión se derive de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que sólo haya intervenido uno de los cónyuges, no es necesario traer a juicio al otro no interviniente para que la relación procesal quede bien constituida», añade que, sin embargo, frente a esa norma general, será «necesario convocar también al cónyuge no demandado para evitar su indefensión cuando se produzcan situaciones reales de convivencia conflictiva matrimonial, separación de hecho, intereses conyugales encontrados, eventual actuación maliciosa del cónyuge en perjuicio del otro y cualesquiera otra circunstancia análoga que el caso concreto la requiera».

En nuestra opinión, entre estas últimas circunstancias debe figurar la pretensión del acreedor de agredir los bienes gananciales, si bien la Audiencia Provincial de Santander, por el contrario, estima bien constituida la relación procesal mediante demanda dirigida sólo contra el cónyuge contratante con independencia y «sin perjuicio de que de forma indirecta y por encontrarse el demandado integrado en una comunidad personal y económica, las consecuencias que se deriven de las relaciones jurídicas contraídas con terceros en el ejercicio regular de las facultades que el Código Civil le confiere en orden al sostenimiento y administración de la sociedad ganancial “afecten” siempre a ese grupo social».

En conclusión, no asumimos tales pronunciamientos puesto que reiteramos que, con independencia de que se trate de acciones reales u obligacionales, «en los procesos donde se ventilen cuestiones litigiosas sobre bienes gananciales en los que el demandante sea tercero, esto es, persona ajena a la sociedad o comunidad de gananciales, si como consecuencia de los pronunciamientos que constituyen la petición, a reserva de los casos reconocidos excepcionales, se pretende obligar los bienes de la sociedad de gananciales, habrá que demandar a ambos cónyuges si se quiere jurídicamente conseguir aquella vinculación», como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1991 (184), asumida en sus mismos términos por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de

---

(183) *RGD*, núm. 567, diciembre 1991, págs. 11614-11616

(184) *RJA* 5408

4 de marzo de 1992 (185) que, por su acertada orientación, sirve para concluir este ya largo repaso a las decisiones jurisprudenciales en un tema que se revela crucial para la auténtica defensa de los derechos del cónyuge no deudor, cuya presencia en el juicio desde su inicio —no desde la traba— se revela como imprescindible para poder apreciar que en el caso enjuiciado es uno de los supuestos excepcionales en que uno de los cónyuges compromete con su actuación el acervo ganancial en su totalidad de modo directo.

### III. MARCO PROCEDIMENTAL ADECUADO PARA ACREDITAR LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA

Como consecuencia de lo expuesto, una vez concluida la necesaria intervención de ambos cónyuges en el momento previo de calificación de la deuda como presupuesto básico para determinar la viabilidad y efectividad de la responsabilidad directa con los bienes gananciales en su integridad, procede abordar a continuación el proceso o juicio adecuado para hacer factible la válida constitución de la relación jurídico procesal en su aspecto pasivo.

#### 1. PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS Y PENALES

En cuanto al proceso declarativo civil, no parece que haya dificultades de carácter procesal para que el acreedor interponga una demanda contra el cónyuge deudor con petición de condena y contra el no deudor a los únicos efectos del artículo 1.369 del Código Civil o 144 del Reglamento Hipotecario para discutir en dicho proceso la naturaleza del débito (186).

Ahora bien, siendo lo cierto, como subrayó LACRUZ BERDEJO (187), que lo habitual es que el embargo se produzca como primer acto de un juicio ejecutivo y resultando evidente que el mandato del artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha de referirse también a estos procedimientos, habrá de examinarse la posibilidad de dirigir la demanda contra ambos cónyuges, en los términos vistos, en el marco de este tipo de juicios.

---

(185) AC 159/1992

(186) Cfr. BATALLA, *op. cit.*, págs. 620-621, donde destacaba que, con arreglo al entonces vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario, se podrá admitir que la demanda se dirija contra ambos cónyuges en el caso de deudas contraídas por el marido «cuando la demanda se ejercite en juicio ordinario declarativo, ya que parece que a este procedimiento pueden llevarse todas las cuestiones», en igual sentido, también para el Derecho derogado, CÁNOVAS COUTIÑO, *op. cit.*, pág. 352; asimismo, para el Derecho vigente, con anterioridad a la reforma del Reglamento Hipotecario, y allí otras referencias, RIFÁ SOLER, *op. cit.*, pág. 383.

(187) Cfr. *Elementos...*, cit., IV-1, pág. 385.

En éste, en el juicio ejecutivo, de cognición tasada (arts. 1.464, 1.466 y 1.467 LEC) sólo puede ser demandada la persona contra la cual hay título ejecutivo, por lo que, como también destacaba el citado LACRUZ BERDEJO (188), difícilmente se podrá hacer efectiva la responsabilidad con el acervo ganancial si sólo uno de los cónyuges figura en el documento o título que lleva aparejada ejecución al no poder dirigirse la demanda contra su consorte, dado el carácter procesal individual de la calidad de deudor en este tipo de juicios.

En consecuencia, no pudiendo ser demandado el esposo no deudor en juicio ejecutivo o en período de ejecución de sentencia en la que sólo el deudor puede ser ejecutado, en el procedimiento sumario, al ser imposible debatir cuestiones distintas de las relativas al derecho de crédito documentado en el título, no existen cauces procesales hábiles para resolver cuestiones de fondo sobre la naturaleza de la deuda y, en fin, posibilitar la ampliación del patrimonio del deudor a la totalidad de los bienes gananciales, para lo cual «no bastan las afirmaciones contenidas en el mandamiento de embargo, dado que la tramitación previa al embargo no es procedimiento adecuado al efecto» (RDGRN de 6 y 12 de noviembre de 1987) (189), lo que, además, viene agravado por el indudable carácter abstracto en el orden procesal o formal del negocio cambiario (190), pues es sabido que el texto

---

(188) Cfr. *Elementos*, cit., V-1, pág. 438, donde señala que «cuando el título ejecutivo sea una letra de cambio, póliza o documento semejante suscrito por un solo cónyuge, al faltar términos hábiles para que se declare en el mismo procedimiento que la deuda es carga de la comunidad (y menos con la concurrencia de todos los interesados) no podrán ser objeto de embargo los bienes gananciales»; en igual sentido, TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1749, que asimismo destaca que «en el procedimiento de ejecución de sentencia no existe cauce procesal adecuado para la realización de tal prueba»; RAGEL SÁNCHEZ, *op cit.*, págs. 51-52, y SERRANO GARCÍA, *op cit.*, pág. 126; por el contrario, DE LA CÁMARA, *La autonomía*, cit., pág. 137, n. 287, considera que, aun partiendo de la no presunción de ganancialidad de la deuda, la misma puede quedar acreditada en los casos mencionados, dado que acepta la doctrina de la DGRN de dirigir la demanda contra el deudor con notificación al cónyuge no deudor, habida cuenta que «en el caso de ejecución de una sentencia dictada en un juicio declarativo ordinario, de los mismos antecedentes del proceso puede resultar con toda evidencia que se trata de una obligación de la que han de responder los bienes comunes. Y también puede ocurrir lo mismo algunas veces aunque se trate de un juicio ejecutivo. Por ejemplo, si en una escritura pública de préstamo se indica la finalidad a la que el mismo obedece».

(189) RJA 8732 y 8735

(190) Utilizando la terminología acuñada por PAZ ARÉS, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio», en *Derecho cambiario Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Madrid, 1986, págs. 186 y sigs., especialmente págs. 186-189, quien entiende que el negocio cambiario no es abstracto en sentido material o respecto de la causa de la atribución, pues mantiene la dependencia de la atribución obligatoria que produce el negocio cambiario respecto de su causa, que viene dada por la llamada relación subyacente o relación fundamental, es decir, la relación de provisión

del título ejecutivo (como es, por excelencia, el caso de la letra de cambio) no explicita el origen de la obligación (191), siendo de plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1.277 del Código Civil (192).

En efecto, como señala la Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña (Sala 2.<sup>a</sup>) de 15 de octubre de 1987 (193) «aun cuando en beneficio del tráfico, no debiera obligarse al acreedor a probar detalladamente que la deuda contraída por un cónyuge es de las encuadradas en el artículo 1.365 del Código Civil de las que los bienes gananciales responderán directa y solidariamente (art. 1.369 CC), tampoco puede pretenderse la traba de hipotéticos bienes comunes, basándose en meras suposiciones, como en este caso en que... —el marido— es demandado en juicio ejecutivo (en el que no se revela la relación causal subyacente), porque podría ser una puerta abierta al fraude...».

Asimismo, con análogo planteamiento, la Sentencia de la Audiencia

---

respecto del aceptante y la relación de valuta respecto de librador y endosante, pero que no duda en que el negocio cambiario se revela como un negocio abstracto en el orden funcional porque carece de una causa o función económica típica que sirva como elemento individualizador del tipo negocial; y también es abstracto en el sentido de que produce un crédito y una obligación distintos del crédito o de la obligación causales y, sobre todo, como hemos destacado en el texto, el negocio cambiario se revela abstracto en el orden procesal, lo que significa que el acreedor cambiario puede pretender del deudor la satisfacción de la pretensión sin tener que probar la validez de la causa, contrayéndose esa abstracción al efecto inversor del *onus probandi*.

(191) *Vid.* en este sentido STS de 30 de septiembre de 1991 (RJA 7859) y Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de julio de 1988 (*Sentencias en apelación*, cit., 1988-89, n. 249, pág. 175), donde expresamente se señala que «teniendo en cuenta la constante jurisprudencia sobre este extremo, los estrechos cauces del juicio sumario ejecutivo no autorizan a que se lleguen a discutir o declarar derechos más o menos controvertidos y complejos que puedan suscitar esa relación contractual, es decir, que no se puede alegar, como motivo de oposición, aquellas vicisitudes del contrato básico, ya que ello desnaturalizaría la acción ejecutiva», añadiendo, en cuanto a la letra de cambio, que su «carácter como título abstracto ha sido acentuado en la Ley cambiaria para fortalecer los derechos del acreedor cambiario», también Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 1991 (RGD, octubre-noviembre 1991, núms. 565-566, págs. 9464-9466), donde en relación con la letra de cambio se destaca la «mayor desvinculación (abstracción) de la emisión del cheque respecto al negocio causal o subyacente que pudiera haberlo motivado»; en la doctrina, por todos. DE LA CAMARA, *El embargo*, cit., págs. 86-87 y 93, *La sociedad de gananciales*, cit., págs. 491, 493 y 499, n. 309, y «El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales», Academia Sevillana del Notariado. *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1989, pág. 291, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 537, n. 24. con cita de numerosas resoluciones de la DGRN a propósito del tema.

(192) El artículo 1.277 del Código Civil no sólo no impide, sino, antes bien, expresamente reconoce la abstracción en el plano procesal o separación entre el vínculo cambiario y la relación fundamental que le sirve de causa, pues «aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario». *Vid.* en tal sentido la opinión de PAZ ARES, *op. cit.* y *loc. cit.*

(193) RGD, núm. 525, junio 1988, pág. 4075.

Territorial de Madrid, Sala 2.<sup>a</sup>, de 31 de mayo de 1988 (194) confirma la sentencia de instancia en su principal extremo condenatoria respecto al cónyuge deudor en aplicación del artículo 10 de la Ley Cambiaria y del Cheque —LCCH— al haber aceptado aquél la letra base de la acción sin poder bastante de la SA en nombre de la que expresó actuaba y estima el recurso interpuesto por la esposa del demandado contra dicha sentencia de instancia en cuanto había condenado a la citada esposa al pago de la suma exigida, calificando la Audiencia Territorial de incongruente en este punto la decisión de la Sala *a quo*.

De igual modo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1991 (195) se destaca que «el aval cambiario se concibe hoy, y así lo proclama nuestra Ley Cambiaria (art. 37), como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra nada de su causa puede discutir...», añadiendo que, en cualquier caso, «el esposo de la avalista... en cuanto ajeno a la obligación nada puede pretender inmiscuyéndose en un proceso en el que ni fue parte ni perjuicio se le ocasiona, salvo el que signifique la disminución del patrimonio de su esposa cuando satisfaga la obligación» y resaltando, en fin, que en tales supuestos resulta de aplicación, no lo preceptuado en los artículos 1.362 y siguientes, sino lo dispuesto en el artículo 1.373 («ha de tenerse presente que actualmente cuando un cónyuge contrae obligaciones personales que no cabe satisfacer con sus bienes privativos puede ser compelido a pagar con su porción de ganancias llegando, incluso, a la disolución de la sociedad de gananciales, art. 1.373»).

Podría pensarse que ello supone vaciar de contenido el procedimiento ejecutivo con grave quebranto para los derechos e intereses del acreedor; en efecto, siendo lo cierto que debería procederse a «una reforma de las Leyes procesales que resolviese la dificultad planteada» (RDGRN de 23 de noviembre de 1983) (196) a los efectos de adecuar la normativa procesal a la civil, habida cuenta que, según hemos destacado, en la medida en que el derecho sustantivo faculta al cónyuge no deudor para intervenir en una ejecución en marcha a los efectos de alegar la privatividad de la deuda y hacer valer sus derechos, igualmente debería permitirse al acreedor, en dicho marco procesal ejecutivo, dirigirse contra ese cónyuge no deudor para

---

(194) RGD, septiembre 1988, núm. 528, pág. 5403.

(195) RJA 7859.

(196) RJA 7033, en donde se sostiene tal afirmación después de recordar que «se han puesto de relieve por la doctrina las dificultades en que pueden encontrarse los acreedores al intentar ejecutar los créditos y determinar los bienes comunes o privativos, que según los distintos supuestos pueden quedar afectos a las responsabilidades contraídas por ambos o uno cualquiera de los esposos, así como la dificultad o incluso imposibilidad de que sea el juicio ejecutivo el procedimiento adecuado para poder hacerlos efectivos».

defender justo lo contrario, la ganancialidad de la deuda (197) y, en la medida en que la anunciada modificación procesal no ha tenido lugar en la Ley de 6 de julio de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni tampoco en la Ley de 30 de abril de 1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, podría sostenerse que, al ser la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario de imposible cumplimiento en el caso de que sólo uno de los cónyuges suscriba el título ejecutivo, ello genera una situación de indefensión para el acreedor, que no podrá hacer valer el carácter ganancial de la deuda.

Sin embargo, esta impresión inicial se desvanece tan pronto se tiene en cuenta que el acreedor, pudiendo, por ejemplo, haber designado a varios librados, es decir, a ambos esposos, en el título ejecutivo, posibilidad que ya permitía el artículo 507 del Código de Comercio, que admitía la designación de indicatorias (198) y, actualmente, de modo expreso, los artículos 3 y 31 de la Ley Cambiaria y del Cheque (199) y, en general, pudiendo haber instado la intervención de los dos en la formación del título ejecutivo, decidió contratar unilateralmente con uno de ellos y, en consecuencia, aceptó que tan sólo ese cónyuge figurase en el documento en cuestión, por lo que habrá de asumir las consecuencias que su propia actitud —acaso, negligente— ha provocado (200).

---

(197) Desde luego, si se admitiera que el esposo del deudor tiene legitimación activa para interponer tercería de dominio sobre bienes gananciales embargados por deudas de su consorte, lo que ha sido reiteradamente negado por el Tribunal Supremo (*retro*, n. 1), entonces no parecen existir obstáculos para que el acreedor o el cónyuge deudor puedan conseguir la declaración de consorcialidad de la deuda en el marco del mentado juicio de tercería, como apunta RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, núm. 13, pág. 4399, a cuya conclusión se suma, para el Derecho aragonés, SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 127.

(198) Cfr. BONILLA ENCINA, *op. cit.*, pág. 48, quien pone de manifiesto cómo la doctrina mercantilista «no encuentra dificultades en admitir la posibilidad de varios librados dentro de una letra de cambio, si bien con algún condicionamiento (no dividir entre ellos la cantidad adeudada y no intentar hacer el pago en varios plazos o vencimientos), con apoyo en el artículo 507 del Código de Comercio, según el que «si la letra protestada tuviere indicaciones o fueren varios los librados».

(199) *Vid.* IGLESIAS PRADA, «El libramiento de la letra de cambio, en Derecho cambiario» *Estudios sobre la ley cambiaria y del cheque*, dirigidos por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *cit.*, págs. 402 y sigs., especialmente pág. 404, quien pone de relieve, ante la dicción de los artículos 3 y 31 de la LCCH, «que carece de relevancia a ese respecto el hecho de que la Ley se refiera —como también lo hacía el número 7.º del art. 444 CC— al librado en singular»; en contra se pronuncia CASALS COLLDECARRERA, *Estudios de oposición cambiaria*, Barcelona, 1963, pág. 129, para quien la letra dotada de varios librados ha de considerarse nula por falta de certeza en uno de los requisitos esenciales.

(200) *Vid.* en tal sentido BONILLA ENCINA, *op. cit.*, págs. 48-49, asimismo, parecida idea en GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 551, y «Fraude de acreedores consorciales, exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones Crítica a la STS de 6 de diciembre de 1989», *AC/1991*, pág. 228, n. 9.

Por iguales razones, cuando la responsabilidad con los bienes gananciales se derive de obligaciones extracontractuales de un cónyuge ex artículo 1.366 del Código Civil —supuesto que en dicho precepto tenga cabida la responsabilidad civil derivada del delito— (201) tampoco podrá exigirse ésta en el proceso criminal, precisamente porque éste se dirige únicamente contra los acusados en concepto de autores, cómplices o encubridores (202).

## 2. PROCEDIMIENTO DE APREMIO DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO: LAS DEUDAS TRIBUTARIAS

Por otra parte, es indudable que el requisito del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario resulta de imposible aplicación textual en todos los

(201) *Vid* Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 21 de enero de 1987 (RGD, abril 1988, núm. 523, págs. 2344-2345), en la que se considera contemplada en el artículo 1.366 la deuda surgida «a resultas de una condena impuesta en sentencia penal en calidad de responsable civil subsidiario de la condena de ese orden al conductor —el marido— de un camión de su propiedad, actuando en beneficio de la sociedad, en cuanto tal actividad de camionero servía de sustento a su familia»; para el derecho derogado, consideraron ganancial la responsabilidad surgida de una actividad ilícita, las SSTS de 23 de enero, 26 de noviembre y 4 de diciembre de 1958 (RJA 545, 4194 y 4036, desestimatorias de la tercería de dominio interpuesta por la mujer), en materia de estraperlo, y 10 de abril de 1981 (RJA 1533) sobre sustracción de bienes; cfr. en tal sentido en la doctrina, estimando comprendidas en la expresión utilizada en el artículo 1.366 a todas las obligaciones que no tienen relación directa con un contrato previo entre el perjudicado y el cónyuge obligado, es decir, que tienen un origen y fundamento distinto de la voluntad negocial y considerando de aplicación dicho precepto a la responsabilidad civil derivada de delito: LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit., IV-1, págs. 428-429; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, pág. 190; TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1693; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 1190; TORRES LANA, *Código civil Doctrina y jurisprudencia*, dirigido por ALBACAR LÓPEZ, t. IV, Madrid, 1991, pág. 949, y MONTES PENADES, *Derecho de familia*, Valencia, 1991, pág. 250, quien parece inclinarse en tal sentido al considerar incluido en el precepto la responsabilidad civil subsidiaria por delitos ajenos; pero véase, en cambio, en pro de una interpretación restringida del ámbito de operatividad del precepto, excluyente de la responsabilidad civil por delitos, ABELLÓ MARGALEFF, «Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales», *RDP*, 1982, pág. 811, DE LOS MOZOS, *op. cit.*, págs. 293-294, REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, pág. 602, y GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad*, cit., pág. 401, también MANRIQUE PLAZA, *op. cit.*, pág. 33, si bien por circunscribir o identificar el dolo o culpa grave a la comisión de delitos o faltas.

(202) Ya que, como señala RAGEL SÁNCHEZ, comentando la Sentencia de 26 de septiembre de 1988, en CCJC, núm. 18, págs. 869-870, en el proceso criminal sólo se comunica la causa a la tercera persona civilmente responsable por la vía del artículo 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre las que puede no hallarse el cónyuge del inculpado que no está incluido *nomine proprio* en los artículos 19-22 del Código Penal, lo que ya había puesto de manifiesto CARRERO PERERA en los mismos CCJC, núm. 12, pág. 4016, para quien «la interpretación textual del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo, es imposible «en pieza de responsabilidad civil derivada de delito,

casos en que la ejecución no se haya iniciado por medio de demanda, cual acontece en los procedimientos de apremio de carácter administrativo, con relación a los cuales, a pesar de las críticas recaídas, en este mismo sentido, por la mayoría de la doctrina, con respecto a la versión del artículo 144 del Reglamento Hipotecario según la redacción del Decreto 393/1959, de 17 de marzo (203), el legislador de la Reforma de 1982 sigue obligando al intérprete a la necesidad de adaptar la normativa del vigente artículo 144 del Reglamento Hipotecario a aquellos embargos sobre bienes gananciales recaídos como consecuencia de los procedimientos de apremio administrativos al no iniciarse éstos por medio de demanda y en los que puede admitirse que se cumple el requisito de la demanda conjunta cuando el procedimiento, desde su fase inicial, se ha dirigido —notificado— contra los dos esposos.

En efecto, dichos procedimientos se inician, para las deudas tributarias, por centrarnos en la materia cuya regulación es más reciente (204) —aplicable, por lo demás, al resto de créditos de derecho público— (205), en concreto para los débitos de contraído previo (206), «cuando vencido el plazo de ingreso en período voluntario, no se hubiese satisfecho la deuda tributaria», según señala el artículo 128 de la Ley General Tributa-

---

pues el cónyuge no es responsable subsidiario a tenor de los artículos 20-22 del Código Penal»

(203) *Vid.* posiciones doctrinales en favor y en contra de la aplicabilidad del requisito de la demanda conjunta del artículo 144.1 del Reglamento Hipotecario; con anterioridad a la reforma de 1982, a los procedimientos de apremio de carácter administrativo, en RIFÁ SOLER, *op. cit.*, págs. 384 y sigs., especialmente pág. 384, n. 561.

(204) El Reglamento General de Recaudación (RGR) fue aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, publicado en el *BOE*, núm. 3, de 3 de enero de 1991, siendo de contenido similar, por otra parte, a lo que dispone el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social (RGRSS, RD 716/1986, de 7 de marzo, *BOE*, núm. 91, de 16 de abril de 1986) para la recaudación en vía ejecutiva de recursos de dicho sistema, cuyas concordancias se expresarán en notas.

(205) *Vid.* artículo 1 del Reglamento General de Recaudación, donde se indica que «la gestión recaudatoria consiste en el ejercicio de la función administrativa conducente a la realización de los créditos tributarios y demás de Derecho público»; también, en igual sentido, artículo 92.2 del Reglamento General de Recaudación.

(206) No nos referiremos a las deudas a ingresar mediante declaración-liquidación o autoliquidación en los supuestos en que el contribuyente procede a la declaración del hecho imponible o presenta su liquidación, dentro o fuera de plazo voluntario, sin efectuar el ingreso correspondiente, en cuyo caso el comienzo del período ejecutivo y el procedimiento administrativo de apremio varía sustancialmente en los términos de los artículos 97.2 y 97.3 del Reglamento General de Recaudación y en los que, aparte de esta variación de inicio del procedimiento y de la innecesariedad del acto de liquidación, lógicos porque son las propias normas reguladoras del tributo las que fijan la exigibilidad de las deudas autoliquidables, el cauce procedimental no difiere del previsto para los casos de contraído previo



ria (LGT) (207), en cuyo caso, aparte de otras consecuencias (208), los órganos de la intervención, a propuesta de los órganos de recaudación, expedirán las certificaciones de descubierto, individuales o colectivas, a las que el artículo 104 del Reglamento General de Recaudación confiere el carácter de «títulos acreditativos del crédito a los efectos de despachar la ejecución por la vía administrativa de apremio» (209), teniendo, según disponen el párrafo segundo de este último artículo y el artículo 129 *in fine* de la Ley General Tributaria, «la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores» (210).

---

(207) Precisándose en el artículo 97.1 del Reglamento General de Recaudación, «el período ejecutivo y el procedimiento administrativo de apremio se inician para las liquidaciones previamente notificadas, no ingresadas a su vencimiento, el día siguiente al vencimiento del plazo de ingreso en período voluntario», y relatándose en dicho precepto del Reglamento General de Recaudación con exactitud los requisitos necesarios para que se pueda llevar a cabo el procedimiento de apremio en el caso de deudas tributarias de contraído previo. determinación de la deuda tributaria a través del correspondiente acto administrativo de liquidación; notificación del mismo; finalización del período voluntario de ingreso e incumplimiento de la obligación; en el mismo sentido se producen los artículos del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social siguientes. artículo 63.1.a) (notificación de la deuda al obligado al pago en caso de que la liquidación se practique individualmente.) y artículo 64 (plazo reglamentario de ingreso, con posibilidad de ingreso fuera de plazo en los casos del art. 65). Además, como se verá en el texto, será necesario que tales circunstancias consten en el título ejecutivo correspondiente.

(208) Así, devengo del recargo de apremio en los términos del artículo 100 del Reglamento General de Recaudación (y art. 68 RGRSS) y comienzo del devengo de los intereses de demora «de forma inmediata por mandato de la Ley», según señala el artículo 98.a) del Reglamento General de Recaudación (art. 67 RGRSS, con matices), en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley General Tributaria e incursión del deudor en la infracción grave tipificada en el artículo 79.a) de la Ley General Tributaria.

(209) No nos detendremos en las certificaciones expedidas por los restantes entes habilitados para ello (Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas, demás entes de Derecho público), cuya recaudación en vía administrativa de apremio se registrará por lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación con las particularidades señaladas en el artículo 169 del mismo; tampoco haremos mención a los casos en que la recaudación en vía administrativa de apremio se refiera a créditos de entidades supranacionales, internacionales y Estados extranjeros, pues en estos supuestos también se seguirá el procedimiento regulado en el Reglamento General de Recaudación a falta de regulación propia, como señala el artículo 170 del Reglamento General de Recaudación.

(210) En igual sentido se pronuncia el artículo 100 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social para las certificaciones de descubierto acreditativas del débito de la Seguridad Social; los datos que debe contener la notificación se consignan en el artículo 105.2 del Reglamento General de Recaudación, cuyo primer párrafo reitera lo dispuesto en la Ley General Tributaria cuando señala que «finalizados los plazos de ingreso en período voluntario se expedirán los títulos a que se refiere el artículo anterior»; respecto de los datos que contendrán las certificaciones de descubierto en el ámbito de la Seguridad Social, *vid* artículo 101.2 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Pues bien, sobre la base de tales títulos, los Jefes de las Dependencias de Recaudación (211) dictan la providencia de apremio por la que, según dispone el artículo 106.1 del Reglamento General de Recaudación, se «despacha la ejecución contra el patrimonio del deudor» y que habrá de consignarse en el título ejecutivo y junto con éste, como ordena el artículo 106.4 del Reglamento General de Recaudación, «será *notificada* al deudor, según dispone el artículo 103 de este Reglamento», que enumera los datos que deberá contener toda notificación, a partir de cuya fecha de notificación se computarán los plazos de que dispone el deudor para impugnar el procedimiento de apremio por alguno de los motivos consignados con carácter taxativo en el artículo 99 del Reglamento General de Recaudación (212), señalándose en el artículo 108 del Reglamento General de Recaudación los plazos de ingreso de las deudas apremiadas, transcurridos los cuales sin haberse hecho el ingreso requerido, «los Jefes de las Dependencias y Unidades de Recaudación dictarán providencia ordenando el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente, a su juicio, para cubrir el importe del crédito perseguido y el recargo, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen» (art. 110.1 Reglamento General de Recaudación) (213).

---

(211) O el órgano competente de otras Administraciones públicas en el caso de que se asuma mediante convenio la recaudación ejecutiva de dichas Administraciones, como precisa el párrafo segundo del artículo 106.2 del Reglamento General de Recaudación, en el ámbito de la Seguridad Social la providencia de apremio será dictada por el tesorero territorial competente (art. 102 RGRSS).

(212) Tanto la jurisprudencia (SS de la Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo del TS de 24 de octubre de 1985 —RJA 5016— y de 13 de febrero de 1988 —RJA 5081—, entre otras) como la doctrina (CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, *Cuestiones tributarias prácticas*, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1990, pág. 666) han señalado este carácter exhaustivo de las causas de oposición a la procedencia del apremio, sin perjuicio de admitirse la alegación de otras causas que, aun no encajando en la letra del artículo 137 de la Ley General Tributaria o del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación responden a su mismo fundamento o se derivan de la naturaleza del procedimiento ejecutivo (CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMÓN, *ibidem*, y STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de lo Contencioso-Administrativo de 13 de febrero de 1981, RJA 393); las causas de impugnación contra la providencia de apremio por débitos a la Seguridad Social se contemplan en los artículos 102.2 y 103 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

(213) En el mismo sentido el artículo 131 de la Ley General Tributaria, en la redacción por Ley 33/1987, señala que «el embargo se efectuará sobre los bienes del deudor en cantidad suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria definida en el artículo 58 de esta Ley más los recargos, intereses y costas que con posterioridad al primitivo acto administrativo se hayan causado o se causen», resulta más precisa la expresión de bienes del deudor, similar a la empleada por el artículo 108 del derogado Reglamento General de Recaudación de 1968 («embargo de bienes propiedad del deudor») y que en otros artículos emplea el vigente Reglamento General de Recaudación (así, el art. 115 dispone que «se embargarán sucesivamente los bienes del deudor»; el art. 106.1 señala que la ejecución se despacha «contra el patrimonio del deudor»), porque debe quedar claro que sólo podrán embargarse bienes de exclusiva propiedad del

Así las cosas, y admitido que la demanda contra ambos cónyuges se sustituya por la notificación del título ejecutivo y la providencia de apremio dirigida contra los dos esposos si se pretende embargar directa e indiscriminadamente los bienes gananciales, en el procedimiento de apremio no se ha articulado tal posibilidad de dirigir la providencia y el título contra el esposo del deudor tributario para proceder a embargar directa e indiscriminadamente el patrimonio ganancial en aquellos casos en que el presupuesto de hecho generador de la obligación tributaria se encuentre contemplado en los supuestos previstos en los artículos 1.365 a 1.368 del Código Civil como aconteció en el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992 (214), en la que se considera la deuda tributaria ganancial al amparo del artículo 1.366 al apreciarse que «la causa dimanante de los débitos fiscales no satisfechos por el esposo era por desplegar una actividad en beneficio de la sociedad legal de gananciales» estimado el Tribunal Supremo que para ello suceda resulta suficiente la notificación del «apremio administrativo» a ambos cónyuges, lo que, en el caso, además venía impuesto porque ya se había producido la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y los bienes embargados figuraban a nombre del cónyuge no deudor.

Ahora bien, si por la notificación del «apremio administrativo» al cónyuge que no realizó el presupuesto de hecho generador de la deuda tributaria, considerando suficiente para acreditar la ganancialidad de la deuda por la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992, se entiende la notificación del embargo de bienes gananciales prevista con carácter general en el artículo 115.2 del Reglamento General de Recaudación y en los artículos 124.2 del Reglamento General de Recaudación, para los bienes inmuebles (215) y 131.4 del Reglamento General de Re-

---

deudor tributario, excluyéndose los bienes que no son sólo suyos, como los bienes gananciales, al menos directamente y al margen de lo dispuesto en el artículo 1.373 del Código Civil.

(214) RJA 1320

(215) Los bienes inmuebles figuran en el número 4 del orden de embargos de la Ley General Tributaria (art. 131.2) y del RGR (art. 112), a diferencia del orden de embargos señalado en el artículo 1.447 LEC (en donde figura en el núm. 7), disponiendo el artículo 124.2 del Reglamento General de Recaudación que dicho embargo «se notificará al deudor, a su cónyuge... , requiriéndose en dicho acto la entrega de los títulos de propiedad», pronunciándose en el mismo sentido el artículo 122.3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, donde se señala que «el embargo de bienes inmuebles deberá notificarse al deudor y, en su caso, a su cónyuge... , advirtiéndole a todos ellos que podrán designar peritos que intervengan en la tasación, quizá con más precisión, pues señala que tal notificación se hará «en su caso», esto es, cuando proceda por ser el inmueble ganancial y señalándose en el artículo 125.1 del Reglamento General de Recaudación que de dicho embargo «se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad que corresponda», señalándose en el número 2 del mismo artículo que el mandamiento dirigido al Registrador se expedirá «con sujeción a lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecarios» (en igual sentido, *vid.* art. 123.1

caudación para los establecimientos mercantiles e industriales gananciales (216), es claro que tal notificación posterior a la traba no constituye al cónyuge no deudor tributario en sujeto pasivo que pueda discutir el carácter de la deuda ni impugnar el procedimiento de apremio al amparo del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación.

Por ello, resulta insuficiente dicha notificación para poder discutir el carácter de la deuda en presencia del cónyuge del deudor tributario y si por la notificación del procedimiento administrativo se estima, como aquí se propone, que se notifique la liquidación —el procedimiento en su fase inicial— al cónyuge que no ha realizado el presupuesto de hecho generador de la obligación tributaria, es lo cierto que tal posibilidad no ha sido prevista en la actual regulación del procedimiento de apremio administrativo en el que sólo puede ser sujeto pasivo la persona que, al haber realizado el presupuesto de hecho, figura en el título y en la providencia.

No estimamos que dicho planteamiento pueda alterarse «en función del carácter de la obligación», como equivocadamente entiende la Subdirección General de Recaudación en la Respuesta de 12 de junio de 1989 (217), puesto que, al tener las obligaciones tributarias naturaleza *ex lege*, según reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1992 (218), resulta indiferente la voluntad del obligado, al surgir directamente de la ley, siendo lo único realmente relevante el carácter del presupuesto de hecho generador de dicha obligación (219).

Así pues, en el procedimiento de apremio administrativo, salvo que los dos esposos hayan intervenido en el presupuesto de hecho generador de la

---

RGRSS) Ciertamente, la intención del legislador es buena, pero la redacción de los preceptos es un buen ejemplo de legislar mal, pues si se consigue demostrar que el bien inmueble es privativo del cónyuge deudor, prueba necesaria para destruir la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, no hará falta la notificación a su consorte, mientras que si el inmueble es ganancial la simple exigencia de la notificación del embargo al cónyuge del deudor resulta claramente insuficiente, al menos para la anotación preventiva de embargo, pues habrá de acreditarse, o al menos alegarse, la falta de insuficiencia de los bienes privativos del cónyuge contribuyente, como exige el artículo 144 1 y 2 del Reglamento Hipotecario

(216) En el mismo sentido se manifiesta el artículo 115.2.i) y f) del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, donde se señala que «... si lo embargado fuesen títulos valores o un establecimiento mercantil que tenga el carácter de bienes gananciales del matrimonio se notificará el embargo al cónyuge».

(217) *Ciss Comunicación*, núm. 79, abril 1990, pág. 20

(218) RJA 1320, cfr. en la doctrina, por todos, FERREIRO LAPATZA, *Curso de Derecho financiero*, 14 edic., Madrid, 1992, págs. 336 y sigs.

(219) Cfr. VICENTE-ARCHE, «Configuración jurídica de la obligación tributaria», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, 1957, pág. 19, quien destaca que en las obligaciones tributarias «el vínculo obligatorio surge con independencia de la voluntad del particular, incluso contra su voluntad, en virtud de la obligatoriedad de la norma, cuando se produce el presupuesto del hecho que aquella prevé».

obligación tributaria, en todos los demás casos, la deuda ha de ser considerada privativa, al menos en el marco de este procedimiento en el que faltan términos hábiles para que se declare que la deuda es ganancial y ante la imposibilidad de audiencia del cónyuge no deudor que, como cotitular de los bienes gananciales, debe ser oído a los efectos de la calificación de la deuda y al que tan sólo se le notificará la diligencia de embargo, una vez realizada la traba.

Esto es, para que la Hacienda Pública pueda dirigirse directamente contra los bienes gananciales y los privativos de ambos esposos con carácter solidario, salvo que la propia Ley de cada tributo disponga lo contrario (arts. 34 LGT y 11.2 RGR), es preciso, según hemos apuntado, que ambos cónyuges hayan realizado conjuntamente el presupuesto de hecho generador de la deuda tributaria —cotitularidad del hecho imponible— y, por lo que ahora interesa, dado que los procedimientos de apremio administrativos no se inician por medio de la demanda, que la liquidación tributaria incluya a los dos esposos en la realización del hecho imponible (220), se notifique aquélla a los dos, figurando ambos cónyuges como sujetos pasivos en los términos del artículo 124 de la Ley General Tributaria (221) y que, una vez

---

(220) Pues en caso contrario desaparecerá dicha solidaridad, como señaló el Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo, Sala 3.<sup>a</sup>, en la Sentencia de 28 de febrero de 1969 (RJA 946), pues al haberse practicado la liquidación, en el caso por el Ayuntamiento de Madrid, «eliminando a todos los cotitulares obligados al pago, menos a D. Luis Alfonso de B. y B., ha suprimido el mismo concepto de solidaridad porque ha impedido la concurrencia de acreedores o deudores que es el requisito *sine qua non* para esta forma de responsabilidad obligacional y deja como único contribuyente obligado a la persona requerida y comprendida en la liquidación practicada... Nunca generará la solidaridad pretendida el hecho de establecer una liquidación defectuosa que se extendió exclusivamente, sin fundamento alguno, con uno solo de los obligados al pago de un arbitrio que incumbía satisfacer a varios... » *Vid.* CASADO-FALCÓN-LOZANO-SIMON, *op cit.*, pág. 212, donde se resalta esta especialidad de la solidaridad en materia tributaria: «Los efectos de la solidaridad han de buscarse en el Código Civil. Ahora bien, eso no significa que las actuaciones de la Administración con alguno de los obligados solidariamente surta efectos procesales por los demás... »

(221) El artículo 124 de la Ley General Tributaria dispone que «las liquidaciones tributarias se notificarán a los sujetos pasivos» y a partir de dicha notificación se inicia la recaudación en período voluntario, salvo que se trate de declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones (art. 72 RGR), en cuyo caso el plazo voluntario de ingreso es siempre el mismo para los dos cónyuges (art. 72 C RGR); si no se notifica a los dos, el cónyuge notificado que pretenda hacer el pago, por aplicación del artículo 1.148 del Código Civil, podrá excepcionar la parte correspondiente a su consorte no notificado, en tanto que esta parte no es exigible pues la notificación reglamentaria determina el momento de exigibilidad de la deuda, sin perjuicio de que el cónyuge no notificado pueda voluntariamente proceder, también, al pago de la deuda; si se notifica la liquidación a ambos esposos, la práctica habitual es que la referida notificación se efectúe al mismo tiempo a ambos cónyuges, en cuyo caso los dos dispondrán del mismo período voluntario de ingreso, al término del cual la deuda quedará incurso en apremio; si por cualquier razón la notificación a los cónyuges se produce en distinto momento, parece

haya transcurrido el plazo de ingreso en período voluntario (222) sin haberse satisfecho la deuda tributaria, aparezcan ambos esposos relacionados en el título ejecutivo (certificación de descubierto o relaciones certificadas de descubierto) y se despache contra uno y otro la providencia de apremio (223) que, consignada en el título ejecutivo (224), deberá ser notificada asimismo a los dos cónyuges (225), pues sólo con tal proceder puede estimarse que ambos son contribuyentes.

Buena prueba de la dificultad con que se encuentra la Hacienda Pública para hacer valer el carácter ganancial de los débitos de uno de los esposos, puesta de manifiesto por la mentada Respuesta de 12 de junio de 1989 de la Subdirección General de Recaudación, se evidencia en el artículo 85 de la Ley 18/1991, de 6 de junio (*BOE* de 7 de junio), en el cual se dice que «las deudas tributarias por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas tienen la misma consideración de aquellas a las que se refieren el artículo 1.365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas contraídas por uno de los cónyuges», precepto de muy dudosa legalidad, pues al equiparar las deudas tributarias por el Impuesto de la Renta de las Personas

---

evidente que se trata de una deuda que cuenta con distintos plazos voluntarios de ingreso, de tal forma que la incursión de la misma en apremio sólo se produce cuando finaliza el plazo de ingreso voluntario correspondiente al cónyuge que ha sido notificado en último lugar, pues la incursión en apremio se predica de la deuda y no de los sujetos contribuyentes y, de conformidad con el artículo 128 de la Ley General Tributaria, la deuda no queda incursa en apremio hasta la finalización del plazo voluntario de apremio.

(222) Siendo posible que una vez finalizado el período voluntario y con anterioridad a la expedición del título ejecutivo el sujeto obligado proceda al pago de la deuda tributaria, en cuyo caso será improcedente el procedimiento de apremio, como ha señalado la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (SS. de 20 de febrero y de 28 de abril de 1988, RJA 925 y 3154), excluyéndose las sanciones por tales supuestos siempre que no medie requerimiento de la Administración, como dispone el artículo 61.2 de la Ley General Tributaria.

(223) Cuya falta, de la providencia de apremio, «podrá ser motivo de impugnación de las actuaciones ejecutivas sobre el patrimonio del deudor», como señala el artículo 99.2 del Reglamento General de Recaudación.

(224) Es decir, en la medida en que la providencia de apremio se hace constar en el mismo documento en que se expide el título ejecutivo, no contiene una mención expresa de los sujetos contra los que se expide dicha providencia, sino que hace referencia a los sujetos incluidos en la certificación de descubierto; pero lo que queremos destacar es que la providencia de apremio sólo puede afectar a los dos cónyuges si ambos aparecen mencionados en la certificación de descubierto, que establece los obligados al pago contra los que se dicta la providencia.

(225) Para cumplir lo dispuesto con carácter general en el artículo 79.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que «se notificará a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses», quedando hasta el momento de la notificación demorada la eficacia del acto, como dispone el artículo 45.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Físicas a aquellas a que se refiere el artículo 1.365 del Código Civil está considerando como deudas gananciales también, no sólo la cuota tributaria a la que alude el artículo 55 de la Ley General Tributaria sino también los intereses de demora (226) e, incluso, el recargo de apremio (227) y las sanciones pecuniarias (228), pues todos estos conceptos forman parte de la «deuda tributaria» según se estatuye en el artículo 58 de la Ley General Tributaria.

---

(226) Es realmente discutible que los intereses de demora en la parte que excede del interés legal del dinero (de acuerdo con la fijación del tipo de interés de demora en las correspondientes leyes de presupuestos a las que se remite el artículo 58.2.b) de la Ley General Tributaria, que estatuye que salvo disposición de la Ley de Presupuestos Generales del Estado —LGP— establezca uno diferente, el interés de demora será el interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100) no tengan carácter sancionatorio como había mantenido la Sala 3.<sup>a</sup> de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de noviembre de 1987 (RJA 7764) y no simplemente indemnizatorio como ha sostenido el pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril (BOE, núm. 129, de 30 de mayo de 1990, JCO, t. XXVI, págs. 1003 y sigs., donde se señala que «... los intereses de demora no tienen naturaleza sancionatoria, sino exclusivamente compensatoria o reparadora del perjuicio causado por el retraso en el pago de la deuda tributaria...»), dada la diferencia entre el interés de demora que debe abonar el particular a la Administración, el interés legal incrementado, en principio, en un 25 por 100 y el interés que abona la Administración en sus devoluciones a los particulares que siempre consistirá en el interés legal (arts. 45.1 LGP y 155.1 LGT). Cfr., en la doctrina, sobre la defensa del carácter indemnizatorio de demora, MARTÍNEZ LA-FUENTE, «El interés de demora en las relaciones tributarias», en *Estudios de Derecho tributario*, t. I, 1979, págs. 833 y sigs.; y en pro de su naturaleza sancionatoria en la parte que excede del interés legal del dinero, como aquí se ha expuesto, y allí otras referencias, LÓPEZ DÍAZ, «Cuota y deuda tributaria», en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma (Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda)*, vol. 1.<sup>o</sup>, Madrid, 1991, págs. 941-947.

(227) Vid., por todos, y allí información, sobre la naturaleza sancionatoria del recargo de apremio, LÓPEZ DÍAZ, *La recaudación de deudas tributarias en vía de apremio*, Madrid, 1992, págs. 128-138.

(228) Vid. STS de 19 de febrero de 1992 (RJA 1320), donde después de incluir las deudas tributarias dentro del concepto de obligaciones extraconceptuales a que se refiere el artículo 1.366 del Código Civil se señala que «la recta hermenéutica de aquel artículo 1.366 del Código Civil deriva en que las partidas correspondientes a la multa (no así a los intereses de demora) que fueron motivadas por el impago, tienen un componente punitivo de carácter personal que, en modo alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales»; cfr., para el Derecho derogado, COSSÍO Y CORRAL, *op. cit.*, pág. 98; y para el Derecho vigente, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, pág. 1194, n. 18, y PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios Ministerio*, cit., II, pág. 699, quienes estiman que han de quedar fuera del ámbito del artículo 1.366 (en su caso, del antiguo art. 1.410.2 CC) las penas pecuniarias derivadas del delito, lo que resulta consecuencia necesaria del principio de la personalidad de la pena y resulta de aplicación a cualquier multa o condena; por el contrario, para el antiguo artículo 1.410, LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio*, cit., págs. 523-524 (también, *Elementos*, cit., IV-1, pág. 428), consideraba que con referencia a las sanciones impuestas por infracción de las leyes sobre abastecimientos «al ser tales infracciones consecuencia de una gestión ciertamente ilícita, pero habitual y extendida, del negocio que alimenta la masa de gananciales y de

En fin, según se ha destacado reiteradamente a lo largo de este trabajo, la adecuada defensa de los intereses de los cónyuges en el patrimonio ganancial necesariamente se encuentra vinculada con la intervención de ambos como partes demandadas en el proceso en el que se pretenda agredir directa e indiscriminadamente el acervo ganancial.

En efecto, sólo la consideración como parte demandada permite a cada cónyuge la adecuada defensa de sus intereses, claramente en los procesos declarativos, y aún en el juicio ejecutivo, oponiéndose a la ejecución, invocando, por separado si así lo prefiere (art. 531 LEC), alguna de las excepciones previstas en el artículo 1.464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o alegando lo dispuesto en el artículo 1.467.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si se trata de una obligación simulada o el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque si ambos cónyuges han suscrito una letra de cambio.

De igual manera, en el procedimiento de apremio administrativo, si ambos cónyuges son contribuyentes podrán evitar el apremio mediante el ingreso de la deuda tributaria en los plazos del artículo 108 del Reglamento General de Recaudación, impugnar la procedencia del procedimiento de apremio por prescripción de la deuda tributaria, «anulación, suspensión o falta de notificación reglamentaria de la liquidación» o por «defecto formal en el título expedido para la ejecución» [letras a), b), y d) del art. 99 RGR], poner fin, en cualquier momento, al mismo mediante el pago de la deuda o de una parte de ésta (229) así como solicitar el aplazamiento de la misma a la luz de lo dispuesto en los artículos 48 y siguientes del Reglamento General de Recaudación (230), supuestos contemplados como causas de

---

cuyas superganancias se aprovecha toda la familia . , deben pesar sus consecuencias económicas sobre todo el patrimonio familiar», y en tal sentido, DIEZ-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., IV, pág. 190, consideran que el artículo 1.366 deben estimarse comprendidas las multas o sanciones pecuniarias, manifestándose en igual dirección TORRABLA SORIANO, *Comentarios a las reformas*, cit., II, pág. 1692.

(229) Esta posibilidad de proceder al pago durante la tramitación del procedimiento ejecutivo se contempla en el artículo 107.2 del Reglamento General de Recaudación, que lo dota de plena eficacia liberatoria cuando cubra la totalidad de la deuda, el recargo y las costas de procedimiento, señalándose en el artículo 102 a) del mismo Reglamento General de Recaudación que el procedimiento de apremio termina «con el pago del débito, que se hará constar en el expediente».

(230) Pudiendo solicitar el aplazamiento los dos cónyuges, en cuyo caso, si se les concede el aplazamiento de la deuda, se incrementa el período voluntario de ingreso y sólo a la terminación del mismo la deuda quedará incurso en apremio, a la misma conclusión habrá de llegarse si sólo uno de ellos solicita dicho aplazamiento, pues aunque, en principio, el incremento del período voluntario de ingreso sólo afecta al contribuyente beneficiado con el aplazamiento, la deuda no queda incurso en apremio hasta que finaliza el período voluntario para todos los contribuyentes obligados solidariamente, sin perjuicio de que cualquiera de los dos pueda pagar en un momento anterior, en cuyo caso parece de aplicación el artículo 1.146 del Código Civil.



impugnación del procedimiento de apremio en la letra c) del artículo 99 del Reglamento General de Recaudación cuando tal pago o aplazamiento haya tenido lugar en período voluntario.

Pues bien, en todos los casos en que no se haya podido acreditar el carácter ganancial de la deuda en presencia de ambos esposos, el régimen de responsabilidad viene establecido en el artículo 1.373, cuyos presupuestos han de ser cumplidos rigurosamente por el acreedor (aunque sea la Hacienda Pública) generándose un mecanismo de extraordinaria complejidad, que, aún cuando es cierto que no protege los intereses de los acreedores de modo tan directo como en el supuesto de ser consorcial el débito, tampoco puede considerarse que contiene una tutela excesiva de los intereses de ambos cónyuges en el acervo común, lo que habrá de ser tenido en consideración a la luz de tantas alegaciones a la pretendida indefensión que para el acreedor genera la no calificación de la deuda asumida sólo por uno de ellos como ganancial.

#### IV. CONCLUSION

A modo de recapitulación de todo cuanto precedentemente se ha analizado pueden deducirse, de modo sumario, los siguientes asertos:

1) Es requisito ineludible, por imperativo constitucional (art. 24.1), consagrado en la legislación civil (art. 1.385.2) y desarrollado en el Reglamento Hipotecario (art. 144.1.1), que para el incumplimiento de una deuda asumida por una persona casada bajo el régimen legal desencadene la sujeción a responsabilidad genérica y directa de los bienes gananciales ha de intervenir en el pleito, desde su inicio, también el consorte del deudor a los efectos de que pueda discutir el carácter —ganancial o no— de la deuda.

Para que así sea, el acreedor, si pretende embargar directamente los bienes gananciales *in genere* ante una deuda contraída por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, después de invocar la norma excepcional en cuya virtud la actividad individual desencadena tal afección (arts. 1.365 a 1.368 CC y 6 a 9 CCom), ha de dirigir su demanda, con petición de condena, contra el esposo deudor y, también, contra su consorte no deudor, no para que éste sea condenado al pago, sino para que sea condenado a soportar la ejecución sobre los gananciales, todo ello sin perjuicio de su posibilidad de participar en el proceso mediante una intervención adhesiva —en calidad de parte, a todos los efectos, no como mero coadyuvante—, si bien, en tal caso, aceptando el proceso en el estado en que se encuentre.

2) Tal consecuencia, la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, en los términos y con los matices antes apuntados, cuando el acreedor

pretenda embargar primariamente el acervo ganancial en su integridad, ha de ser estimada de oficio por el Juez si la acción ejercitada tiene carácter real, contradictoria o limitativa del dominio inscrito de los gananciales y, en cuanto a las de naturaleza personal, sólo, pero también, cuando de ella pueda derivarse un acto dispositivo sobre dichos bienes ya que, de lo contrario, el acreedor no podrá satisfacer su crédito con cargo al patrimonio ganancial de modo directo e indiferenciado.

La meritada excepción igualmente ha de ser apreciada cuando se dirija la demanda contra el titular del derecho en cuya virtud se ocupa la vivienda habitual familiar si la consecuencia de la estimación de la pretensión del actor supone la pérdida del título de ocupación, con independencia de la situación personal de los esposos y de cuál de ellos haya suscrito el contrato, o cuando se trate de una acción de división de cosa común en la que una cuota tiene carácter ganancial.

3) Admitida la necesaria intervención de ambos esposos en el momento previo de calificación de la deuda individualmente contraída por uno de ellos como presupuesto básico para determinar la efectividad directa sobre la totalidad del patrimonio ganancial, el marco procesal adecuado para que el acreedor pueda dirigirse contra el mismo ante el incumplimiento del cónyuge deudor es el proceso declarativo civil, sin que resulte viable acreditar la ganancialidad del débito en el ámbito del juicio ejecutivo, ni en el proceso criminal, ni tampoco en el procedimiento de apremio administrativo.

DOMINGO BELLO JANEIRO  
Profesor de Derecho Civil.  
Universidad de Santiago

# DICTAMENES Y NOTAS



# Reglamento de Sociedades Mercantiles de los Valles de Andorra. Aprobado por el Muy Ilustre Consejo General en su sesión del día 19 de mayo de 1983

## I. DISPOSICIONES GENERALES

### *Artículo 1*

1.1. El contrato de sociedad es aquel por el que dos o más personas se obligan a poner en común bienes, servicios o ambas cosas para obtener lucro.

1.2. Las sociedades que tienen por objeto la realización de una actividad mercantil tendrán necesariamente que adoptar una de las formas siguientes: Sociedades Colectivas (SRC), Sociedades por Acciones (SA), Sociedades de Responsabilidad Limitada (SL). Las sociedades constituidas bajo una de estas formas tendrán obligatoriamente un objeto mercantil, tanto si persiguen intereses privados como públicos.

1.3. La identificación de las sociedades se efectúa por medio de su nombre completo, que podrá incluir o no un anagrama. A continuación del nombre se hará constar obligatoriamente la forma social, añadiéndole, según el caso, las siglas SRC, SA o SL.

La denominación social estará protegida registralmente a fin de evitar posibles repeticiones mediante la creación de un registro de denominaciones sociales que a instancia del interesado y previamente al depósito de la solicitud de autorización de creación de la sociedad o cambio de denominación social expedirá una certificación acreditativa de la posibilidad de utilizar la denominación pretendida; certificación que tendrá un plazo de caducidad de noventa días a partir de su expedición y producirá durante su

vigencia una reserva de denominación a favor de los futuros otorgantes de la escritura. Con la solicitud de autorización gubernativa del acto societario se habrá de acompañar la pertinente certificación del registro de denominaciones sociales.

Si pese a ello resultasen autorizados dos o más sociedades con la misma denominación o anagrama, la primera que se inscriba en el Registro de Sociedades consolidará a su favor la denominación en cuestión. Y las restantes estarán obligadas a cambiarla.

## *Artículo 2*

2.1. Tendrá la nacionalidad andorrana toda sociedad que tenga su domicilio social en Andorra y esté constituida de conformidad con las disposiciones vigentes.

2.2. Se considerará capital andorrano el capital de las personas físicas o jurídicas de nacionalidad andorrana y el de las personas físicas extranjeras que justifiquen su residencia continuada en Andorra por más de veinte años. Estas últimas podrán ser socios o administradores y podrán disponer de poderes de administración o de representación de la sociedad con el mismo título que los andorranos.

## *Artículo 3*

3.1. El capital social de las sociedades no calificadas de interés público o social deberá estar compuesto por capital andorrano, como mínimo, en sus dos terceras partes.

3.2. Este porcentaje podrá ser diferente según se trate o no de una sociedad calificada de interés público o de una concesionaria.

3.3. En las concesionarias y en las declaradas de interés público o social el porcentaje máximo de capital extranjero será el que determine el Gobierno en el Decreto de autorización.

En el mismo Decreto de autorización también se especificará la participación que suscribirán las Corporaciones públicas, en su caso, y las demás condiciones que el Gobierno imponga a estas sociedades.

## *Artículo 4*

4.1. La constitución de sociedades deberá ser realizada necesariamente en escritura pública autorizada por un Notario y no podrá ser otorgada sin la previa autorización del Gobierno del Principado.

Para obtener dicha autorización los interesados deberán dirigir al Go-

bierno una solicitud acompañada del Proyecto de Estatutos, en duplicado ejemplar, de la certificación del registro de denominaciones sociales y, en el caso del apartado 4 de este artículo, de los documentos que acrediten el cumplimiento de las condiciones gubernativas.

Una vez otorgada la escritura de constitución o modificación, el Notario autorizante cursará al servicio encargado del control de sociedades dos copias de la escritura a fin de inscribir la sociedad creada. La personalidad jurídica se adquirirá mediante dicha inscripción.

La modificación de los estatutos se registrará por el mismo procedimiento.

A los efectos precedentes se entenderá por interesados cualquiera de los futuros otorgantes de la escritura pública de constitución o modificación.

4.2. Son nulos los pactos o cláusulas que se mantengan en secreto o sean contrarios a la Ley.

4.3. Por lo que se refiere a las sociedades de interés público o social, el Muy Ilustre Consejo General, por iniciativa propia o a propuesta del Muy Ilustre Gobierno, establecerá, con carácter general, una relación de objetivos calificados de interés público o social, tipificando las condiciones y requisitos que deberán reunir los proyectos de sociedades que opten por la mencionada calificación y la derogación de las normas generales para cada tipo.

4.4. Establecida la lista o relación a que hace referencia el párrafo anterior, las personas que deseen constituir una sociedad de interés público o social habrán de presentar al Muy Ilustre Gobierno, previamente a la constitución junto con la solicitud: Una memoria en la que se describa ampliamente el objeto social, su programa de financiación, el calendario de actividades, la distribución proyectada de las participaciones sociales, el número de puestos de trabajo y las características técnicas para el desarrollo del objeto social.

Obtenida del Muy Ilustre Gobierno la calificación de interés público o social de la sociedad proyectada, con las condiciones a que se subordine, los promotores habrán también de cumplir las formalidades y trámites establecidos en el apartado 1 de este artículo.

## *Artículo 5*

5.1. El capital de las sociedades mercantiles andorranas ha de expresarse en pesetas o en francos. Con la finalidad de asegurar la garantía de las sociedades ante las fluctuaciones que ambas monedas, una en relación con la otra, puedan experimentar, el capital inicial se podrá modificar si lo exige la coyuntura del país.

También podrá modificarse el capital social cuando el presente Reglamento o los intereses de la sociedad lo exijan, cumpliendo las formalidades previstas en el artículo 4.

5.2. Las aportaciones no dinerarias deberán tener por objeto bienes y derechos de contenido patrimonial y se indicará la valoración que los socios le asignen en pesetas o francos.

5.3. Cualquier socio podrá solicitar, por vía judicial o por la arbitral estatutariamente prevista, la revisión de la valoración de las aportaciones no dinerarias durante los tres meses siguientes a la constitución de la sociedad.

5.4. Los socios que aporten bienes o derechos responderán de saneamiento y evicción.

5.5. Toda aportación deberá constituir una transmisión patrimonial efectiva. El servicio encargado del control de sociedades podrá usar por vías previstas en el apartado 3 de este artículo para verificar la certeza y cuantía de las aportaciones.

### Artículo 6

6.1. Hasta la cantidad de cinco millones de pesetas —o su equivalente en francos—, el capital fundacional y el aportado en sucesivas ampliaciones deberá estar plenamente suscrito y desembolsado.

6.2. Cuando el capital fundacional o el valor nominal de las ampliaciones superen la cantidad de cinco millones de pesetas —o su equivalente en francos—, el capital deberá estar totalmente suscrito, si bien podrá estar desembolsado en una cuantía que no sea inferior a dichos cinco millones ni al 25 por 100 del total capital social.

6.3. En caso alguno podrán realizarse ampliaciones de capital sin que esté totalmente suscrito y desembolsado el que anteriormente estuviere en circulación.

### Artículo 7

7.1. Ningún socio podrá transmitir por actos *inter vivos* sus participaciones o acciones a un extranjero de los no previstos en el artículo segundo de este Reglamento sin el acuerdo previo del servicio encargado del control de sociedades, quien verificará si el acto es compatible con las disposiciones reglamentarias que en materia de participación de extranjeros en las sociedades mercantiles andorranas.

7.2. El extranjero que no esté recogido en el artículo segundo del presente Reglamento, que por cualquier causa, aun por sucesión *mortis causa*, se encuentre investido de derechos que sobrepasen los límites reglamentarios fijados a la participación de extranjeros en sociedades andorranas, ha de regularizar su situación en el término de un año desde la entrada en posesión efectiva de dichos derechos.



Con esta finalidad, el extranjero podrá, a elección suya, ceder sus derechos a un andorrano o a otro extranjero residente previsto en el artículo segundo de este Reglamento u obligar a la sociedad a adquirir sus participaciones (ya sea encontrando un nuevo adquirente, ya sea reduciendo su capital) por un precio fijado por un experto designado de común acuerdo. A falta de acuerdo el experto será designado por dos Batlles (1) conjuntamente. Si la situación no se regulariza en el término previsto anteriormente, el servicio encargado del control de sociedades promoverá de oficio la regularización ante la Autoridad judicial a partir del momento en que, por cualquier causa que sea, tenga conocimiento de la situación a regularizar y del hecho de haber transcurrido un año desde que el extranjero ha realizado actos de posesión o disposición de la participación social.

7.3. En el supuesto de que el súbdito extranjero opte por obligar a la sociedad a adquirir la parte de su participación social que sobrepase el límite autorizado, la sociedad dispondrá del plazo de un mes, a contar desde la fecha del requerimiento, para buscar un adquirente que reúna los requisitos legales o bien acordar la adquisición por ella misma por medio de la correspondiente reducción de capital social.

7.4. Para la designación del experto a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, las partes interesadas dispondrán del plazo de quince días, a contar de la fecha en que haya transcurrido el plazo de un mes al que se refiere el párrafo tercero de este artículo. Transcurrido dicho plazo de quince días sin que ninguna de las partes haya acudido a los Batlles, el servicio encargado del control de sociedades podrá promover de oficio la designación a partir del momento en que tenga conocimiento de los hechos.

7.5. En cualquier caso, el experto dispondrá del plazo de un mes para proceder a la valoración y el precio habrá de ser satisfecho dentro de los sesenta días siguientes a aquel en que el experto lo haya fijado.

7.6. Las transmisiones de participaciones sociales, así como los gravámenes que las afecten, habrán de ser comunicados al Gobierno para proceder a su inscripción en el Registro, previa calificación.

## *Artículo 8*

8.1. La escritura pública de constitución incorporará los estatutos de la sociedad. Por mención literal o protocolización contendrá los restantes pactos sociales y todos los elementos que sean precisos para la identificación de la sociedad.

---

(1) Cargo público andorrano equivalente a un Juez de Primera Instancia español. En la jurisdicción civil existen cuatro Batlles, dos nombrados por el copríncipe francés y dos por el copríncipe español, y constituyen un Tribunal unipersonal

8.2. Las sociedades mercantiles deberán tener un objeto cierto determinado en los estatutos. No serán autorizadas las sociedades con objeto genérico, indeterminado o múltiple o con un objeto contrario a la moral o a los intereses públicos de Andorra. Sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, podrán asignarse a las sociedades actividades que constituyan un objeto accesorio o complementario del principal.

8.3. Para la transformación, fusión o absorción de las sociedades se requerirán las mismas formalidades exigidas para la constitución.

8.4. Se inscribirán también en el Registro todos los acuerdos sociales que tengan por objeto delegación de facultades y su revocación. Esta inscripción producirá efectos contra terceros.

8.5. La inscripción en el Registro tendrá siempre efectos constitutivos.

### *Artículo 9*

9.1. Los socios, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, aun aquellos extranjeros que no acrediten su residencia continuada en Andorra durante veinte años, podrán participar en la administración de la sociedad de forma proporcional a sus participaciones sociales legalmente adquiridas.

9.2. Los cargos de presidente, consejero-delegado, administrador único o cualquier otro que comporte atribución general de facultades de representación de la sociedad deberá recaer y ser ejercitados por súbditos andorranos, o extranjeros que acrediten su residencia continuada durante veinte años en Andorra. No obstante, las funciones que comporten solamente actos de administración o actos técnicos, sin delegación general de poderes de decisión, podrán estar atribuidas a extranjeros. Su nombre y cualidad deberán figurar en el Registro de Sociedades.

También podrán atribuirse a los súbditos extranjeros que no tengan residencia continuada de veinte años aquellos apoderamientos en los que se deleguen facultades dispositivas siempre y cuando estén expresamente conferidos con carácter especial y para una operación concreta.

9.3. Los administradores están obligados a formular el balance y la propuesta de distribución de beneficios en proporción a la cuantía de las aportaciones y, como máximo, dentro de los cinco primeros meses de cada ejercicio social. La deliberación de la Junta en esta materia deberá tener lugar dentro del plazo en que corresponda celebrar la asamblea ordinaria.

9.4. Las limitaciones estatutarias a las facultades de los administradores son oponibles a terceros. No serán, en cambio, oponibles todas las limitaciones que no figuren en los estatutos o que no gocen de publicidad registral antes de ser aplicadas.

### *Artículo 10*

Todos los socios, participen o no en la gestión de la sociedad y cualquiera que sea su participación en el capital social, tienen derecho a examinar durante los diez días anteriores a la celebración de la Junta anual obligatoria, los libros de la sociedad. Pero para hacer verificar los documentos contables o solicitar el nombramiento de auditores de la contabilidad será necesario que lo solicite un número de socios que representen, como mínimo, el 10 por 100 del capital social.

### *Artículo 11*

11.1. Las sociedades se disolverán:

- Por el transcurso del plazo fijado en el contrato de sociedad.
- Por haberse cumplido el objeto social.
- Por decisión judicial.
- Por voluntad de los socios, salvo previsión estatutaria válida o disposición legal en contrario.
- En los casos previstos en los estatutos.
- En los casos previstos en la reglamentación particular de cada clase de sociedades.

11.2. Una vez disuelta, la sociedad no perderá su personalidad jurídica, pero habrá de hacerse constar esta circunstancia en el Registro de Sociedades y añadir a su nombre la expresión «en liquidación» mientras dure ésta.

11.3. La sociedad no se extinguirá hasta que sea cancelada su inscripción en el Registro de Sociedades.

### *Artículo 12*

12.1. Las sociedades mercantiles deberán destinar, como mínimo, un 10 por 100 de sus beneficios netos anuales a la formación de una reserva legal obligatoria hasta que ésta alcance el 10 por 100 del capital social. Sin perjuicio de ello podrán formarse las reservas voluntarias o estatutarias que se estimen convenientes.

12.2. Toda sociedad, bajo la responsabilidad de sus administradores y con objeto de reflejar el estado real de la empresa, tendrá obligación de llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad y un registro de acuerdos sociales, acciones, participaciones y obligaciones. En todo caso

será obligatorio llevar los libros siguientes: diario, mayor, inventario y balance.

## II. SOCIEDADES COLECTIVAS

### *Artículo 13*

13.1. En las sociedades colectivas la responsabilidad de los socios es universal y solidaria. Todos los socios tendrán la condición de comerciantes.

13.2. Las participaciones sociales no podrán transferirse, salvo que haya acuerdo unánime y previo de los socios.

13.3. La denominación social podrá consistir en el nombre de uno o varios de los socios, aunque será obligatorio consignar a continuación de aquella la expresión «y compañía» en los casos en que la denominación social no incluya el nombre de todos los socios. Será también necesario unir las siglas SRC.

### *Artículo 14*

14.1. La gestión y administración de la sociedad será ejercitada conjuntamente por todos los socios, salvo pacto en contrario. La representación que ostentan el socio o los socios que hayan sido válidamente designados para ello.

14.2. Todos los socios tienen siempre derecho a información relativa al desenvolvimiento de la sociedad.

14.3. Ningún administrador puede actuar contra la voluntad de los demás administradores.

14.4. El nombramiento y revocación de los administradores y apoderados, así como la delegación de poderes, exigirá siempre el acuerdo unánime de los socios. Pero el acuerdo correspondiente y, en su caso, los poderes y delegaciones sólo comenzarán a producir sus efectos desde el momento en que se hayan inscrito en el Registro de Sociedades.

### *Artículo 15*

15.1. Los socios no podrán realizar, en nombre y por cuenta propia, las mismas operaciones que figuren en el objeto social.

15.2. No están sujetos a la limitación del párrafo anterior los socios que tengan autorización expresa de la sociedad.

15.3. Las actividades que los socios realicen en nombre y por cuenta propia no producirán ninguna responsabilidad para la sociedad.

#### *Artículo 16*

16.1. Los beneficios sociales serán distribuidos entre los socios en proporción a sus respectivas aportaciones, salvo pacto unánime en contrario.

16.2. Salvo disposición expresa de los estatutos en contra, se asignará a los socios industriales una cuota igual a la del socio capitalista con menor participación.

16.3. La imputación de pérdidas se realizará siguiendo el procedimiento establecido para los beneficios en el párrafo 1 de este artículo.

16.4. El socio industrial, a diferencia de lo que ocurre con los beneficios, no participará en las pérdidas.

#### *Artículo 17*

La muerte, la incapacidad o la quiebra de un socio producen la disolución de la sociedad, salvo pacto estatutario en contrario.

### III. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

#### *Artículo 18*

18.1. En las sociedades de responsabilidad limitada los socios no responden personalmente de las deudas sociales. Su responsabilidad está limitada a sus aportaciones.

18.2. El capital está dividido en participaciones sociales que no pueden estar representadas en títulos negociables.

18.3. El número de socios no puede ser superior a diez y el capital no puede ser superior a cinco millones de pesetas.

#### *Artículo 19*

La gestión, administración y representación de la sociedad estarán encomendadas a una o varias personas nombradas y depuestas por la Junta general de la sociedad, el número y facultades de los cuales habrá de estar inscrito en el Registro.

*Artículo 20*

La adopción de acuerdos exigirá el voto favorable de la mayoría de socios que concurran a la Junta válidamente convocada y que, al menos, representen más de la mitad del capital social. Los requisitos de convocatoria de la Junta y su publicidad se regirán por las mismas normas que se aplican a las sociedades anónimas.

Excepcionalmente, la modificación de los estatutos y demás pactos sociales requerirá el voto favorable de las dos terceras partes del capital y de la mayoría de los socios asistententes, en primera convocatoria, y de la mayoría del capital y de los socios asistentes en la segunda.

*Artículo 21*

21.1. Los socios tienen derecho de adquisición preferente sobre las participaciones sociales que se emitan como consecuencia de los aumentos del capital social.

21.2. En caso de transmisión a terceros de participaciones sociales, los restantes socios tendrán derecho de adquisición preferente, materializado en los correspondientes derechos de tanteo y retracto.

Salvo disposición en contrario de los estatutos, el derecho de adquisición preferente podrán ejercitarlo los demás socios durante el plazo de treinta días, a contar a partir de la notificación que el transmitente haya hecho a la sociedad de su propósito de enajenación y, en defecto de notificación fehaciente, a contar desde el conocimiento indudable del hecho de la transmisión. Si las partes no llegasen a un acuerdo sobre el precio de la adquisición o readquisición, éste será el fijado por un experto designado por uno cualquiera de los Batlles, a instancia de la parte que se considere lesionada por el precio.

Cuando sean varios los socios que concurran a ejercitar los derechos de tanteo o retracto, los socios concurrentes se adjudicarán las participaciones sociales transmitidas en proporción a sus participaciones respectivas, salvo disposición estatutaria en contrario.

#### IV. SOCIEDADES POR ACCIONES O ANÓNIMAS

*Artículo 22*

22.1. En las sociedades anónimas la responsabilidad de los socios está limitada a su aportación.

22.2. El número de socios fundadores no puede ser inferior a tres. Los fundadores responden solidariamente de las obligaciones contraídas durante el período fundacional de la sociedad con motivo de la constitución de la misma.

22.3. Las sociedades anónimas tendrán un capital social de cinco millones de pesetas como mínimo. La suscripción y el desembolso de dicho capital social se regirán por lo dispuesto en el artículo sexto del presente Reglamento.

### *Artículo 23*

23.1. El capital de las sociedades anónimas estará dividido en acciones que han de ser nominativas.

23.2. Todas las acciones estarán numeradas correlativamente y se extenderán en libros talonarios.

En el título de la acción constarán necesariamente todos los elementos necesarios para la inequívoca identificación de la sociedad y del propio título en sus aspectos jurídicos y económicos. Esta norma habrá de observarse también en la expedición de resguardos provisionales.

Igualmente, se anotará en los títulos los sucesivos desembolsos que se hagan a cuenta de su valor nominal hasta su total liberación.

23.3. Las acciones se inscribirán en un libro registro especial creado al efecto por la sociedad, en el que se anotarán las transmisiones que se realicen y todas las cargas o derechos que tengan efectos sobre las mismas.

Las anotaciones relativas a transmisiones, derechos o cargas que afecten a las acciones serán diligenciadas notarialmente en el mismo libro registro.

La transmisiones y la constitución o cancelación de derechos o cargas sobre las acciones serán realizados siempre en escritura pública notarial.

23.4. Será nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad. Tampoco será válida la emisión de acciones por bajo de su valor nominal.

Por el contrario, las acciones con prima de emisión tendrán carácter lícito.

### *Artículo 24*

24.1. La acción confiere a su titular el derecho a la distribución de beneficios, el derecho al reparto del activo social en caso de disolución, el derecho de voto en las asambleas generales y un derecho preferente de suscripción en caso de emisión de nuevas acciones.

24.2. No obstante lo estipulado en el apartado anterior, el derecho de voto no puede ser ejercido respecto a las acciones que hayan incurrido en mora en el pago de dividendos pasivos.

24.3. Las acciones de la misma serie y clase tendrán el mismo valor y conferirán los mismos derechos.

En ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural.

Para la creación de acciones que confieran algún privilegio respecto a las ordinarias habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos sociales.

24.4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos sociales podrán exigir con carácter general para todas las acciones la posesión de un número mínimo de títulos para poder asistir a la Junta general y ejercitar el derecho de voto.

Podrán así mismo fijar el número máximo de votos que pueda emitir un mismo accionista. Para ejercitar el derecho de voto será lícita la agrupación de acciones.

## *Artículo 25*

25.1. En caso de usufructo de acciones la cualidad de socio se atribuye al nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho a participar en los beneficios sociales obtenidos durante el período de vigencia del usufructo, aunque no se repartan durante el mismo.

El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario.

25.2. Las acciones son indivisibles.

Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente ante la sociedad de todas las obligaciones que se deriven de la condición de accionista.

## *Artículo 26*

26.1. Cada accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que no haya sido desembolsada en la forma prevista en los estatutos o, en defecto de previsión estatutaria, por acuerdo de la Junta general.

La sociedad podrá, según los casos y teniendo en cuenta la naturaleza de la aportación no efectuada:

1.º Reclamar ante el Batlle el cumplimiento de esta obligación y el abono de los daños y perjuicios causados por la mora.



2.º Enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

Si la venta no se pudiera efectuar, se rescindirá judicialmente el contrato respecto al socio o socios morosos y las acciones serán anuladas, con la consiguiente reducción de capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de las acciones.

26.2. El cesionario de la acción no liberada responde solidariamente con todos los cedentes que le precedan, a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. La responsabilidad de los cedentes durará un plazo de tres años, a contar desde la respectiva transmisión.

### *Artículo 27*

27.1. Las limitaciones a la libre transmisión de las acciones únicamente serán válidas ante la sociedad cuando sean impuestas expresamente por los estatutos.

En todo caso, las disposiciones contenidas en el artículo séptimo del presente Reglamento serán siempre respetadas.

27.2. La sociedad podrá adquirir sus propias acciones con cargo al capital social únicamente para amortizarlas, previo acuerdo de reducción de capital adoptado conforme a lo dispuesto en este Reglamento.

Con los beneficios y reservas libres, y solamente al efecto de amortizarlas, la sociedad podrá adquirir sus acciones por compraventa o permuta.

### *Artículo 28*

28.1. La sociedad anónima podrá constituirse en un solo acto por medio de contrato de sociedad entre los fundadores o bien de manera sucesiva por suscripción pública de acciones.

28.2. En caso de fundación simultánea por contrato, serán los socios fundadores las personas que otorguen la escritura pública de constitución y que suscriban todas las acciones, previo cumplimiento de las formalidades del artículo cuarto, párrafo primero.

28.3. La escritura pública de constitución expresará:

1.º Los nombres, apellidos y estado civil de los otorgantes si éstos fuesen personas físicas, o bien la denominación o razón social si fuesen jurídicas y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.

2.º La voluntad de los otorgantes de fundar una sociedad anónima.

3.º Los estatutos que han de regir la sociedad, en los que deberán constar los elementos esenciales para su identificación y funcionamiento.

La mención de los estatutos podrá hacerse por transcripción literal o incorporándolos protocolizados en la misma escritura.

4.º El importe de las aportaciones en metálico y la naturaleza y el valor de las realizadas en especie, así como el número de acciones recibidas.

5.º Además se podrán incluir en la escritura todos los pactos y condiciones especiales lícitos que los socios fundadores estimen conveniente establecer.

### *Artículo 29*

29.1. En los casos de fundación sucesiva mediante la suscripción pública de acciones, los promotores habrán de redactar un programa fundacional que contendrá la identificación de los promotores, los estatutos que han de regir la sociedad, el capital social y su división en acciones, la clase y número de las que podrán ser suscritas por extranjeros que no reúnan las condiciones del artículo segundo, las características del proyecto y toda la demás información que los promotores juzguen oportuna comunicar.

El programa fundacional, con las firmas de los promotores legitimadas notarialmente, será sometido a la autorización del Gobierno, al cual los promotores deberán dirigir la pertinente instancia acompañada de dos ejemplares del programa.

29.2. Obtenida la autorización gubernativa, el programa fundacional habrá de depositarse ante el servicio encargado del control de sociedades, que lo exhibirá en el tablón de anuncios del Registro de Comercio por todo el tiempo previsto en el programa fundacional. A partir de la exposición en el tablón de anuncios, los promotores podrán darle publicidad por todos los medios que juzguen adecuados.

29.3. La suscripción de acciones se formalizará en un impreso expedido por duplicado. El duplicado se devolverá al suscriptor con la firma de uno de los promotores o del establecimiento autorizado por ellos para admitir suscripciones. Sólo podrán ser válidamente suscritas por extranjeros no asimilados las acciones comprendidas en la clase y número de las que, con tal finalidad, se hayan previsto en el programa fundacional.

### *Artículo 30*

30.1. En el plazo máximo de seis meses, contados a partir del primer día de publicación del programa fundacional en el tablón de anuncios del Registro, los promotores convocarán, mediante carta certificada y con quin-

ce días de antelación, como mínimo, a cada uno de los suscriptores para que concurra a la Junta constituyente, cuyo orden del día será el siguiente:

- 1.º Exposición y aprobación, en su caso, de las gestiones realizadas por los promotores.
- 2.º Nombramiento de los administradores.
- 3.º Adopción de los acuerdos necesarios para la constitución y normal desenvolvimiento de la sociedad.

30.2. La Junta constituyente estará presidida por el promotor primer firmante del programa fundacional. Para que se pueda constituir válidamente habrán de concurrir a ella, en nombre propio o representados, un número de suscriptores que representen, como mínimo, la mitad del capital suscrito.

30.3. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de asistentes y de capital, salvo los que impliquen modificación del programa fundacional, que requerirán necesariamente la unanimidad y la aprobación del Gobierno al que se deberá dirigir la correspondiente instancia con la transcripción de los acuerdos de que se trate. Cuando se trate de la valoración de las aportaciones no dinerarias no votará ni se computará en la base de la votación el capital que corresponda a la aportación afectada.

30.4. Se levantará acta de la sesión, que será firmada por el secretario con el visto bueno del presidente.

### *Artículo 31*

31.1. En el plazo de treinta días, a contar de la celebración de la Junta general constituyente y, en su caso, a contar desde la aprobación gubernativa de los acuerdos modificativos del programa fundacional, las personas designadas por la Junta otorgarán escritura pública de constitución de la sociedad con sujeción a los acuerdos válidos de la Junta y con especificación de la lista nominal de los suscriptores extranjeros o asimilados y del porcentaje que cada uno represente. En esta escritura se incorporarán o protocolizarán las autorizaciones gubernativas correspondientes, los estatutos, la certificación del Registro de denominaciones sociales y, cuando sea necesario, los restantes documentos previstos en el párrafo primero del artículo cuarto.

31.2. El Notario autorizante de esta escritura cursará al Gobierno, para su aprobación definitiva y posterior inscripción en el Registro de Sociedades, dos copias auténticas de la misma escritura y documentos protocolizados o incorporados.

31.3. Ningún suscriptor podrá transferir sus acciones hasta que se hayan cumplimentado los requisitos fundacionales ni hasta que la sociedad esté inscrita en el Registro.

31.4. Los promotores responderán solidariamente ante terceros de las obligaciones contraídas durante el período de constitución de la sociedad. También asumirán la posible responsabilidad extracontractual derivada de las gestiones y declaraciones realizadas con el mismo fin.

### *Artículo 32*

Los accionista en la Junta general debidamene convocada decidirán por mayoría los asuntos propios de su competencia.

Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, están obligados por los acuerdos de la Junta general, sin perjuicio que puedan ejercitar los recursos previstos en este Reglamento.

### *Artículo 33*

33.1. La Junta general de accionistas es la única que tiene competencias para tomar acuerdos relativos a las cuestiones más importantes de la vida social y en particular los acuerdos que conlleven cualquier modificación de los estatutos.

33.2. La Junta general ordinaria se reunirá en el período estatutariamente previsto y, como máximo, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio social y tendrá por objeto: el examen, aprobación o, en su caso, censura de la gestión social; el examen, aprobación o, en su caso, censura de las cuentas y el balance del ejercicio anterior; resolver sobre la cuenta de resultados y distribución de beneficios; designar y remover comisarios o censores de cuentas; proceder a la elección o renovación de los administradores y resolver cualquier otra cuestión de la administración ordinaria que se incluya en el orden del día.

### *Artículo 34*

34.1. La Junta general deberá ser convocada en la forma y con los requisitos que los respectivos estatutos sociales determinan. En defecto de previsión estatutaria, la convocatoria se publicará como mínimo dos veces en algún órgano de prensa de los Valles (2).

34.2. Los anuncios de la convocatoria, prevista o no por los estatutos, deberán de llevarse a término con una antelación mínima de quince días hábiles al fijado para la celebración de la Junta y en él se expresará la fecha de la reunión y el orden del día con todos los asuntos a tratar en la reunión.

---

(2) Forma de denominar a Andorra

La celebración de la Junta en segunda convocatoria ha de estar prevista en el anuncio. Entre la primera y la segunda convocatoria ha de transcurrir como mínimo un plazo de veinticuatro horas.

34.3. Los administradores podrán convocar la Junta general extraordinaria de accionistas siempre que lo consideren conveniente a los intereses sociales. Tendrán que, así mismo, convocarla cuando lo solicita un número de socios que represente por lo menos la décima parte del capital desembolsado, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este caso, los administradores habrán de cursar la convocatoria con la antelación necesaria para que la Junta se reúna dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que los accionistas solicitaren la reunión, teniendo en cuenta que entre la fecha de la convocatoria y la reunión se habrá de observar el plazo previsto en el párrafo anterior de este artículo.

34.4. En el caso que los administradores no convocasen las Juntas generales en la forma y plazos previstos estatutariamente o, en defecto de previsión estatutaria específica, en el presente Reglamento, cualquiera de los Batlles, a petición de dos o más accionistas, en caso de Junta ordinaria, o de un número de accionistas que representen el 10 por 100 del capital desembolsado, en los casos de Junta extraordinaria, hará la convocatoria en el plazo de un mes, previa audiencia de los administradores. Podrá incluirse en el orden del día la deliberación sobre la revocación anticipada del cargo de los que se hayan negado a convocarla.

### *Artículo 35*

35.1. La Junta general de accionistas quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando concurran a ella la mayoría de los socios y la mitad del capital desembolsado. En segunda convocatoria será válida la constitución de la Junta cualquiera que sea el número de asistentes a la misma.

35.2. Los acuerdos se tomarán por mayoría de capital desembolsado asistente a la Junta sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente.

35.3. Los estatutos sociales podrán regular diferenciadamente y reforzar los quórum de asistencia y de votos en las Juntas ordinarias y extraordinarias a condición de respetar los mínimos legalmente establecidos en este artículo y el siguiente.

### *Artículo 36*

36.1. Los acuerdos relativos a modificaciones de estatutos, emisión de obligaciones, transformación, fusión y disolución requerirán en primera

convocatoria la presencia de las dos terceras partes del capital social, y en la segunda, la de la mayoría.

36.2. Las modificaciones de los estatutos que supongan la creación de nuevas obligaciones para los accionistas, el cambio de objeto social o que impliquen transformación, absorción o fusión con otras sociedades darán lugar al derecho de separación por parte de los socios disidentes.

36.3. El derecho de separación habrá de ejercitarse dentro del plazo de treinta días, a contar de la fecha de publicación del acuerdo disidente. Los accionista que opten por la separación tendrán derecho a percibir la parte que les corresponda del patrimonio social, según el balance cerrado el día anterior a la fecha del acuerdo.

## V. DISPOSICIONES FINALES

1.º Este Reglamento entrará en vigor transcurridos quince días de su publicación. Quedarán sometidos a sus disposiciones los actos de carácter societario que se produzcan en lo sucesivo y los que ahora estén pendientes de autorización.

2.º Las sociedades mercantiles andorranas existentes en el momento de la publicación del presente Reglamento habrán de adaptarse al contenido del presente texto en el plazo de veinte años, a contar de un año después de la fecha de publicación de este Reglamento.

Las sociedades que dentro de dicho término no procedan a efectuar la referida adaptación serán privadas de personalidad jurídica. El servicio encargado del control de sociedades instará de oficio su disolución y cancelación de la inscripción registral por vía judicial ordinaria.

3.º Se mantendrá la validez de las acciones al portador actualmente existentes. No obstante; los derechos adquiridos por sociedades constituidas de conformidad con el régimen jurídico anterior a la aparición de la reglamentación del Consejo General serán mantenidas en todo lo que concierne al capital como a los estatutos, los socios y las personas que ejerzan funciones que entrañen atribución de poderes o de representación de la sociedad.

Se mantendrá la validez de las acciones al portador existentes actualmente. No obstante, estos títulos o participaciones sociales serán transformados en títulos nominativos en caso de transmisión de cualquier título y en caso de que las sociedades cambiasen de objeto, de capital o sufriesen una modificación social.

En caso de producirse cualquier tipo de transmisión o cuando las sociedades cambien de objeto, de capital o sufran cualquier transformación social, o en todo caso en el término de veinte años, las acciones al portador habrán de transformarse en nominativas.

4.ª La denegación de la inscripción por parte del Registro de Sociedades o cualquier litigio referente a las sociedades mercantiles será susceptible de recurso ante las instancias administrativas en el primer caso, y se sustanciará ante la instancia judicial ordinaria en el segundo.

5.ª Quedan derogadas todas las disposiciones contrarias al contenido del presente Reglamento y en especial los decretos del Muy Ilustre Consejo General de fecha 27 de junio de 1962, 5 de julio de 1969, 27 de junio de 1973 y el Reglamento de 26 de junio de 1979.

Por la traducción,  
FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO  
Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar





# El Real Decreto 1558/1992, de 28 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario

## I. FUNDAMENTO DE LA MODIFICACIÓN

La modificación afecta a dos artículos del Reglamento Notarial (RN), a otros dos del Anexo tercero del mismo (AT) y a un artículo del Reglamento Hipotecario (RH).

Y así, el artículo 175 del RN se redacta de nuevo, al artículo 249 del RN se le añaden dos nuevos párrafos, al artículo 5 del AT un nuevo inciso, al artículo 15 del AT un nuevo párrafo y se introduce un nuevo artículo en el RH bajo el número 418.e).

Contiene también el RD dos disposiciones finales. La primera, destinada a recoger determinadas autorizaciones al Ministerio de Justicia (MJ) y a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), y la segunda a determinar la entrada en vigor del RD.

Todas las modificaciones, según la propia denominación del RD, tienen como objetivo la «seguridad del tráfico inmobiliario» y se basan en dos consideraciones:

En primer lugar, en «la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen de bienes inmuebles reflejen la verdadera situación registral existente en el momento de otorgamiento de aquellas». A esta finalidad tiende la reforma del artículo 175 del RN, inaplicable respecto de las escrituras autorizadas en el ejercicio de la fe pública por los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero, de acuerdo con las adiciones que se hacen en los artículos 5 y 15 del AT.

En segundo lugar, en la conveniencia de «que para ganar prioridad sus copias (las de escrituras de enajenación y gravamen de bienes inmuebles) se presenten en el Registro competente con mayor celeridad». A este fin se

destinan el artículo 249 del RN y el 418.e) del RH, normas tampoco aplicables a los documentos autorizados por los agentes diplomáticos y consulares en funciones notariales a los que antes nos referíamos, conforme al artículo 5 del AT, rigiendo, en cambio, lo dispuesto en el artículo 15 del mismo AT, ambos objeto del RD.

Mas las dos finalidades expuestas están concebidas como medio para alcanzar el efecto perseguido, que no es otro, de acuerdo con las propias palabras empleadas en el Preámbulo del RD, que el de evitar «que después de otorgado el documento los adquirentes tengan conocimiento de que no coincide la titularidad del transmitente o de que se ha ocultado la existencia de una carga vigente en el Registro».

Reconoce el RD que los problemas que se tratan de resolver encuentran soluciones justas mediante la aplicación de las reglas generales del Derecho civil, pero que en gran parte pueden eludirse a través de una colaboración más estrecha entre Notarios y Registradores de la Propiedad, lo que intenta potenciarse con sus disposiciones, que permitirán eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico jurídico inmobiliario.

En definitiva, se trata de facilitar el juego del artículo 34 de la LH por vía indirecta, es decir, a través concretamente de una mayor eficacia del principio de publicidad formal y del de prioridad.

## II. CRÍTICA GLOBAL

Es plausible el propósito que expresa el RD y adecuados los medios arbitrados para conseguirlo. De una y otra cosa no cabe la menor duda, como tampoco la cabe respecto a la actitud que Notarios y Registradores van a adoptar en cumplimiento exacto, riguroso y entusiasta de las nuevas normas.

Frecuentemente se nos acusa de manera injusta debido, por supuesto, a la ignorancia de las funciones notariales y registrales, de ser poco menos que cómplices en el fraude. Ni los Notarios ni los Registradores somos, ni podemos ser, investigadores de los precios de adquisición de los bienes, que corresponde fijar exclusivamente a los contratantes. Es más, si se produce una infravaloración, nosotros somos las primeras víctimas de ello, pues nuestros honorarios se determinan no en función del valor real de los bienes, sino tomando como base el valor declarado por los interesados en aplicación de la Ley de Tasas. Ni tampoco pueden hacernos responsables de que los adquirentes de los bienes y derechos obren a espaldas del Registro. En el primer caso se produciría el fraude fiscal; en el segundo, el fraude inmobiliario.

Además de no correspondernos esa función de policía, no puede

olvidarse que es a los interesados a los que compete informarse debidamente de todo lo que sea determinante para la realización de un concreto contrato.

El artículo 1 del RN atribuye a los Notarios, como profesionales del Derecho, la función de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar; y como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que ven, oyen y perciben por los sentidos, y en la del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes recogidas en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Por su parte, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria (LH) declara que los Registros son públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los inmuebles o derechos reales inscritos. El Registro está para satisfacer intereses, no curiosidades; pero no hace falta acreditar aquel interés, pues basta con que sea conocido. El Registrador no tiene facultades para exigir a nadie que acredite el interés que le mueve a conocer el contenido registral, pero sí las tiene para evitar la publicidad abusiva y, por ello, para demandar que se le exponga dicho interés con el fin de que éste sea conocido.

Pero ni uno ni otro funcionarios, ni el Notario ni el Registrador, están obligados a informar a nadie sobre el contenido registral, sino que esta información corresponde procurársela a los interesados a través de los medios arbitrados para ello por la Ley. La inscripción, por más que estimulada, no es, en general, ni obligatoria ni constitutiva. La transmisión y la adquisición de derechos tienen lugar fuera del Registro. Por ello es por lo que en nuestro sistema el principio de inscripción, al carecer ésta de eficacia constitutiva, tiene escasa trascendencia, mientras que el de rogación o instancia, por la voluntariedad de aquélla, alcanza todo su esplendor.

No obstante ello, los efectos del principio de fe pública registral son tan enérgicos que es lógico que la información del contenido registral se obtenga en todos los casos en los que éste puede jugar, es decir, en todos los que puede haber un tercer adquirente protegible por reunir los requisitos del artículo 34 de la LH, cualidad que normalmente se puede dar en todos los casos de adquisición de bienes a título oneroso y, por tanto, en los comprendidos en el nuevo artículo 175 del RN.

Esta última consideración es la que mueve al legislador, en su lucha contra el fraude inmobiliario, a tomar las medidas plasmadas en el RD.

Se dirá, no sin razón, que esto es presumir el infantilismo de los adquirentes; pero la realidad nos demuestra día a día que hay bastante de ello, especialmente cuando son extranjeros los adquirentes, tal vez por la igno-

rancia de éstos acerca de nuestro sistema. No hay duda de que en la decisión del legislador han influido no poco las campañas desatadas en el exterior respecto de la acusación de inseguridad, de ineficacia, que parece que se deducen de la posibilidad de fraude, cuando ciertamente se deben a la desidia o a la ignorancia de los destinatarios últimos del contenido registral, que no sólo protege, sino que también advierte. Y esa información es natural que deban procurársela los interesados. Los Notarios tenían, según el antiguo artículo 175 del RN, el deber de advertir al adquirente de la conveniencia de que se asegurara del estado de cargas por cualquiera de los medios que le ofrece la legislación hipotecaria. Con esto debería haber bastado, pero por lo visto no basta.

Sin embargo, el RD no deja de ser bastante ingenuo, pues en no pocos casos «llegará tarde», ya que, como es bien sabido, casi siempre las adquisiciones de bienes son anteriores al otorgamiento de la escritura, de suerte que cuando aquél tiene lugar ya es tarde para la consecución de la finalidad pretendida por el RD.

Pese a todo ello, sobre el ánimo del legislador pesa más la idea de «protección paternal» que toda otra consideración.

Sin perjuicio de los defectos y lagunas que iremos poniendo de manifiesto a lo largo y ancho de esta exposición y sin dejar de reconocer que las medidas adoptadas suponen un cambio profundo en las funciones notarial y registral, aunque sería frustrante que tras el otorgamiento de la escritura el adquirente viviera al margen del Registro de la Propiedad, es lo cierto, y así hay que reconocerlo, que la intención es buena y que realmente se evitarán muchos casos de fraude inmobiliario, con lo que se acentuará la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico, fines últimos, ennoblecadores, de aquellas funciones. Sea, pues, bienvenido el RD, que no dudo que Notarios y Registradores cumplirán escrupulosamente, aceptando de buen grado un servicio más que añadir a los muchos que ya prestan a la sociedad.

Lo que en nuestra opinión no puede ni debe hacerse es atribuir eficacia de cierre registral a la solicitud de información, porque se tambalearía todo el sistema registral. ¿Qué sería de quien directamente tuviera conocimiento del contenido registral y por ello excusara al Notario de solicitar y obtener la oportuna información registral si al presentar su título se encontrara el Registro «cerrado»? ¿Qué sería del principio de prioridad, uno de los soportes más serios de la fe pública registral? Quien quiera ampararse en el contenido registral sólo asume una obligación, aunque ineludible, y ese deber es el de diligencia: presentar la escritura en el Registro de la Propiedad; de ahí que el artículo 24 de la LH considere como fecha de la inscripción, para todos los efectos que de ésta hayan de derivarse, la del asiento de presentación.

Para conseguir, no obstante, que no se frustre la finalidad perseguida con

la previa información registral, el RD ofrece también la posibilidad de que la presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad tenga lugar mediante telefax, con lo que, en gran medida, se evitará que «llegue tarde».

### III. LA INFORMACIÓN REGISTRAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN

#### A) *Supuestos en los que procede*

La determinación de los supuestos en los que la información registral previa ha de tener lugar se contiene en el apartado 1 del artículo 175 del RN.

Por lo pronto ese deber de información previa registral se impone sólo a los Notarios, no a los demás funcionarios de los que pueden provenir documentos inscribibles, y precisamente con ocasión de la autorización de escrituras, con exclusión de cualquier otro tipo de instrumento público.

Pero no se extiende el derecho de información a toda clase de escrituras, sino solamente a aquellas que contengan transmisiones o constituciones de gravámenes de y sobre bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos. Literalmente, dice el RD que nace el deber siempre que se trate de otorgar «cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles».

En consecuencia, quedan fuera de su ámbito, por un lado, todos los títulos que no consistan en escritura pública, y, por otro, todos los actos y contratos que no supongan transmisión o gravamen de bienes inmuebles, es decir, el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Como puede observarse, el RD tiene siempre *in mente* el artículo 34 de la LH, buena prueba de lo cual es que entre los supuestos excluidos figuran, como luego veremos, los actos a título gratuito.

Están incluidas, por tanto, las adjudicaciones en pago de deudas o de asunción de deudas, pero no las producidas para pago de deudas sin garantía real. Pero ¿qué ocurre con las cancelaciones, con los títulos que extingan derechos reales sobre bienes inmuebles? Pues que hay que estimarlos excluidos, porque ni suponen transmisión ni significan gravamen, sino todo lo contrario.

Ahora bien, la información registral ha de comprender también, como dice el artículo 230 de la LH, los asientos del Diario cuando, si se hubiera producido ya la inscripción correspondiente al tiempo de facilitarla, esta inscripción hubiera habido que recogerla en aquella información.

Delimitado así el ámbito de aplicación del artículo 175 del RN, interesa ahora recoger los supuestos que el RN excluye y aquellos otros en los que no puede obtenerse la información en todo o en parte. Tales son los que se

contienen, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del propio artículo 175 del RN, es decir, los que pasamos a exponer.

*B) Casos en los que se excluye*

No es de aplicación, por exclusión, lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 175 del RN en los tres casos siguientes:

1.º Aquellos en los que en la escritura únicamente se contienen actos a título gratuito. Esta excepción es debida a la inoperancia respecto de ellos del artículo 34 de la LH, lo que hace innecesaria, aunque no inútil, la información que pudiera obtenerse.

Ahora bien, cuando sean objeto de la escritura actos a título gratuito y otros a título oneroso, el deber de información, como es obvio, hay que entenderlo referido sólo a los bienes y derechos a los que alcance aquella onerosidad.

2.º Aquellos otros en los que el adquirente de la finca o derecho expresamente manifieste su voluntad de prescindir de la información registral «por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble».

Da la impresión el artículo 175 del RN de que no basta la simple declaración de su deseo y decisión de que se prescinda de la información registral, sino de que, además, se requiere que esa declaración de voluntad se fundamente en el conocimiento por aquél de la situación jurídica del inmueble.

Nosotros entendemos que no es necesaria esa concurrencia, sino que es suficiente con la renuncia del adquirente, porque nadie puede ser obligado a recibir la información registral. Lo que hace el RN es presumir que aquella renuncia lleva implícito el conocimiento de la situación del inmueble, sin olvidar, por otra parte, que el deber del Notario tiende exclusivamente a satisfacer el interés del único que puede resultar perjudicado: el adquirente, que es quien debe velar por sus propios intereses. Si él confía en el transmitente o en el conocimiento que por éste o por el propio Registro tenga ya de la situación jurídica de la finca..., allá él. Esta es, sin duda, la razón por la que el RN no exige que el adquirente exponga, y así se recoja en la escritura, cuál es esa situación jurídica de la finca que él conoce, a diferencia de lo que el Notario ha de hacer cuando ésta derive de las manifestaciones del transmitente o constituyente.

Sí exige el artículo 175 del RN que el Notario haga constar en la escritura cumplidamente, en su parte expositiva, aquella manifestación del adquirente relativa a que se prescinda de la información registral.

Por otro lado, conviene hacer ver, junto al hecho de que solamente el adquirente puede renunciar a la información, que el precepto se remite no

al conocimiento de la «situación registral», sino al conocimiento de la «situación jurídica» del inmueble o derecho coincida o no con aquélla, cosa esta última que ocurrirá con cierta frecuencia, por ejemplo, cuando hay dos transmisiones, la primera de las cuales aún no ha ingresado en el Registro; pero ese hecho es conocido por el adquirente, así como la restante situación registral.

3.º También, por razones obvias, queda excusado el deber de información cuando el disponente (no el adquirente) sea el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y, en general, Entidades de Derecho Público.

En los tres casos de excepción que preceden, las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por el Notario en la parte expositiva por lo que resulte de las manifestaciones del transmitente o constituyente del gravamen y por lo que aparezca de los títulos que se le exhiban, y, además, hará constar a continuación que prevalece sobre ellas «la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada», en los términos que más adelante expondremos.

Ante la imposibilidad en que, lógicamente, se encuentran las Leyes y los Reglamentos para contemplar todos los supuestos posibles, olvida la reforma el caso, no infrecuente, de las hipotecas constituidas unilateralmente.

Evidentemente, se trata de un acto de constitución de gravamen, aunque aún no haya «adquirente» por precisarse ineludiblemente su aceptación. Se trata de un verdadero caso de reserva de rango. En estos casos realmente hay que reconocer que no es necesaria la información registral, no sólo porque el constituyente no es el adquirente, sino también porque aquél no puede ser tercero protegido por el artículo 34 de la LH y porque es él precisamente quien conoce de verdad la situación jurídica de la finca, coincida o no con la registral. No es, por tanto, preciso tampoco que declare su voluntad de prescindir de la información registral, sencillamente porque no es «adquirente» [vid. ap. 2.b) del art. 175 RN].

Pero, ciertamente, puede ocurrir una de estas dos cosas: que el «adquirente» acepte o no acepte, esto último de forma expresa o tácita, de acuerdo todo ello con el artículo 141 de la LH.

Si no acepta, para la cancelación tampoco será necesaria la información registral, cualquiera que sea el medio a través del cual se manifieste la no aceptación, expreso o fruto de la pasividad del favorecido por la hipoteca.

Si, en cambio, acepta, éste será el momento para obtener la adecuada información registral, porque aquí sí hay ya «adquirente», por más que el documento en que se constituya la hipoteca no sea unitario formalmente, sino complejo e integrado por dos tiempos sucesivos: constitución y acep-

tación. No en balde esta última satisface la *conditio iuris* a que queda sometida aquélla.

C) *Casos en los que no es posible la información positiva en todo o en parte*

Junto a los casos exceptuados hay otros dos en los que, aun recabada la información, ésta no puede proporcionarse, en todo o en parte. Lo primero, cuando el inmueble no está inmatriculado. Lo segundo, cuando, aun estándolo, no se encuentra inscrito el título acreditativo de la titularidad del disponente al tiempo del otorgamiento.

En ambos casos, como en los exceptuados estudiados en el epígrafe anterior, las cargas y gravámenes que recaigan sobre el inmueble se harán constar por lo que resulte de las manifestaciones de la parte transmitente o constituyente del gravamen y por lo que aparezca en los títulos que se exhiban al Notario, con igual advertencia en cuanto a la prevalencia de la situación registral sobre ellas (vid. aps. 3-4 del art. 175 RN).

Ahora bien, hay que aclarar que cuando se trate de titularidades no inscritas todo depende de que se hayan presentado o no los títulos correspondientes en el Registro de la Propiedad. Si no se han presentado, los apartados 3-4 son aplicables sin más. Si, por el contrario, se han presentado, evidentemente en la información suministrada por el Registro de la Propiedad constará esta circunstancia, según ya dijimos; pero ello no liberará al transmitente de su deber, *que procede en todo caso*, de hacer las declaraciones oportunas sobre el estado de cargas de la finca objeto de la escritura cuando hubiere alguna o algunas no inscritas, es decir, que el deber de información previa por el Notario al adquirente respecto a la situación registral de la finca no exime al transmitente del suyo a exponer la situación jurídica real de la finca en cuanto difiera de la registral.

No parece necesario, en cambio, aclarar que la prevalencia del contenido registral no se extiende únicamente a las manifestaciones del transmitente, sino también a lo que resulte de los títulos que se exhiban al Notario (p. ej., cancelación de hipoteca que aún no haya accedido al Registro, pero que se presenta después en él acompañada o no de la escritura de venta de la finca hipotecada cuando previamente se había inscrito una cesión del crédito hipotecario).

Sí parece conveniente, por el contrario, dejar bien sentado que esa prevalencia opera cuando el contenido registral difiere de las manifestaciones del transmitente, en el sentido de que despliega toda su eficacia si el contenido registral ha de perjudicar al adquirente (carga o acto dispositivo que accede al Registro antes de la presentación en él de la escritura en



cuestión), pero no cuando ha de beneficiarle (carga manifestada por el transmitente que se cancela antes de la susodicha presentación), sin olvidar, por supuesto, que, en su caso, tales manifestaciones destruyen la buena fe del adquirente, lo que impedirá, en cuanto a ellas, acogerse al artículo 34 de la LH.

Naturalmente, la prevalencia de la situación registral sobre la resultante de la información obtenida por el Notario y sobre las manifestaciones hechas por el transmitente o constituyente del gravamen (situación registral que el artículo remite a la existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada con base en aquéllas: información y manifestaciones) ha de entenderse que se refiere, en el caso del artículo 249 del RN, párrafo 5.º, a la presentación efectuada por telefax, puesto que esta posibilidad está concebida precisamente para provocar la correspondiente reserva de rango, siempre, claro está, que la copia auténtica sea presentada dentro del plazo reglamentario, pues en otro caso el asiento que provocó el telefax decae y ha de ser cancelado, de oficio o a instancia de parte, por nota a su margen.

#### IV. DESTINATARIOS ÚLTIMOS DE LA INFORMACIÓN REGISTRAL. CONTENIDO DE LA MISMA

Los destinatarios son siempre los otorgantes y muy especialmente el adquirente.

En efecto, dice el apartado 1 del artículo 175 del RN que el Notario hará saber a los otorgantes las circunstancias que expondremos a continuación. Al o a los transmitentes, por su evidente interés en conocer la información. Al adquirente, por ser el que puede sufrir el mayor perjuicio caso de desconocer la situación registral de la finca o derecho que adquiere. Y esas circunstancias son las siguientes:

1.º El resultado de su gestión, con referencia a la finca o fincas a las que haya de referirse la escritura, o sea, todo lo que ha de ser objeto de información registral: descripción de la finca (lo que no impide su actualización en la escritura a otorgar), titularidad de la finca o derecho (lo que, desgraciadamente, no es obstáculo para un cambio en ella entre el plazo que medie entre la información, la autorización y la presentación en el Registro de la escritura otorgada) y cargas, gravámenes y limitaciones vigentes según la información obtenida (lo que no es óbice para que en ese mismo intervalo puedan registrarse otras con posterioridad a la información, al no provocar ésta, como ya advertimos, cierre registral).

2.º Debe informar asimismo el Notario a los otorgantes acerca del medio utilizado para obtener la información que ofrece a los otorgantes:

Certificación o nota simple, y en este último caso, si se utilizó el telefax o no.

3.º Y por último, el Notario ha de hacer saber a aquellos mismos otorgantes «su fecha». No aclara el RN si la fecha se refiere a la de obtención por el Notario o a la del medio utilizado, es decir, a la de la certificación, nota simple o telefax.

Normalmente, cuando la información se obtenga por telefax, ambas fechas coincidirán; mas no ocurrirá así cuando se utilicen la certificación o la nota simple. ¿Cuál, pues, de las dos posibles fechas ha de considerarse a estos efectos? Yo creo que si leemos despacio el apartado 1 del artículo 175 del RN, la solución del problema no puede ofrecer dudas.

En efecto, dice dicho precepto que la «información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal y su resultado, el medio utilizado y su fecha...»; luego es evidente que se está refiriendo al resultado, al medio utilizado y a la fecha «de la información». No es, pues, a la fecha de la obtención efectiva por el Notario a la que hay que atender, sino a la de la propia información. El artículo 175 del RN lo que pretende es la mayor inmediatez posible entre la información registral y el otorgamiento de la escritura. En otro caso quedaría frustrada la finalidad perseguida: ésta sólo puede conseguirse con la máxima aproximación entre información y otorgamiento. La información caduca, por tanto, a los cuatro días hábiles, por lo que se dispone de cinco para otorgar la escritura correspondiente (el día de información y cuatro más), *todos ellos hábiles en el lugar del repetido otorgamiento*.

En efecto: en el lugar de la expedición de la información ha de ser el día hábil de la misma, pero ¿qué ocurre si, en cambio, no lo es en el lugar de ubicación de la Notaría? Literalmente interpretada, habría que concluir que, pese a ello, el Notario dispone de esos cinco días para autorizar la escritura, mas ¿es eso lo realmente querido por la norma reglamentaria? Si atendemos a aquella finalidad o pretensión de la mayor proximidad posible entre ambas fechas, tendríamos que contestar a esta última pregunta «que no», que el Notario dispone de cinco días hábiles, a contar de la fecha de la información. Pero si consideramos que hay varios intereses en juego que deben armonizarse, entre ellos también el del Notario, de modo que éste pueda autorizar dentro de los cinco días hábiles «suyos», sin más agobio, evidentemente tendremos que rectificar esa respuesta y sustituirla por la contraria, «que sí», que el Notario dispone de «sus» cinco días hábiles para autorizar la escritura. Cuando el artículo 175.1 del RN impone al Notario haber obtenido, dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento, la información, claramente se está refiriendo a días hábiles en el lugar del otorgamiento. Y es que la información se obtiene ciertamente cuando se facilita por el Registro, pero sin que ello pueda llevarse al extremo de

aplicarlo estrictamente, porque difícilmente podrá obtenerse la información cuando el día es inhábil en el lugar del otorgamiento. La fecha de expedición, que ha de hacerse constar en la parte expositiva de la escritura, revelará la permanencia del valor de la información o su caducidad, como luego veremos. Obtención equivale así a «puesta a disposición». Esto es precisamente lo que justifica que la nota simple informativa pueda obtenerse por medio de telefax. Y es significativo que el artículo 175.1 del RN haga mención exactamente a que puede «obtenerse», con lo cual está disipando las dudas que aún pudieran tenerse al respecto.

## V. LA OBLIGACION DEL NOTARIO DE RECABAR LA INFORMACIÓN

El apartado 1 del artículo 175 del RN obliga al Notario no sólo a recabar información registral, sino a haberla obtenido efectivamente «antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles».

Expuesto ya qué escrituras acarrear esa obligación y lo relativo a la antelación con que ha de obtenerse la información, vamos a acometer ahora el examen del contenido de esta última.

La información que el Registro ha de suministrar al Notario y éste poner en conocimiento de los otorgantes y recogerla en la parte expositiva de la escritura abarca los extremos que pasamos a exponer, completando así lo expuesto en el epígrafe anterior.

1.º La descripción registral de la finca, que, como es lógico, habrá de contener todas las circunstancias a que se refieren los artículos 9 de la LH y 51 del RH y sus complementarios o concordantes. Ello no es obstáculo para que el transmitente pueda y deba hacer las manifestaciones al respecto que crea oportunas: existencia de segregación aún no inscrita, etc., lo que tendrá el reflejo en la escritura que en seguida diremos.

2.º Titularidad de la misma, entendida en el sentido de dominio, si de su transmisión o gravamen se trata, o del correspondiente derecho real distinto de aquél si a éste es al que exclusivamente se refiere la escritura (p.ej., cesión del crédito hipotecario), sin perjuicio de los casos frecuentes de transmisión simultánea de derechos (p.ej., de la nuda propiedad y del usufructo), en los que la información ha de extenderse a ambos.

3.º Cargas y gravámenes o limitaciones vigentes según el Registro, entre ellas las que afecten a las VPO. No parece necesario aclarar que entre ellas han de incluirse los derechos reales que graven la finca o derecho, las anotaciones preventivas, las prohibiciones de disponer, las condiciones suspensivas o resolutorias, sustituciones fideicomisarias, reservas del artículo 811 del CC, etc., incluidas las notas de afección, la limitación de efectos de los artículos 28 y 207 de la LH y la posibilidad de cancelación de los

asientos de inmatriculación en relación con los cuales no se acredite la publicación del edicto que exige el artículo 205 de la LH, conforme a lo dispuesto en el artículo 298 del RH. Por otro lado, evidentemente, en la información solamente han de comprenderse las vigentes en el momento de facilitarse aquélla.

El título de este epígrafe obedece al hecho de que el único facultado para solicitar la información a los fines del artículo 175 es exclusivamente el Notario. Mas esto no quiere decir, por supuesto, que los interesados, sea el transmitente o constituyente, sea el adquirente, no puedan obtener información registral, sino que, en estos casos, no se puede reconocer, en principio, exoneración de responsabilidad al Notario que no se procurara por sí mismo la información registral. El camino a seguir sería el del apartado 2 del artículo 175 del RN, es decir, la renuncia del adquirente a ella «por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble». Pensemos en una posibilidad: el transmitente solicita y obtiene certificación registral relativa al estado de la finca, que aporta a la Notaría. Lleva fecha cuatro y el otorgamiento se produce el día seis; pero el mismo día cuatro, tras su expedición, o el día cinco o el propio día seis presenta o hace presentar otra escritura de hipoteca sobre la misma finca. Fraude consumado. Se dirá que puede hacerlo aunque sea el Notario quien solicite y obtenga la información registral, y esto es cierto; pero es mucho más difícil porque nunca podrá saber cuándo la suministrará el Registro. Por otro lado, la solicitud y la recepción de información puede tener lugar mediante telefax, con lo cual queda claro que la presentación de la escritura y su otorgamiento pueden ser prácticamente simultáneos, puesto que aquella presentación también puede tener lugar por telefax, como más adelante veremos.

He ahí la posible total efectividad de las nuevas normas si son adecuadamente utilizadas y aplicadas.

No queremos acabar estas últimas consideraciones sin antes insistir sobre el hecho de que el artículo 175.1 del RN está concebido solamente para imponer al Notario la obligación de ser él, por sí mismo, en definitiva la propia Notaría, la que solicite y obtenga la información registral.

Ya vimos cómo dicho artículo se refiere a que «el Notario deberá haber obtenido», lo cual no quiere decir que lo deba hacer por sí mismo. También que en aquel mismo artículo se establece que la «información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios» previstos en las leyes, lo que ya sí da la sensación de que es a él al que corresponde solicitarla y obtenerla, que es, además, lo que justifica que deba comunicar a los otorgantes su resultado, el medio utilizado y su fecha, como dispone el propio artículo en su apartado 1.

Pero hay más. El apartado 1 del artículo 175 del RN no alude para nada

a los «títulos que se exhiban al Notario», sino sólo a las manifestaciones que al efecto hagan el transmitente o constituyente sobre la titularidad o cargas de la finca, a diferencia de lo que ocurre, como ya dijimos en su momento, en los casos exceptuados de información o en los que ésta es imposible (falta de inmatriculación de la finca o de inscripción del título acreditativo del disponente o constituyente), en los que las cargas se han de hacer constar en la escritura por lo que resulte de las manifestaciones de la parte transmitente o constituyente del gravamen y por «lo que aparezca en los títulos que se exhiban al Notario», entre ellos, naturalmente, los en que se recoja la información obtenida por los otorgantes, lo que no quiere decir que no puedan exhibirse al Notario dichos títulos para corroborar las manifestaciones del transmitente o constituyente.

Evidentemente, «obtenido» no supone o no lleva necesariamente consigo el haber solicitado, pero nótese cómo a continuación dice el mismo artículo que «esta información podrá obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal», lo que ya parece dar a entender que es el propio Notario (si no diría, por el contrario, «podrá obtenerse») el que ha de obtenerla y, por tanto, solicitarla, aunque, por supuesto, la solicitud y la propia información puedan presentarla y recogerla, respectivamente, a través de sus propios empleados e, incluso, de terceros; por ejemplo, un gestor. Remata mi seguridad acerca de aquel protagonismo del Notario el hecho de que la información registral, plasmada en nota simple informativa, pueda solicitarse y obtenerse por medio de telefax, porque no creo que pueda discutirse que el Registrador no está obligado a prestarla sino cuando el telefax procede del Notario. Y si esto no fuera así, es evidente también que esta posibilidad se hubiera producido con la reserva de que tal medio sólo podría ser utilizado por Notarios. Así se infiere también del hecho de que la información tienen como único fin servir de base para la autorización por el Notario de la correspondiente escritura de transmisión y gravamen, sin otra posible utilización y finalidad. La causa final, el fin determinante de la norma no es otro que el de posibilitar la autorización de la escritura para, fin último, hacer efectiva en lo posible la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario o, como dice el RD, «eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario».

De ahí se deduce fácilmente que el incumplimiento de lo dispuesto en el RD no afectará en absoluto a la validez del otorgamiento del negocio formalizado en escritura pública, sino que constituiría una mera falta reglamentaria que, no obstante ello, podrá determinar la responsabilidad del Notario; pero en ningún caso podrá atribuírsele la naturaleza de defecto, ni subsanable ni insubsanable, por lo que no obstaculizaría la inscripción.

No quiero terminar sin hacer dos consideraciones últimas sobre el tema: 1.º Que la norma en cuestión se comprende en el RN, que va dirigido, obvia-

mente, a los Notarios; de ahí que solamente éstos puedan y deban utilizar esos medios de información con eficacia en relación con el artículo 175 del RN. 2.ª Que para ello *no es imprescindible* que Notaría y Registro *radiquen en poblaciones distintas* por lo que se refiere a la obtención de la información por telefax, puesto que el artículo 175 del RN no contiene esa previsión, a diferencia del artículo 249 del RN, que estudiaremos más adelante.

## VI. NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN: MEDIOS PARA OBTENERLA

La información puede obtenerla el Notario por cualquiera de los medios de publicidad formal y además solicitarse por telefax, en cuyo caso el Registrador deberá proporcionarla por igual vía, lo que no impide, naturalmente, que se indique al Registrador que se envíe por correo o por compañía de las que se dedican a suplir las deficiencias del servicio de correos, aunque no esté obligado a suministrarlas sino por telefax.

Por tanto, según el documento en que se plasme la documentación, certificación o no, así será su valor de documento público o no, respectivamente. Si se utiliza el telefax la información obtenida se basará en una simple nota con tal carácter informativo, sin que llegue a alcanzar el fax la naturaleza de documento público. Así se desprende de manera indudable del propio artículo 175.1 del RN, cuyo último inciso dice que «la nota simple informativa podrá solicitarse y obtenerse por medio de telefax». Una razón más, por otra parte, para afirmarnos en nuestra opinión de que la información registral obtenida por quien no sea el Notario no puede tener el valor ni la virtualidad que le atribuye ese mismo artículo 175, porque no parece que pueda discutirse que el telefax sólo ha de ser atendido por el Registrador cuando proceda del Notario, lo que nos llevará también a considerar que el telefax en el que conste la solicitud debe proceder de manera acreditada del Notario, para lo que, en nuestra opinión, basta con que el formato del telefax así lo revele por la firma del Notario o al menos de su sello.

Sin embargo, el modo de proceder nos lo revelará la DGRN, autorizada por la disposición final primera del RD para «establecer modelos normalizados de solicitud y expedición de telecopia sobre información registral»; y puesto que el RD no entra en vigor (DF 2.ª) sino a los seis meses de su publicación en el *BOE*, es de esperar que en tan largo lapso de tiempo la DGRN hará cumplido uso de aquélla, con lo que este mínimo problema quedará resuelto.

Por otro lado, si no fuera el propio Notario el que hubiera de recabar información, no diría el artículo 175.1 del RN que «deberá haber obtenido» la misma, sino que se hubiera limitado a exigir que en el momento de la autorización dispusiera de ella.

Por tanto, una vez que entre en vigor el RD desaparece la necesidad de la advertencia que se contiene aún en el reformado artículo 175 del RN y se sustituye, en los casos que proceda, por la información suministrada por el Registro y obtenida «directamente» de aquél por el Notario autorizante (o quien reglamentariamente le sustituya). Quedan a salvo, claro es, las excepciones antes expuestas.

Mucho más grave nos parece el problema que podría derivarse del hecho de la comisión de algún error por el Registrador al expedir la nota simple o el fax (la omisión de una carga vigente, por ejemplo) o el padecido por el Notario al proceder a informar a los otorgantes. Cualquier error en la información, lo padezca quien lo padezca, me parece muy peligroso, por lo que habrá de extremarse la precaución en este punto, archivando los correspondientes comprobantes cada uno de los funcionarios implicados en la previa información registral.

## VII. CONSTANCIA DE LA INFORMACIÓN EN LA ESCRITURA

No es suficiente con que la información obtenida por el Notario se ponga en conocimiento de los otorgantes, sino que, además, en la parte expositiva de la escritura, han de reflejarse, asimismo, las circunstancias que han de hacerse saber a los otorgantes (descripción de la finca, titulares, cargas, gravámenes y limitaciones vigentes), sin perjuicio de las manifestaciones del transmitente o constituyente sobre la titularidad y cargas, que en su caso se *harán constar a continuación*.

Obsérvese cómo el artículo en cuestión se preocupa de que se consignen ambas cosas: información y manifestaciones; pero cómo también, respecto de la información habla de descripción de la finca, de cargas de la misma, de las limitaciones a que está sometida y de su titularidad, mientras que al ocuparse de las manifestaciones sólo se refiere a titularidad y cargas. Ello nos mueve a sentar dos reglas:

Primera. En cuanto a la descripción de la finca, que no es necesario recoger dos descripciones, sino que al proceder a ella puede hacerse en la forma ahora común, cuando sea posible o conveniente, o hacerse recogiendo ambas descripciones: la registral y la manifestada.

Segunda. En cuanto a la titularidad y cargas, las manifestaciones han de consignarse en la escritura precisamente a continuación de las que resulten de la información.

El incumplimiento de esta regla (necesidad de que las manifestaciones sobre titularidad y cargas se consignen a continuación de lo que resulte del Registro) constituye mera falta reglamentaria, pero no defecto que impida

o suspenda la inscripción, salvo, naturalmente, que se induzca a confusión (art. 98, párr. 2.º RH).

Ahora bien, en esa misma parte expositiva el Notario ha de hacer expresa advertencia, como ya vimos al tratar de las excepciones, de que la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la *copia de la escritura*, o sea, el contenido registral al tener lugar esa presentación prevalece en todo caso sobre la información registral. Así se desvanecen posibles equívocos (vid. ap. 4 del art. 175 RN), quedando claro que la información previa registral no produce efecto de cierre ni de reserva de rango.

Por «*copia de la escritura autorizada*» ha de entenderse no sólo esta misma, sino también el oficio o escrito a que se refiere el artículo 249 en su párrafo 2.º, también modificado, que estudiaremos más adelante, así como la telecopia a través de la cual se hubiere verificado la presentación en el Registro de la Propiedad, con tal de que en cualquiera de los dos casos la copia auténtica llegue a presentarse en el plazo de que habla el nuevo artículo 418.e) del RH, que en el propio RD se introduce, y que asimismo estudiaremos más adelante. Pero, por ello mismo, los asientos de presentación posteriores a la presentación de la copia o del escrito o de la telecopia no prevalecen sobre estos últimos, que sí implican reserva de rango, con tal de que la copia auténtica llegue a presentarse dentro del plazo concedido, como veremos en seguida.

Pues bien, con esa advertencia de «prevalencia» del contenido registral en el momento de la presentación, insistimos que se pretende desterrar la falsa imagen de una prevalencia de signo inverso, quedando así constancia expresa de la inexistencia de eficacia de cierre registral por parte de la información expedida por el Registro, como reiteradamente hemos ido diciendo.

## VIII. EXPEDICIÓN DE COPIAS: ARTÍCULO 249 DEL RN

El artículo 249 del RN conserva su actual redacción, pero se le añaden dos nuevos párrafos: el primero de ellos, cuarto del precepto, constituye una excepción a la regla general contenida en el párrafo primero, relativa al plazo dentro del cual han de ser libradas las copias; y el segundo de ellos, quinto de la norma, se refiere a la presentación de escrituras mediante telecopia, o sea, de las copias de aquéllas utilizando para ello el telefax. Vamos ahora a ocuparnos del primero de ellos.

Conforme a la regla general aludida, la copia debe librarse por el Notario «en el plazo más breve posible», pero en cualquier caso dentro del «en que ha de ser presentada a liquidación del Impuesto de Transmisiones



Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y General sobre las Sucesiones y Donaciones».

Con excepción a ella, el nuevo párrafo cuarto a que nos estamos refiriendo dispone literalmente que «deberá quedar a disposición del adquirente, dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, salvo causa justificada debidamente acreditada, copia autorizada de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad». Basta, como no podía ser menos, con que la copia quede a disposición del adquirente, quien es libre de recogerla, a partir de aquel momento, cuando lo considere oportuno. Esto está suficientemente claro y no requiere más explicaciones.

El primer problema surge cuando se intenta determinar cuáles son las escrituras incluidas en esta excepción. Por lo pronto sólo comprende, literalmente interpretada, las que puedan provocar asientos en el Registro de la Propiedad, con exclusión, por tanto, del de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Sin embargo, dada la finalidad perseguida por el RD, creo que se vería frustrada si Notarios y Registradores no fuéramos generosos en su aplicación. Me inclino, pues, por la solución positiva, que se basa en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Ya volveremos sobre el final de estos comentarios.

Pero en este mismo orden de cosas hay más, porque, por un lado, habla la norma del adquirente, y, por otro, de cualquier escritura que sea inscribible en el Registro.

Lo primero sugiere que solamente cuando haya un adquirente del dominio o de los derechos reales sobre bienes inmuebles, estén o no inscritos en el Registro de la Propiedad, surge la obligación de expedir la copia y ponerla a disposición de aquél en los términos que acabamos de ver. El segundo apunta que esa obligación, con o sin adquirente, nace en todo caso en el que la escritura contenga acto inscribible.

La repetida finalidad de proteger el tráfico jurídico inmobiliario, encarnada en la conveniencia de que las escrituras públicas de enajenación o gravamen para ganar prioridad se presenten en el Registro competente con la mayor celeridad, nos inclinan a pensar aquí, a diferencia de lo que decíamos antes, que debe prosperar la interpretación restrictiva, es decir, que esa regla excepcional no se aplica sino cuando hay un «adquirente». Su campo de actuación es, por consiguiente, el mismo del artículo 175 del RN, por lo que valen las mismas consideraciones que en relación con este extremo hemos hecho hasta ahora.

Podríamos resumir la excepción con estas pocas palabras: siempre que haya deber de previa información registral la copia autorizada de la escritura deberá quedar a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, incluidos los supuestos en los que aquel

queda, en cambio, excluido en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 175 del RN. Es decir, que esta excepción no admite, a su vez, excepciones, lo cual, dicho sea de paso, nos parece muy bien, porque es imprescindible procurar que la situación registral se corresponda con la situación real de las fincas y derechos.

Mayores problemas plantea la interpretación de la desafortunada frase «salvo causa justificada debidamente acreditada», porque, una de dos, o el Notario ha de alegar al adquirente cuál ha sido la causa que justifica la tardanza, sin necesidad de acreditarla, o bien, además, la alegación ha de ir acompañada de la debida acreditación. Si lo primero, el precepto reglamentario es incorrecto. Si lo segundo, se mueve en el campo de lo excesivo e impropio. Pero ¿qué es lo que realmente quiere decir?

A mi juicio, un deber mínimo de cortesía obliga al Notario a exponer la causa que le ha impedido expedir y poner a disposición del adquirente la copia autorizada. Pero nada más.

El artículo 249 del RN tenía y conserva, con el añadido de sus dos nuevos párrafos, otros tres que no han sido derogados, uno de los cuales, el segundo, recoge una especie de recurso de queja, salvando, si la hubiere, la responsabilidad civil del Notario que incurra en ella por inexistencia de causa que justifique el retraso, así como la responsabilidad disciplinaria, que son los cauces dentro de los cuales, en mi opinión, el Notario ha de acreditar debidamente aquella causa; solución a que nos lleva una interpretación sistemática del total artículo 249 del RN y no, aisladamente, la parcial de los dos nuevos párrafos. Basta pensar en la Notaría única en la que el Notario enferma y no puede, quien le sustituya, cumplir ese deber por aquél: ¿habrá de acreditar el Notario con el oportuno certificado médico aquella circunstancia y además que se avisó al sustituto y, por último, que éste justificó la imposibilidad de sustitución? Todo esto parece demasiado duro, perturbador e innecesario.

Sin embargo, he de reconocer que hasta que la DGRN no se pronuncie, el problema es, cuando menos, de dudosa solución, sobre todo porque no se limita a decir, a diferencia de lo que hacen, en general, las normas, «salvo causa justificada», sino que añade «debidamente acreditada», sin aludir para esto último ni al recurso de queja ni a ningún otro momento concreto, por lo que, pese a su dureza, parece claro que ante quien hay que justificar la tardanza es ante el adquirente.

Pues bien, sigo insistiendo en que me inclino por la interpretación restrictiva, porque los inconvenientes que pudieran derivarse de esa demora pueden evitarse mediante la presentación por telefax, objeto del párrafo quinto del mismo artículo 249 del RN, cuya iniciativa para que nazca el deber de hacerlo corresponde al «interesado».

# IX. PRESENTACIÓN DE ESCRITURAS POR TELEFAX

El nuevo párrafo quinto del artículo 249 del RN regula la presentación de escrituras en el Registro de la Propiedad por medio de telefax.

La facultad de presentar las escrituras por telefax se atribuye exclusivamente al Notario autorizante (o su sustituto). Sin embargo, la iniciativa para que el Notario acuda a aquel medio de presentación se reconoce solamente al interesado, de modo que la presentación por esa vía corresponde solicitarla por el interesado al Notario. Es, pues, aquella iniciativa, voluntaria para el interesado, pero una vez tomada obliga al Notario a realizar la repetida presentación.

Obsérvese, por otro lado, cómo el párrafo cuarto, respecto de la expedición de copia, se refiere al adquirente, mientras que el párrafo quinto del que ahora nos estamos ocupando se remite al interesado. De ello creo que es lícito concluir que esa presentación por telefax no se circunscribe a las escrituras de transmisión o gravamen, sino que se extiende a todos los casos en los que en aquéllas se contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Además de la solicitud del interesado (es decir, de cualquiera de los interesados) es preciso que el Registro competente se encuentre en otra población, es decir, es necesario que la Notaría en cuestión se encuentre en población distinta de la en que se halle el Registro competente, aunque aquélla pertenezca a la demarcación de éste.

Ahora bien, parece dar la impresión el artículo comentado de que basta la solicitud del interesado o que haya esa disparidad de poblaciones para que nazca la obligación de presentación por telefax. Sin embargo, no es así, a nuestro juicio,<sup>1</sup> o sea, que nosotros consideramos que el RN impone y exige la concurrencia de ambas circunstancias, solicitud y diversidad de poblaciones, por lo que no nace la facultad-deber del Notario sino cuando coincidan ambos extremos. Las leyes en muy contadas ocasiones y sólo por muy serias razones imponen la actuación de oficio, máxime cuando en este caso es el mismo interesado el único perjudicado. La verdad es que la regla general y casi absoluta es la de rogación o instancia. Advuértase que las frases «siempre que así lo solicite el interesado» y «cuando esté en otra población el Registro competente» aparecen unidas por la conjunción copulativa «y» aunque aquel «cuando» enturbie no poco la inteligencia del precepto; mas si únicamente bastara una de aquellas circunstancias, sin duda, en vez de «y cuando» hubiera dicho «así como».

Induce, además, a esa interpretación el hecho de que la presentación por telefax cuando el Registro de la Propiedad está en la misma población que la Notaría, verdaderamente sería una actuación innecesaria al tratarse de un

acto que pueden realizar por sí mismos los interesados sin esfuerzo ni dilación alguna.

Por último, pueden señalarse otras dos razones que obligan a esa interpretación. En primer lugar, que la falta de coincidencia, la disparidad de poblaciones, es básica en los demás supuestos contemplados por las normas [vid., p.ej., el artículo 418.a) RH]. Y en segundo lugar, la más poderosa de todas, que la inscripción es voluntaria y ninguna escritura puede ser presentada en el Registro de la Propiedad sin el concurso de la voluntad del interesado.

Por otro lado, si se acepta la interpretación extensiva que antes hacíamos al examinar el párrafo cuarto, parece congruente entender aquí que esa posible presentación cabe también respecto de los Registros a los que se encomienda la llevanza de los libros correspondientes a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, como ya hemos anticipado y después veremos.

Pues bien, concurriendo aquellas circunstancias, el Notario está obligado a transmitir por telefax al Registro competente la copia autorizada de la escritura el día mismo del otorgamiento o al siguiente hábil, habilidad que habrá de entenderse respecto del lugar del otorgamiento, lo que plantea un serio problema, porque ¿qué ocurre si el Notario envía por fax en día hábil y aquél es inhábil en el Registro destinatario competente? Evidentemente, es forzoso entender que el Notario cumplió adecuadamente su deber, aunque, como es lógico, no podrá extender la nota por la que se confirme la recepción hasta que efectivamente la reciba.

Evidentemente, pese a la falta de remisión expresa, habrá que acudir (salvo que en las normas de ejecución y desarrollo se prevea otra cosa) a lo dispuesto en el artículo 418.d) del RH, es decir, que sólo podrán practicarse las operaciones de emisión y recepción del telefax durante los días hábiles comunes. Esta solución, no se le escapará a nadie, puede provocar graves problemas que tal vez puedan solucionarse no cerrando el fax y considerar las recibidas fuera de las horas de presentación o en días inhábiles, como «presentadas» el primer día hábil siguiente para dicha presentación.

Para simplificar la operación y con el fin de facilitarla, el artículo 249 permite que la copia autorizada (por cierto, *íntegra*, para posibilitar su identificación al Registrador de la Propiedad) sea sustituida por un escrito u oficio en el que se hagan constar todas las circunstancias que permitirán comprobar que la copia autorizada que después ha de presentarse se corresponde exactamente con la que sirvió (o va a servir) para su presentación por telefax.

Aquellas circunstancias son las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Identidad de los otorgantes. No creemos que sea necesario consig-

nar en el escrito más que los nombres y los apellidos de los mismos, aunque lo que debe recoger el asiento de presentación según el artículo 249 de la LH es solamente el nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se haya de extender el asiento. Por tanto, huelgan las demás circunstancias personales de los otorgantes, si bien la prudencia aconseja que en aquellos casos en los que pueda producirse alguna confusión se añada algún otro dato diferenciador.

2.<sup>a</sup> La denominación del negocio documentado, que ha de hacerse constar tal como el Notario califique el acto o contrato de acuerdo en el artículo 156 del RN.

3.<sup>a</sup> La descripción del inmueble y los datos registrales, en su caso. No es suficiente expresar en el escrito los extremos que en relación a la finca o derechos afectados establece el artículo 249 de la LH, sino que la descripción ha de ser total, es decir, acomodada a las exigencias del artículo 9 de la LH y del artículo 51 del RH, lo que abrirá el camino a la nota a que se refiere el artículo 426 del RH.

Los datos registrales sólo han de facilitarse «en su caso», o sea, que puede prescindirse de ellos cuando sean desconocidos (lo que puede acarrear problemas de identificación) y cuando se trate de finca no inmatriculada.

Evidentemente, si se trata de una agrupación han de comprenderse (descripción y datos registrales) los de todas las fincas que se agrupen. Si de división material, los de la finca matriz, así como la indicación del número de fincas en que divide aquélla. Si de segregación, los de la finca de que se segrega o segregan parcelas, así como la indicación de la superficie o superficies correspondientes a la o las segregaciones. Y así sucesivamente. La razón de todo ello, además de que así ha de constar en el asiento de presentación, se encuentra en la necesidad de que otra posible información posterior sea completa y adecuada, dando así cumplimiento a lo que ordena el artículo 345 del RH.

4.<sup>a</sup> Los datos que permitan identificar el documento, o sea, fecha de autorización de la escritura matriz y la de la copia destinada a su «efectiva» presentación, el número de protocolo y la numeración del papel en que se hubiere extendido dicha escritura matriz. Y naturalmente la identidad del Notario autorizante, lo que da por supuesto el artículo que comentamos.

Como puede comprobarse, no sólo ha de hacerse constar la fecha del otorgamiento de la escritura, sino también la de la expedición de la copia autorizada de la misma, lo que permitirá al Registrador completar la identificación, pese a que el artículo 249 de la LH no exige sino la constancia en el asiento de presentación de la fecha de la escritura matriz.

Obsérvese, por otra parte, cómo en el escrito u oficio de referencia ha de comprenderse la numeración del papel en que se hubiere extendido la

repetida matriz y cómo, por el contrario, no se alude a la de la copia. Ello es, sin duda, debido a que la copia ha de ponerse a disposición del adquirente dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento y, por tanto, después de transcurrido el plazo para el envío del oficio o escrito, por lo que puede ocurrir que aún no esté expedida la copia al procederse a la remisión del escrito, oficio al que seguramente se recurrirá precisamente por no haberse producido aún la expedición.

En sus respectivos casos la presentación por fax exige que, si se trata de la copia, ésta se transmita íntegramente, y si del escrito, las circunstancias expresadas.

Una vez que el Notario expida la telecopia ha de hacer contar por notas al pie de la escritura y de la copia auténtica la confirmación de la recepción dada por el Registro.

No obstate ello, entendemos que aunque la copia se expida después del envío del fax, es en ella en la que ha de extenderse la nota de confirmación, pese a que por ser precisamente copia auténtica de la escritura matriz, ya figure en ella la confirmación a través de la que consta en esta última. Y es que, a nuestro juicio, lo que el RN pretende es que la presentación efectiva no se produzca a través de «cualquier copia», sino precisamente mediante «la» que se relacionó en el escrito u oficio.

Por eso creemos también que el Notario debe incluir en el oficio de remisión la fecha de la copia ya autorizada al producirse el envío o bien prever la fecha de autorización de la misma y obrar en consecuencia.

Debe, pues, el Notario extremar las precauciones a la hora de enviar su escrito al Registro de la Propiedad, porque cualquier omisión o cualquier error en la fecha puede provocar que no sea posible la presentación del documento.

Por último, creo que en el asiento de presentación, si se basa en telecopia, han de consignarse las mismas circunstancias que si de la copia auténtica se tratare, mientras que si se ha utilizado el escrito u oficio se han de hacer constar esas mismas circunstancias y, además, la fecha de la copia auténtica que vaya a ser presentada «efectivamente», el número del protocolo y la numeración del papel en que se hubiere extendido la escritura matriz. Y por supuesto, la expresión en ambos casos de que la presentación ha tenido lugar por telefax.

#### X. ARMONIZACIÓN DEL RN Y EL RH: EL NUEVO ARTÍCULO 418.e) DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La reforma del RN exigía la del RH para que ambos circularan por el mismo camino, es decir, como indica el epígrafe, la armonización de uno

y otro. Esta armonización se produce mediante el artículo que se cita en el mismo epígrafe.

Consta de dos apartados, referidos ambos a completar desde el punto de vista registral lo que dispone el párrafo quinto del artículo 249 del RN.

No se ocupa del artículo 175 del RN, porque éste no hace sino imponer al Notario el deber de obtener información registral previa (que es lo que constituye una novedad, la configuración como deber), pues de todos modos el Notario en cualquier caso podrá obtenerla, aunque antes sólo fuera potestativo para él, como sigue siéndolo para las en que no nazca aquel deber. La otra novedad que se contiene en dicho artículo 175 del RN es la posibilidad de que *en ejercicio de ese deber* la información registral pueda solicitarse y obtenerse por medio de telefax, lo que tampoco acarrea ninguna necesidad de armonización, porque al atribuirle el artículo 175 del RN el valor de simple nota informativa queda sometida a las normas del RH relativas a su expedición, es decir, las del artículo 332 del RH, complementado y desarrollado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1979 y la Instrucción de la misma Dirección de 12 de junio de 1985, que en su parte más interesante a los efectos de este estudio dice que «la manifestación, mediante nota simple informativa, se llevará a cabo en el plazo más breve posible, atendidos los datos que se suministren al Registrador y el volumen de la información solicitada, sin que, en ningún caso, dicho plazo pueda exceder del establecido en el artículo 236 de la LH», que a su vez lo fija en cuatro días por cada finca o derecho, transcurrido el cual se puede acudir al recurso concedido en el artículo 228 de la LH, que no es otro sino el de queja.

Lo cierto es que el procedimiento de solicitud y obtención por el Notario de información registral por medio del telefax solamente obliga al Registrador cuando se utilice a los fines del artículo 175 del RN. En otro caso, no actuando el Notario en ejercicio de sus deberes, aunque sí sea de sus funciones, el Registrador, al tener que proceder aquel otro funcionario no en su calidad de tal sino como simple «interesado», no queda obligado a proporcionar la información registral por medio de telefax, que sólo debe cuando se solicite al amparo del artículo 175 del RN, circunstancia que deberá constar en la propia solicitud. Otra cosa será que los Registradores se aferren a esa idea, pues no me cabe la menor duda acerca de que, aunque no se ciña la petición al artículo 175 del RN, aquéllos suministrarán la información solicitada. Desde luego, lo hará el que esto escribe, porque el que no sea obligatorio no supone que no sea posible. La prudencia de los Notarios, de la que no dudo, me forzará moralmente a ese proceder.

Debe quedar, en cambio, muy claro que la presentación por telefax de documentos, procedimiento absoluta y verdaderamente excepcional debe acomodarse siempre a las exigencias y condicionamientos del artículo 249

del RN, sin que quepa esa posible benevolencia del Registrador, que sólo es factible para la expedición de la información registral previa.

Pero volvamos al nuevo artículo 418.e) del RH.

Dice en su apartado primero que «lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 418.c) será de aplicación a las telecopias remitidas por los Notarios a los Registros de la Propiedad, conforme a lo previsto en el artículo 249, párrafo quinto, del RN», es decir, a la presentación por telefax.

De acuerdo con el artículo 418.c) del RH, el Registrador que reciba el escrito del Notario autorizante, previa calificación de su competencia, primero, y *confirmación*, después, por telefax de la recepción, extenderá el asiento de presentación solicitado *al final del día* (hábil en el territorio del Registro, lo cual tiene trascendencia cuando el día es hábil en el lugar del otorgamiento y no en el del Registro, lo que demorará un día la presentación), inmediatamente antes de la diligencia de cierre, es decir, que provocará el último asiento de presentación del día de la recepción (hábil, o sea, si el de recepción fuera inhábil, esa norma habrá de entenderse referida al siguiente), de modo que si fuesen varias las telecopias, los asientos se practicarán, por respeto al principio de prioridad, por el orden de su recepción; de ahí la utilidad de envío de la solicitud aunque al Notario le conste que el día en que se produce es inhábil en el lugar de ubicación del Registro (todo ello si se acepta la interpretación que en este sentido expusimos antes).

Aunque el artículo 418.c) del RH no especifica el modo de confirmar el Registrador la recepción del escrito u oficio del Notario, aquél, sin embargo, no puede ser otro que el que expresa el artículo 418.3.b): «el acuse de recibo (o confirmación) ...deberá hacerse igualmente mediante telecopia, se consignará por medio de nota marginal en el Diario y se archivará en el legajo correspondiente».

No se remite el artículo 418.e) del RH al apartado 2 del artículo 418.c), pero se ocupa de la materia de éste su propio apartado 2, lo que es debido a la posibilidad, no contemplada por el artículo 418.c) del RH, de la presentación mediante el tantas veces citado escrito u oficio del Notario autorizante.

Por eso es por lo que el apartado 2 del artículo 418.e), que ahora estamos comentando, dispone que «los asientos que se practiquen... caducarán a los diez días hábiles (aquí, sí, los del Registro) desde su extensión si en este plazo (o, mejor, si dentro de él) no se presenta en el Registro la copia auténtica de la escritura autorizada cuya telecopia o datos esenciales (esto último, para el escrito en cuestión; lo primero, cuando se utiliza ya la copia auténtica expedida) se hubieran remitido. Esta segunda presentación (que no lo es, sino la propia compleja presentación, con la reserva de rango obtenida) se hará constar por nota al margen del primer asiento (lo que



prueba que no es segunda presentación, sino una única compleja presentación), y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho (señal de que ésta cierra ese complejo acto).

Por constituir el «primer asiento» de presentación (o envolver) una reserva de rango, creo que la fecha que ha de hacerse constar en el asiento de inscripción no es la de la efectiva presentación de la copia autorizada, sino la de aquel «primer asiento», a la que habrá de remitirse, asimismo, la caducidad del asiento de presentación. Me refiero, claro es, a la determinación del momento a partir del cual se van a producir los efectos del asiento de inscripción, es decir, al artículo 24 de la LH.

Justifica la brevedad de la duración de dicho «primer» asiento de presentación el hecho precisamente de ser un asiento que implica una excepcional reserva de rango, condicionada reglamentariamente en cuanto a su procedencia, el medio a emplear y su caducidad. Son obvias las razones que mueven al RH a exigir que no se demore la presentación «efectiva» en el Registro de la Propiedad. Y el plazo concedido para ella, diez días, es el mismo que establece el artículo 418.b), apartado 2, del RH para los supuestos que contempla el artículo 418.a) del RH.

Como ya dijimos en su momento, la copia auténtica capaz de servir para la «segunda» presentación es aquella cuya *telecopia o datos esenciales* (la contemplada en el escrito u oficio de remisión) se hubiera remitido. No vale, pues, cualquier copia, sino precisamente la que se utilizó para la telecopia o para el envío de los datos esenciales, en la cual deberá figurar la nota de «confirmación» a que se refiere el último inciso del párrafo quinto del artículo 249 del RN, en los términos que ya vimos anteriormente.

Para la adecuada interpretación de las normas de referencia no debe olvidarse nunca que el artículo 249 del RN es una excepción a la prohibición general de presentación que se contiene en el artículo 420 del RH.

No queremos terminar estas consideraciones sin recordar que, en nuestra opinión, todas las normas estudiadas hasta ahora son aplicables en materia de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, afirmación que se basa en la disposición adicional 3.ª de su Ley reguladora de 16 de diciembre de 1954, según la cual «en el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores», incompatibilidad que indudablemente no se da en la materia expuesta hasta aquí.

Por otro lado, vigente aún el Reglamento del Registro Mercantil de 14 de febrero de 1956 en lo relativo a buques y aeronaves, subsiste también la disposición adicional 4.ª, que se remite al Reglamento Hipotecario respecto de las materias no previstas en aquél «en cuanto no se opongan a él»

en calidad de supletorias. Esta sería una muestra más de la generosidad en la interpretación a que aludíamos al principio de estas notas.

#### XI. DOCUMENTOS AUTORIZADOS POR AGENTES DIPLOMÁTICOS Y CONSULARES DE ESPAÑA EN EL EXTRANJERO

No están sujetos dichos agentes cuando actúan en funciones notariales, según el nuevo inciso del artículo 5 del AT del RN, al cumplimiento de cuanto hasta ahora hemos expuesto, es decir, no es aplicable a los documentos autorizados por ellos lo dispuesto en el artículo 175 del RN, como tampoco lo es lo que establece el párrafo quinto del artículo 249 del RN relativo a la presentación en el Registro de la Propiedad de los documentos o escritos sustitutorios por telefax.

Sí, en cambio, es aplicable el párrafo 4 del propio artículo 249 del RN, que se ocupa de establecer el plazo para la puesta a disposición del adquirente de la copia de las escrituras que contengan actos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Esta es la razón que justifica el párrafo 2 que se añade al artículo 5 del mismo AT del RN, que dice así: «La designación de cargas, gravámenes o responsabilidades a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato se hará constar, en primer término, por lo que resulte de la declaración de la parte transmitente o de la que constituya el gravamen, y en segundo lugar, por lo que aparezca de los títulos o documentos que se exhiban al agente diplomático o consular. También podrán hacerse constar cuando de ello estén conformes los contratantes, remitiéndose a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad».

#### XII. DISPOSICIONES FINALES DEL REAL DECRETO

Decíamos al principio que en el RD se recogen dos disposiciones finales (DF):

A) En la primera de ellas se conceden dos autorizaciones. Una, al Ministerio de Justicia para dictar las disposiciones que se consideren necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el RD. La otra, a la Dirección General de los Registros y del Notariado para formar los modelos normalizados de solicitud y expedición de las telecopias sobre información registral previa.

De ello se deduce que la autorización concedida al Ministerio es amplísima y no señala más límites que los que se deriven de su propio contenido (desarrollo y ejecución del RD), lo que no ocurre con la concedida a la

DGRN, que se contrae a la confección de los modelos relativos a la solicitud y expedición de telecopias sobre información registral.

El hecho de haber de constreñirse el uso de esta última autorización a la formación de modelos relativos a los extremos expresados sobre información registral supone que las facultades de la DGRN se ciñen al artículo 175 del RN, con exclusión del 249 del RN y del 418.e) del RH, lo que, sin duda, obedece a que estos últimos no precisan modelo alguno por contener todos los datos, requisitos y circunstancias precisos. En efecto, la minuciosidad con que se produce el artículo 249 del RN y la efectividad, ya probada, del artículo 418.c) del RH, a que se remite el artículo 418.e) del RH, hacen innecesaria cualquier autorización al respecto, aunque se «olviden» algunos puntos cuya omisión ha de suplirse por el sentido común y por la contemplación de la naturaleza de las cosas, por ejemplo, la falta de referencia expresa a la identidad del Notario autorizante que solicita la presentación por telefax sobre la base del escrito a que se refiere el artículo 249 del RH, omisión que no presenta dificultad alguna obviar, pues es evidente que el escrito (solicitud de instancia al fin y al cabo) ha de ir firmado y sellado (no signado) por el Notario en cuestión.

B) La segunda de las disposiciones finales se destina a fijar la entrada en vigor del RD, lo que tendrá lugar a los *seis meses* de su publicación en el *BOE*, publicación que tuvo lugar el día 6 de febrero de 1993, por lo que la entrada en vigor se producirá en igual día del mes de agosto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Civil.

JOAQUÍN LANZAS GALVACHE  
 Registrador de la Propiedad



# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Derecho comunitario europeo

1. *Directiva 92/101/CEE*.—Constitución de sociedades anónimas, así como el mantenimiento y modificaciones de su capital (DOCE, 28-11-1992).

El Consejo de las Comunidades Europeas:

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y en particular su artículo 54,

Vista la propuesta de la Comisión (1),

En cooperación con el Parlamento Europeo (2),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social (3),

Considerando que con objeto de mantener la integridad del capital suscrito y de garantizar la igualdad de trato a los accionistas, la Directiva 77/91/CEE (4) limita la posibilidad de que las sociedades anónimas adquieran sus propias acciones;

Considerando que las limitaciones respecto a la adquisición de acciones propias no sólo son aplicables a las adquisiciones realizadas por la propia sociedad, sino también a aquellas realizadas por una persona que actúe en nombre propio pero por cuenta de dicha sociedad;

Considerando que para evitar que una sociedad anónima se sirva de otra sociedad en la que disponga de la mayoría de los derechos de voto en la que pueda ejercer una influencia dominante para efectuar este tipo de ad-

---

(1) «Diario Oficial», núm. C-8, de 12-1-1991, pág. 5, y «DO», núm. C-317, de 7-12-1991, pág. 13.

(2) «Diario Oficial», núm. C-240, de 16-9-1991, pág. 103, y Decisión de 28 de octubre de 1992 (no publicada aún en el «DO»).

(3) «Diario Oficial», núm. C-269, de 14-10-1991, pág. 21.

(4) «Diario Oficial», núm. L-26, de 31-1-1977, pág. 1, Directiva modificada en último lugar por el Acta de adhesión de España y de Portugal.

quisiciones sin respetar las limitaciones previstas al respecto es necesario hacer extensivo el régimen aplicable a la adquisición de acciones propias por una sociedad a los casos más importantes y más frecuentes de adquisición de acciones por parte de la otra sociedad; que conviene aplicar el mismo régimen a la suscripción de acciones de las sociedades anónimas;

Considerando que, a fin de evitar la elusión de la Directiva 77/91/CEE, conviene incluir las sociedades contempladas por la Directiva 68/151/CEE (5), así como las sociedades sujetas al derecho de un país tercero que tengan una forma jurídica equivalente;

Considerando que cuando la relación entre la sociedad anónima y la otra sociedad contemplada en el tercer considerando es sólo indirecta, bastaría con suspender los derechos de voto para que la elusión de la Directiva 77/91/CEE careciera de interés;

Considerando que cuando un Estado miembro establezca un sistema de sanciones equivalentes a las establecidas en la Directiva 77/91/CEE, así como la suspensión de los derechos de voto, puede considerarse que dicha normativa ya se ajusta a los objetivos de la presente Directiva;

Considerando que, además, está justificado exceptuar los casos en que el carácter específico de una actividad profesional excluya la posibilidad de comprometer los objetivos de la Directiva;

Considerando que para evitar posibles perturbaciones en el mercado financiero de un Estado miembro debidas a la estructura económica de dicho país, por una parte, y consecuencias excesivamente bruscas en la regulación del autocontrol, conviene fijar un período de adaptación adecuado.

Ha adoptado la presente Directiva:

### *Artículo 1*

A continuación del artículo 24 de la Directiva 77/91/CEE se añade el siguiente artículo:

#### *«Artículo 24 bis.*

1. a) La suscripción, adquisición o tenencia de acciones de la sociedad anónima por parte de otra sociedad, tal como se define en el artículo 1 de la primera Directiva, en la que la sociedad anónima disponga directa o indirectamente de la mayoría de los derechos de voto o sobre la que pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, tendrán la consideración de actividades realizadas por la propia sociedad anónima.

---

(5) «Diario Oficial», núm. L-65, de 14-3-1968, pág. 8.



b) Lo dispuesto en la letra a) se aplicará también cuando la otra sociedad esté sujeta al derecho de un país tercero y tenga una forma jurídica equivalente a las mencionadas en el artículo 1 de la Directiva 68/151/CEE.

2. No obstante, cuando la sociedad anónima disponga indirectamente de la mayoría de los derechos de voto o pueda ejercer indirectamente una influencia dominante, los Estados miembros podrán no aplicar lo dispuesto en el apartado 1, siempre que establezcan la suspensión de los derechos de voto inherentes a las acciones de la sociedad anónima de que disponga la otra sociedad.

3. A falta de una coordinación de las disposiciones nacionales sobre el derecho de grupos, los Estados miembros podrán:

a) Definir los supuestos en que se presuma que una sociedad anónima puede ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad; si un Estado miembro hace uso de esta facultad, la influencia dominante deberá en todo caso presumirse en la norma nacional cuando una sociedad anónima:

— tenga el derecho de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión y sea al mismo tiempo accionista o socio de la otra sociedad,

o

— sea accionista o socio de la otra sociedad y controle, por sí sola, la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o socios de ésta en virtud de acuerdo celebrado con otros accionistas o socios de la sociedad.

Los Estados miembros no tendrán la obligación de prever más supuestos que los contemplados en los guiones primero y segundo.

b) Definir los supuestos en los que se considere que una sociedad anónima dispone indirectamente de los derechos de voto o ejerce indirectamente una influencia dominante.

c) Precisar en qué circunstancia se considera que una sociedad anónima dispone de derechos de voto.

4. a) Los Estados miembros podrán no aplicar el apartado 1 cuando la suscripción, adquisición o tenencia se realice por cuenta de una persona distinta de la que suscriba, adquiera o posea y que no sea ni la sociedad anónima mencionada en el apartado 1 ni otra sociedad en la cual la sociedad anónima disponga directa o indirectamente de la mayoría de los derechos de voto o sobre la que pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante.

b) Por otra parte, los Estados miembros podrán no aplicar el apartado 1 cuando la suscripción, adquisición o tenencia sea realizada por la otra sociedad en su calidad y dentro de su actividad como agente profesional de valores, siempre que esta sociedad sea miembro de una Bolsa de Valores situada o que opere en un Estado miembro o que esté autorizada o super-

visada por una autoridad de un Estado miembro competente para la supervisión de los agentes profesionales de valores que, con arreglo a la presente Directiva, pueden incluir las entidades de crédito.

5. Los Estados miembros no están obligados a aplicar el apartado 1 cuando la tenencia de acciones de la sociedad anónima por parte de la otra sociedad resulte de una adquisición realizada antes de que la relación entre estas dos sociedades correspondiera a los criterios establecidos en el apartado 1.

No obstante, se suspenderán los derechos de voto vinculados a dichas acciones y se tendrán en cuenta ésta para determinar si se cumple la condición establecida en la letra *b)* del apartado 1 del artículo 19.

6. Los Estados miembros podrán no aplicar lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 20 y el artículo 21 en caso de adquisición de acciones de una sociedad anónima por la otra sociedad, siempre que establezcan:

*a)* la suspensión de los derechos de voto inherentes a las acciones de la sociedad anónima de los que dispone la otra sociedad, y

*b)* que los miembros de los órganos de administración o de dirección de la sociedad anónima estén obligados a comprar a la otra sociedad las acciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 20 y en el artículo 21 al precio al que esta otra sociedad las adquirió; tal sanción no será aplicable únicamente en el caso de que los referidos miembros de los órganos de administración o de dirección acrediten que la sociedad anónima es totalmente ajena a la suscripción o adquisición de dichas acciones.»

## *Artículo 2*

1. Los Estados miembros podrán no aplicar el artículo 24 bis de la Directiva 77/91/CEE a las adquisiciones de acciones realizadas antes de la fecha contemplada en el apartado 2 del artículo 3.

No obstante, se suspenderán los derechos de voto inherentes a dichas acciones y se tendrán en cuenta éstas para determinar si se cumple la condición establecida en la letra *b)* del apartado 1 del artículo 19 de la Directiva 77/91/CEE.

2. Para evitar perturbaciones en el mercado financiero, el reino de Bélgica podrá aplazar hasta el 1 de enero de 1998 la suspensión de estos derechos de voto, siempre que:

— estén vinculados a acciones adquiridas antes de la notificación de la presente Directiva, y

— no superen, para el conjunto de sociedades cuya relación con la sociedad anónima responda a los criterios enunciados en el apartado 1 del artículo 24 bis de la Directiva 77/91/CEE el 10 por 100 de los derechos de voto de la sociedad anónima.

### *Artículo 3*

1. Los Estados miembros adoptarán antes del 1 de enero de 1994 las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros fijarán la fecha de entrada en vigor de las citadas disposiciones a más tardar el 1 de enero de 1995.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones básicas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

4. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

### *Artículo 4*

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

*2. Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

El Consejo de las Comunidades Europeas:

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y en particular su artículo 100 A,

Vista la propuesta de la Comisión (6),

En cooperación con el Parlamento europeo (7),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social (8),

---

(6) «Diario Oficial», núm. C-73, de 24-3-1992, pág. 7

(7) «Diario Oficial», núm. C-326, de 16-12-1991, pág. 108, y «Diario Oficial», núm. C-21, de 25-1-1993.

(8) «Diario Oficial», núm. C-159, de 17-6-1991, pág. 34.

Considerando que es necesario adoptar medidas para establecer progresivamente el mercado interior antes del 31 de diciembre de 1992; que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada;

Considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios, y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros;

Considerando que, en particular, las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores presentan diferencias considerables;

Considerando que corresponde a los Estados miembros velar porque no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores;

Considerando que generalmente los consumidores no conocen las normas que regulan los contratos de venta de bienes o de prestación de servicios en los Estados miembros distintos del suyo; que esta dificultad puede disuadirles de realizar transacciones de adquisición de bienes o servicios de modo directo en otro Estado miembro;

Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos;

Considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior y que de este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores;

Considerando que los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores (9) hicieron hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que esta protección deberán proporcionarla las disposiciones le-

---

(9) «Diario Oficial», núm. C-92, de 25-4-1975, pág. 1, y «Diario Oficial», núm. C-133, de 3-6-1981, pág. 1.

gales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario o adoptadas directamente a este nivel;

Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos;

Considerando que puede obtenerse una protección más eficaz del consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas; que tales normas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor; que por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades;

Considerando que el consumidor debe gozar de la misma protección, tanto en el marco de un contrato verbal como en el de un contrato por escrito y, en este último caso, independientemente de que los términos de dicho contrato figuren en uno o varios documentos;

Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva;

Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;

Considerando, sin embargo, que los Estados miembros deben velar porque en ellas no figuren dichas cláusulas abusivas, en particular debido a que la presente Directiva se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público;

Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta;

Considerando que a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas;

Considerando que la naturaleza de los bienes o servicios debe influir en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor;

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusiva en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia;

Considerando que en ciertos casos existe el riesgo de privar al consumidor de la protección otorgada por la presente Directiva designando como Ley aplicable al contrato el derecho de un país tercero; que, por consiguiente, es conveniente establecer en la presente Directiva disposiciones encaminadas a evitar dicho riesgo;

Considerando que las personas u organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección del consumidor deben poder presentar un recurso contra las cláusulas contractuales redactadas con vistas a su utilización general en los contratos celebrados con consumidores, en especial las cláusulas abusivas, ya sea ante un órgano judicial o ante una autoridad administrativa con competencia para decidir sobre las demandas o para emprender las acciones judiciales adecuadas; que esta facultad, sin embargo, no supone el control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico;

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Ha adoptado la presente Directiva:

### *Artículo 1*

1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

### *Artículo 2*

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;

b) «consumidor»: toda persona física que en los contratos regulados por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

c) «profesional»: toda persona física o jurídica que en las transacciones reguladas de la presente Directiva actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.

### *Artículo 3*

1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

3. El anexo de la presente Directiva contienen una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

### *Artículo 4*

1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

### *Artículo 5*

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar



redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.

### *Artículo 6*

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

### *Artículo 7*

1. Los Estados miembros velarán porque, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente, contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.

*Artículo 8*

Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

*Artículo 9*

A más tardar, cinco años después de la fecha contemplada en el apartado 1 del artículo 10, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva.

*Artículo 10*

1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después de 31 de diciembre de 1994.

2. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

*Artículo 11*

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Luxemburgo el 5 de abril de 1993.—Por el Consejo, el Presidente, N. HELVEG PETERSEN.

## A N E X O

**Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3****1. Cláusulas que tengan por objeto o por defecto:**

a) excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional;

b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último;

c) prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad;

d) permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie;

e) imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta;

f) autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o permitir que el profesional se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas si es el propio profesional quien rescinde el contrato;

g) autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves;

h) prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor exprese su voluntad de no prorrogarlo;

i) hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato;

j) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo;

k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos

válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar;

*l)* estipular que el precio de las mercancías se determina en el momento de su entrega u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

*m)* conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato o conferirle el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato;

*n)* restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares;

*o)* obligar al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas;

*p)* prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste;

*q)* suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

*b)* La letra *j)* se entiende sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios financieros se reserve el derecho a modificar sin previo aviso, en caso de razón válida, el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, o el importe de cualesquiera otros gastos relacionados con servicios financieros, a condición de que el profesional esté en la obligación de informar de ello en el más breve plazo a las demás partes contratantes y de que éstas tengan la facultad de rescindir inmediatamente el contrato.

La letra *j)* se entiende sin perjuicio también de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional está en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato.

*c)* Las letras *g)*, *j)* y *l)* no se aplicarán a:

— las transacciones relativas a títulos-valores, «instrumentos financie-

ros» y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de «una cotización» o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el profesional no controle;

— los contratos de compra o de venta de divisas, de cheques de viaje o de giros postales internacionales expresados en divisas.

d) La letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio.

## B) Legislación nacional

No se han promulgado disposiciones de rango legal, por estar cerradas las Cortes en período electoral.

## C) Comunidades Autónomas

Tampoco se han publicado normas autonómicas de rango legal.

# II. Información de actividades

1. *Semana registral*.—Durante los días 3 al 7 de mayo han tenido lugar estas Jornadas dedicadas a estudiar la proyección internacional de la actividad registral en los ámbitos europeo e iberoamericano, que se han organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, bajo la dirección inmediata de nuestro compañero don JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, Registrador de Igualada.

Las ponencias se han desarrollado en la Casa de América, en Madrid, con muy numerosa asistencia, siendo seguidas con gran interés.

Para mejor información transcribimos completo el programa de los actos que se han celebrado:

## 3 DE MAYO. Mañana

Apertura oficial del ciclo a cargo del Decano del Colegio de Registradores, JOSÉ POVEDA DÍAZ.

Introducción y presentación de ponentes por el Director del ciclo, JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE.

10,00 horas: «Los derechos humanos en la Comunidad Europea. La nueva situación tras el Tratado de Maastrich», por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Catedrático de Derecho administrativo.

11,00 horas: «Las garantías constitucionales europeas del derecho de propiedad y su correlato de los principios hipotecarios», por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS, Catedrático de Derecho administrativo y Registrador de la Propiedad.

12,30 horas: «La proyectada codificación del Derecho contractual europeo», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, Catedrático emérito de Derecho civil y ex Magistrado del Tribunal Constitucional.

### **Sesiones de tarde**

17,00 horas: «La aplicación del Derecho comunitario en el ámbito registral y notarial: nuevas perspectivas», por JUAN MARÍA DÍEZ FRAILE, Registrador de la Propiedad.

18,00 horas: Mesa redonda: «Las instituciones registrales en el Derecho comparado: Las instituciones registrales en los países occidentales», por ANTONIO MANZANO SOLANO, Registrador de la Propiedad.

«La organización de la propiedad inmobiliaria en la ex Unión Soviética y los países del Este de Europa. Evolución de sus sistemas registrales tras la caída del comunismo», por JUAN ANTONIO MARTÍN BURGOS, Diplomático del Servicio Jurídico de la representación permanente de España en las Comunidades Europeas.

### **4 DE MAYO. Mañana**

10,00 horas: «La inscripción registral de los documentos extranjeros. Nacionalidad y reconocimiento de sociedades extranjeras en España», por RICARDO EGEA IBÁÑEZ, Registrador de la Propiedad y Notario.

11,00 horas: «La legislación española sobre extranjería. La ciudadanía europea y el estatuto singular de los iberoamericanos», por JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, Registrador de la Propiedad.

12,00 horas: «La doble nacionalidad en España. Especial referencia a los países iberoamericanos», por AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, profesora titular de Derecho internacional privado.

13,00 horas: «La unificación del Derecho internacional privado en Europa (los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980)», por JOSÉ ANGEL MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Notario y Director de la *Revista Jurídica del Notariado*.

### Sesiones de tarde

17,00 horas: «Las leyes de Indias: su filosofía jurídica y su huella histórica», por JULIÁN MURO NAVARRO, Registrador de la Propiedad.

18,00 horas: Mesa redonda: «Los procesos de integración internacional en el área iberoamericana y los sistemas registrales de los países de tal área».

«El proceso de creación de MERCOSUR y otros procesos de integración regional en el área iberoamericana. Sus posibles influencias en el ámbito inmobiliario», por JUAN JOSÉ GUARDIOLA, Gabinete del Secretario de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia de Argentina.

«Los sistemas registrales de los países iberoamericanos y su adecuación a los procesos de integración internacional», por JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Diplomático y Registrador de la Propiedad.

### 5 DE MAYO. Mañana

10,00 horas: «La libre circulación de capitales en la CEE y la nueva regulación de las inversiones extranjeras en bienes inmuebles», por MARIA-NO ALVAREZ PÉREZ, Registrador de la Propiedad.

11,00 horas: «Los préstamos financieros vinculados al sector exterior y la garantía hipotecaria en el nuevo marco comunitario», por JESÚS VÍCTOR MURO VILLALÓN, Registrador de la Propiedad.

12,00 horas: «La armonización comunitaria del crédito hipotecario», por MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador de la Propiedad.

13,00 horas: «La financiación de la construcción mediante el mercado hipotecario en el actual contexto europeo», por JOSÉ MARÍA ALFÍN MASSOT y JOSÉ LUIS VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad.

### Sesiones de tarde

17,00 horas: Mesa redonda: «Formas especiales de hipotecas en garantía de los nuevos instrumentos financieros de origen internacional: Hipoteca en garantía de obligaciones emitidas en serie», por FERNANDO CANALS BRAGE, Registrador de la Propiedad.

«Hipoteca en garantía de préstamos *endowment*», por PEDRO AVILA NAVARRO, Registrador de la Propiedad y Notario.

«Hipoteca en garantía de préstamos sindicales», por PABLO VIDAL FRANCÉS, Registrador de la Propiedad.

«Hipoteca en garantía de obligaciones cifradas en divisas», por FERNANDO PEDRO MÉNDEZ GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad y presidente territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña.

**6 DE MAYO. Mañana**

10,00 horas: «La propiedad inmobiliaria y el Derecho de la construcción en las Directivas Comunitarias», por LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Registrador de la Propiedad y presidente territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Canarias.

11,00 horas: «El *leasing* inmobiliario: su regulación en el Convenio de Otawa de 1988», por MIGUEL ANGEL PETIT SEGURA, Magistrado y profesor titular de Derecho civil.

12,00 horas: «La multipropiedad en el Derecho comunitario y en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios», por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, profesora titular de Derecho civil.

13,00 horas: «El nuevo estatuto jurídico del suelo agrario. Consecuencias jurídico-privadas de la legislación agraria comunitaria», por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, Catedrático de Derecho civil.

**Sesiones de tarde**

17,00 horas: Mesa redonda: «La protección registral de los consumidores. Influencia de la legislación comunitaria sobre protección de los consumidores en la calificación registral de los títulos inscribibles», por JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Registrador de la Propiedad y Notario.

«Los recientes proyectos normativos europeos sobre condiciones generales de la contratación y su aplicación registral», por JOSÉ MARÍA GARCÍA URBANO, Registrador de la Propiedad y Abogado del Estado.

«Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles y el recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia consumerista», por JUAN IGNACIO DE LOS MOZOS TOUYA, Registrador de la Propiedad.

**7 DE MAYO. Mañana**

10,00 horas: «Balance de la incorporación de las Directivas comunitarias a la legislación mercantil española», por JUAN PABLO RUANO BORRELLA, Registrador de la Propiedad y Director del Centro de Estudios Registrales.

11,00 horas: «Evolución y perspectiva de futuro del Derecho europeo de sociedades mercantiles», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador de la Propiedad.

12,30 horas: «Relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos privados nacionales de los países miembros. El principio de subsidiariedad tras la Cumbre de Edimburgo», por JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, Cate-



drático de Derecho Internacional Privado. Servicio jurídico de la Comisión Europea.

### Sesiones de tarde

17,00 horas: Historia y futuro de los Congresos Internacionales de Derecho Registral. La participación de las delegaciones iberoamericanas.

Presentación de la colección «Leyes hipotecarias y registrales de España», por EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, Registrador de la Propiedad y Secretario general del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER).

18,00 horas: «Huellas de la legislación hipotecaria española en las legislaciones iberoamericanas», por ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad, Abogado del Estado y Notario.

Clausura oficial del ciclo a cargo del Director general de los Registros y del Notariado, ANTONIO PAU PEDRÓN.

2. *Academia Matritense del Notariado.*—Durante el mes de mayo se han pronunciado dos conferencias:

Día 13: «En torno a nuevas formas de garantía (garantía a primera demanda y seguro de caución)», por ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, Catedrático de Derecho civil.

Día 27: «La reforma de la propiedad horizontal», por ANTONIO PAU PEDRÓN, Director general de los Registros y del Notariado.

3. *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*—El día 7 de junio se celebró sesión solemne para que el académico electo don Luis Figa Faura leyese su discurso de ingreso sobre «Lógica, tópica y razonamiento jurídico». Le contestó el académico don Juan Vallet de Goytisolo.

4. *Jornadas sobre Procedimiento Extrajudicial.*—Se han celebrado en el Colegio Notarial de Madrid, con el siguiente programa:

### Día 22 de junio

— Apertura de las Jornadas.

— «La ejecución extrajudicial de hipotecas en el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo. Su naturaleza jurídica».

Ponente: Don ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, Notario de Madrid.

— «La ejecución extrajudicial de hipotecas en el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo: ámbito de aplicación, extensión, requisitos de la hipoteca».

Ponente: Don JUAN ROMERO-GIRÓN DELEITO, Notario de Madrid.

**Día 23 de junio:**

— «La ejecución extrajudicial de hipotecas en el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo. Examen del expediente de ejecución y del acta notarial».

Ponente: Don PEDRO DE LA HERRÁN MATORRAS, Notario de Madrid.

— Mesa redonda: «La escritura de adjudicación y su inscripción; la suspensión del expediente; adjudicación y toma de posesión; ejecución y arrendamiento».

Moderador: Don JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, Notario de Madrid.

5. *Protección registral a los consumidores*.—Se ha celebrado en el Colegio de los Registradores en los días 21 y 22 de junio una serie de conferencias y una mesa redonda sobre el tema genérico «La protección registral a los consumidores en el marco de las Directivas comunitarias», con gran asistencia de público que ha seguido de modo activo las disertaciones.

El programa ha sido el siguiente:

**21 de junio**

«Las Directivas comunitarias en el campo del Derecho comercial y su particular incidencia en el Registro comercial», por ANTONIO CAEIRO, Profesor y Consejero Jurídico de la CEE.

**22 de junio**

— «Análisis de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», por JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil y Notario excedente.

— «La protección de los consumidores en la Directiva 93/13», por FRANCISCO CEBALLOS HERRERO, Presidente de Medio Ambiente, Salud y Consumo del Comité Económico y Social de la CEE.

Mesa redonda sobre la protección registral al consumidor y la Directiva 93/13. Intervienen: MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, Catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad y Mercantil; JUAN MARÍA Díez FRAILE, Registrador de la Propiedad y Mercantil; LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

Moderador: CARLOS ARRIETA BENITO, Secretario general del Instituto Nacional del Consumo.

6. *Universidad Pontificia de Comillas*.—En su sede de Madrid se ha celebrado durante el día 22 de junio el I Encuentro sobre la Informática como medio y la información como fin. Su programa ha sido el siguiente:

— Presentación del encuentro por MANUEL GALLEG0 DÍAZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

— Primera ponencia: «La predicción económica y la toma de decisiones empresariales», por AGUSTÍN ALONSO, Decano de Ciencias Empresariales del Real Colegio Universitario María Cristina y Profesor de Econometría y Estadística.

— Segunda ponencia: «El sistema de información empresarial y el sistema de información de comercio exterior», por FERMÍN MONTERO, Subdirector general del Ministerio de Industria (Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial); JAIME DENIS, Jefe del Área Informática del Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial (IMPI); MARÍA ARANA, Jefe del Departamento de Documentación y Comercialización de Bases de Datos (ICEX).

— Tercera ponencia: «El sistema de información del Registro Mercantil Central», por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY, Registrador Mercantil Central. Colaboradores: DIANA RODRÍGUEZ GARCÍA, Jefe del Servicio de Información Mercantil del Registro Mercantil Central; JUAN GONZÁLEZ DE LA CÁMARA, Departamento de Informática del Registro Mercantil Central.

— Cuarta ponencia: «Las bases de datos jurídicas», por MIGUEL ÁNGEL DAVARA RODRÍGUEZ, Director del Instituto de Informática Jurídica y Profesor de Informática para Juristas de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE).

— Clausura del acto por JOSÉ MÉNDEZ ÁLVAREZ, Director general del IMPI (Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial), y GUILLERMO RODRÍGUEZ-IZQUIERDO GAVALA, excelentísimo y magnífico Rector de la Universidad Pontificia Comillas.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

POR FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 21 de diciembre de 1992.*—ARRENDAMIENTOS URBANOS.—Cláusulas de estabilización. Cambio de doctrina del Tribunal Supremo.—Sala 2.<sup>a</sup>—Ponente: Sr. González Campos.

*Hechos.*—La recurrente, arrendadora de un local destinado a despacho profesional, en virtud de contrato fechado en 1977, fue demandada en el año 1982 por el arrendatario, en procedimiento especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos. En dicho juicio, que se siguió en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, se dictó Sentencia el 28 de julio de 1982 en la que se declaró la nulidad de la cláusula tercera del contrato arrendaticio y la improcedencia de hacer la liquidación de las rentas satisfechas. Tal cláusula preveía la revisión anual de la renta, pero únicamente al alza, no a la baja.

En el año 1988 la solicitante de amparo interpuso demanda, en la que pedía la elevación de la renta que venía percibiendo, en base a una pretendida validez de la referida estipulación tercera del contrato como consecuencia del cambio de criterio del Tribunal Supremo en la materia. Tal demanda se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba y concluyó mediante la Sentencia de fecha de 20 de enero de 1989 desestimatoria de aquélla.

Formulado recurso de apelación contra la anterior, éste fue desestimado por Sentencia de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de octubre de 1990 que confirmó íntegramente la de instancia.

*Fallo* —El Tribunal Constitucional deniega el recurso de amparo interpuesto.

*Fundamentos de Derecho.*—*Primero.* La cuestión planteada en el presente recurso de amparo consiste en determinar si la Sentencia de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de octubre de 1990, que confirmó en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Córdoba el 20 de enero de 1989, ha vulnerado los derechos fundamentales de tutela judicial efectiva y de igualdad ante la Ley de los artículos 24.1 y 14, respectivamente, de la Constitución. Pues las citadas resoluciones judiciales, sin tomar en consideración el cambio jurisprudencial operado por el Tribunal Supremo tras haber tenido lugar un proceso anterior entre las mismas partes —en el que se declaró nula la cláusula en la que se basaba la revisión de renta pactada en el contrato de arrendamiento por prever únicamente las actualiza-

ciones al alza y no a la baja— han apreciado la excepción de cosa juzgada formulada por el demandado en el proceso *a quo* base en la sentencia firme dictada en el anterior proceso.

*Segundo.* A juicio de la recurrente, se ha producido una lesión de su derecho (*ex art. 24 1 CE*), ya que las sentencias impugnadas, frente a su pretensión de tutela judicial de un derecho que le reconoce la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha declarado la validez de las cláusulas de estabilización o actualización de renta, no han atendido dicha petición pese a que en el proceso *a quo* sólo se reclamaron aquellas cantidades resultantes de la elevación de renta que eran posteriores al pleito originario. De otra parte, la recurrente considera infringido el derecho de igualdad del artículo 14 CE porque la estimación en las sentencias impugnadas de la excepción de la cosa juzgada, no obstante el cambio operado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, beneficia a quienes no habían litigado con anterioridad a dicho cambio jurisprudencial en detrimento de quienes, como la recurrente, sí lo habían hecho, lo que entraña una discriminación que es contraria al referido derecho constitucional.

Así queda delimitado el objeto del presente litigio, pues aunque la recurrente alega en su demanda un presunto quebrantamiento del principio de legalidad del artículo 9 3 CE, éste —al igual que los demás principios proclamados en dicho precepto— no entraña el reconocimiento de un derecho constitucional susceptible de protección por la vía del recurso de amparo, ya que de conformidad con el artículo 41.1 LOTC en relación con el artículo 53.2 CE, dicha protección sólo se extiende a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE. De otra parte, y por lo que respecta a las concretas peticiones formuladas por la recurrente en su demanda de amparo —relativas a la inaplicación del art. 1.252 del Código Civil (CC) por haberse producido un cambio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a que se declare la validez de la cláusula del contrato de arrendamiento, acogiendo su pretensión sobre elevación de renta—, es de observar que el artículo 41.3 LOTC impide que en el recurso de amparo se puedan hacer valer otras pretensiones que las dirigidas a preservar o restablecer los derechos fundamentales por razón de los cuales se formuló el recurso, ni pueden dictarse otros pronunciamientos que los previstos en el artículo 55.1 LOTC, extremos que han sido reiterados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 21/1983, 22/1984, 42/1987 y 22/1988, entre otras).

*Tercero.* Entrando en el examen de la presunta vulneración del derecho reconocido en el artículo 24 1 CE, de las resoluciones judiciales impugnadas se desprende que la solicitante de amparo obtuvo, en primera y en segunda instancia, una respuesta razonada y fundamentada en Derecho a sus pretensiones, ya que los pronunciamientos judiciales han considerado aplicable a la litis la excepción de cosa juzgada tras analizar la concurrencia de los requisitos legales inherentes a esta institución según el artículo 1 252 CC; y han llegado a esta conclusión pese al cambio operado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación de las cláusulas de actualización de renta en materia de arrendamientos urbanos.

Desde la perspectiva del derecho constitucional que se estima vulnerado, cabe afirmar, en primer lugar, que esta respuesta judicial a las pretensiones de la demandante, aunque haya sido negativa, satisface plenamente dicho derecho; pues lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos, como se ha dicho reiteradamente por este Tribunal, es el derecho a un proceso con las



debidas garantías constitucionales para obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo del asunto, sea o no favorable a las pretensiones formuladas (SSTC 11/1982 y 22/1982, entre otras muchas).

En segundo lugar, como se dijo en el ATC 1322/1988, compete al órgano jurisdiccional determinar el alcance que ha de atribuirse a la cosa juzgada en un concreto proceso, determinación que ha de ser respetada en esta sede de amparo siempre que se haya efectuado sin incongruencia ni arbitrariedad; lo que aquí no es el caso. Siendo de observar, por último, que si el respeto a la cosa juzgada ha constituido el fundamento de la respuesta judicial que se contiene en las sentencias impugnadas en el presente recurso de amparo, dicho fundamento también se conecta con el derecho fundamental que reconoce el artículo 24.1 CE, pues la tutela judicial de los derechos carecería de efectividad si se permitiera, más allá de los supuestos excepcionales previstos por la Ley, abrir un proceso ya resuelto por sentencia firme (SSTC 77/1983, 67/1984 y 189/1990), ya que en otro caso se lesionaría la paz y la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en proceso anterior entre las mismas partes, como se ha dicho en la STC 264/1984. Todo lo cual conduce a la desestimación de la presunta vulneración del derecho a la tutela efectiva.

*Cuarto.* Mediante la invocación del artículo 14 CE, la demandante en amparo pretende que se iguale su situación con la de todas aquellas personas que por no haber litigado en un momento anterior, en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia era otra, no les fue declarada la nulidad de la cláusula de actualización de la renta, como ocurrió en su caso; pues este grupo de personas, que es el que sirve de término de comparación, en virtud del cambio de doctrina del Tribunal Supremo ahora puede pedir la actualización de las rentas fundándose en estipulaciones idénticas a las del contrato de la recurrente.

Sin embargo, esta alegación debe ser rechazada por varias razones. En primer lugar, se apoya en el cambio de doctrina del Tribunal Supremo que admitió la validez de las cláusulas de estabilización de la renta que contemplaban sólo el alza del coste de la vida a partir de las Sentencias de 21 de noviembre de 1985, 13 de mayo de 1986 y 22 de enero de 1988. Pero en relación con este extremo la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reconocido «la libertad para enjuiciar, para interpretar y para aplicar las normas que tienen los Jueces y Tribunales», lo que permite un órgano judicial, no ya ante supuestos semejantes, sino incluso idénticos, «modifique su propia interpretación de unos mismos preceptos legales» siempre que el cambio sea razonado en términos de Derecho para que no resulte ni inadvertido ni arbitrario (STC 57/1985). Pues como ya se dijo en la STC 48/1987, el Juzgador está sujeto a la Ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante. Y el cambio razonado de una línea jurisprudencial, interpretativa de un determinado precepto legal, puede venir impuesto, entre otros factores, no sólo por la necesidad de corregir mediante cánones de interpretación más correctos o adecuados lo que se considera un entendimiento erróneo de dicho precepto, sino también por la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a las circunstancias sociales que han surgido con posterioridad a su entrada en vigor, lo que se expresa en el artículo 3.1 CC al establecer que, junto a otros criterios, las

normas se interpretarán según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Por consiguiente, la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación judicial del derecho no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano quede rígidamente vinculado por sus propios precedentes (STC 91/1990).

En segundo lugar, el origen de la supuesta vulneración del artículo 14 CE en el presente caso es la existencia de una sentencia firme, dictada en anterior proceso entre las mismas partes, que declaró la nulidad de la cláusula de actualización de la renta; decisión judicial que, por gozar de la inmodificabilidad inherente a la *res judicata*, ha impedido ahora, en un nuevo proceso, que fuera acogida la pretensión de la solicitante de amparo encaminada a la actualización de la renta del arrendamiento. De manera que para colocar a la demandante de amparo en una situación de igualdad con quienes no litigaron antes del cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, sería preciso desconocer o ignorar completamente, en atención a dicho cambio jurisprudencial, la protección judicial que una sentencia firme otorgó al demandado en el primer proceso, haciéndola inefectiva. Ahora bien, basta reparar en esta consecuencia para estimar que la pretensión de la demandante de amparo, si fuera acogida, necesariamente entrañaría, de un lado, un sacrificio de la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 CE, al ser este principio el fundamento de la cosa juzgada (SSTC 264/1984, 158/1987 y 185/1990). De otro, que en aras de la igualdad que se reclama también se vería lesionado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE, pues como se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, el derecho del demandado en el proceso *a quo* se vería vulnerado si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto mediante sentencia firme por haberse producido posteriormente un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Estas conclusiones difícilmente pueden ser aceptadas. Pero, además, es obvio que la pretensión de la recurrente en amparo entraña una extensión, injustificada constitucionalmente, del principio de igualdad, pues la comparación entre las dos situaciones jurídicas de la que se hace derivar una discriminación se lleva a cabo en relación con la realidad del ordenamiento jurídico apreciada en dos momentos distintos y sucesivos: el inicial, cuando instó el primer proceso, y el resultante de una modificación ulterior. Lo que necesariamente lleva consigo consecuencias jurídicas distintas para la existencia o el ejercicio de los derechos en uno y otro momento, en correspondencia con el alcance del cambio legal o jurisprudencial que se ha producido. Ahora bien, como ha declarado este Tribunal, la desigualdad «sólo puede pretenderse en relación con decisiones o criterios sentados con anterioridad, pero no con los que puedan producirse en el futuro» (STC 188/1987). Por lo que también se ha dicho que llevar el principio de igualdad en la aplicación de la Ley a lo que resulte de resoluciones posteriores entorpecería muy acusadamente la necesaria evolución de la jurisprudencia ante la posibilidad de ser sometidas a revisión todas las sentencias anteriores contradictorias con las más recientes; pues la firmeza de la sentencia y los efectos de la cosa juzgada material no pueden quedar subordinados a criterios posteriores en la aplicación de la Ley del mismo Tribunal (STC 100/1988).

**Quinto** Lo anterior nos lleva, sin necesidad de otras consideraciones, a la conclusión de que las sentencias impugnadas no han vulnerado el derecho de igualdad del artículo 14 CE; y por ello, junto con lo razonado en el fundamento

jurídico tercero sobre la supuesta vulneración del artículo 24.1 CE, a la desestimación del presente recurso de amparo.

2. *Sentencia de 3 de mayo de 1993* —VENTA JUDICIAL.—Nulidad de actuaciones. No se admite.—Sala 1.<sup>a</sup>—Ponente: Sr Gimeno Sendra.

*Hechos.*—La solicitud de amparo se basa en los siguientes hechos:

a) La entidad «U., S. A.», instó juicio ejecutivo por impago de una letra contra el hoy actor de amparo y otras personas. Señalado como domicilio de todos los demandados el de una entidad de crédito, los actos de comunicación resultaron infructuosos, por lo que se les declaró en rebeldía, procediéndose a las citaciones mediante edictos. Tras los correspondientes trámites, el Juzgado dictó Sentencia de remate el 23 de julio de 1983, condenando al pago de un principal de 5.000.000 de pesetas y 1.500.000 de intereses y costas procesales.

b) Firme la anterior sentencia, la entidad ejecutante solicitó por vía de mejora el embargo de un inmueble propiedad del hoy actor de amparo, en el que tiene su domicilio, sito en Madrid, avenida de Bruselas, 42. El Juzgado accedió a la mejora de embargo, por providencia de 22 de enero de 1985, la cual fue notificada personalmente al señor C. V., quien había comparecido ante el Juzgado el día 31 de enero siguiente. En el mismo acto, el Procurador de la parte actora designó para embargar, como bien de su propiedad, la vivienda de la avenida de Bruselas, que fue declarada embargada por la comisión judicial.

Por providencia de 5 de febrero de 1985, el Juzgado, a instancia de la representación de «U., S.A.», acordó hacer saber el embargo practicado a la esposa del demandado (a los efectos del art. 144 RH), así como anotarlo en el Registro de la Propiedad. Actos que fueron practicados los siguientes días 25 de febrero, en el domicilio del ejecutado, y 15 de abril, en el Registro de la Propiedad número 22 de Madrid.

c) Teniendo el señor C. conocimiento de las actuaciones, formuló escritos, el 10 de julio y el 20 de septiembre de 1985, oponiéndose al procedimiento. Sin que mediara respuesta del órgano judicial, el 24 de febrero de 1986 se dictó providencia solicitando al hoy recurrente que nombrara perito para tasar el bien embargado, que le fue notificada en su domicilio mediante cédula, entregada a su hija, el siguiente 25 de marzo. El designó a un agente de la Propiedad Inmobiliaria, quien tasó la vivienda en 7.500.000 pesetas, cantidad que fue aceptada por la entidad ejecutante.

d) Por providencia de 21 de noviembre de 1986, el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid ordenó sacar a subasta el inmueble, señalando al efecto el precio de tasación; asimismo, ordenó que se le notificara al demandado, hoy actor, la citada providencia. No obstante, este último mandato no se llevó a cabo, limitándose a publicar los correspondientes anuncios en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid*.

e) Celebrada la subasta el 15 de enero de 1987, el piso fue adjudicado al único licitador, don J. Ll. A., quien ofreció una suma de 5.000.000 de pesetas, que cubriría las dos terceras partes del tipo. El siguiente día 27, tras haber consignado el señor Ll. el resto del importe, le fue entregado en pago de principal a «U., S.A.».

f) El señor C. fue requerido por el Juzgado para aportar los títulos de propiedad, por providencia de 22 de abril de 1987, tras haber dado por presentado un escrito, fechado el 29 de abril 1986 (*sic*), en el que el ejecutado se negaba a entregarlas por encontrarse pendiente una causa penal por falsedad de las letras de cambio ejecutadas.

g) Tras haber comparecido su esposa en el Juzgado el 11 de mayo de 1987, efectuando manifestaciones y aportando diversos documentos, el Secretario del Juzgado dictó diligencia de ordenación de 23 de noviembre de 1987 para que se requiriera al señor C. el otorgamiento de la escritura de compraventa. Requerimiento que fue efectuado mediante cédula en su domicilio el siguiente 9 de diciembre

h) Por escrito de 14 de mayo de 1987, registrado el siguiente día 18, el señor C. se personó en autos mediante Procurador y asistido de Abogado, solicitando la nulidad de actuaciones.

El Juzgado aceptó su personación por providencia de 9 de marzo de 1988. Y tras los correspondientes trámites denegó su petición de nulidad de actuaciones mediante Auto de 6 de mayo de 1988, confirmado en reposición por Auto de 3 de octubre de 1988.

Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por el auto ahora recurrido

La demanda fundamenta su solicitud de amparo en la vulneración del artículo 24 CE. La actitud del actor no puede calificarse de pasiva, ya que, en una primera fase, desconoció la existencia del procedimiento; tan pronto como esa situación cambió, el hoy actor colaboró con el órgano judicial, como demuestra el hecho de que realizara ciertas peticiones y participara en la designación de perito. Posteriormente, y congruentemente con ello, el órgano judicial ordena la notificación de la providencia de 21 de noviembre de 1986; esa notificación tenía como finalidad que el deudor pudiera librar sus bienes antes de la verificación del remate, según lo dispuesto por el artículo 1.498 LEC. Esa orden de notificación está prevista por el artículo 260 LEC. En el presente caso no se cumplió lo ordenado en cuanto a la notificación, colocando así al actor en una clara situación de indefensión. No son de recibo, pues, los argumentos dados por los órganos judiciales para denegar la declaración de nulidad de actuaciones. Por una parte, ha quedado demostrada la actitud de colaboración del hoy actor; por otra, la providencia que citaba para la subasta ordenaba la notificación, pese a lo cual no se llevó a cabo.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional ha denegado el amparo pretendido.

*Fundamentos jurídicos.* 1 El demandante de amparo, cuya vivienda había sido embargada en ejecución de una sentencia de remate dictada contra él y otras personas por impago de una letra de cambio, impugna las resoluciones y actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de Primera Instancia a partir de la providencia que ordenó la venta en pública subasta del piso de su propiedad. La razón en que dicha providencia no le fue notificada, a pesar de que el Juzgado al dictarla había dispuesto que se le comunicase, lo que le sumió en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución, pues no tuvo ocasión de liberar sus bienes antes de la fecha de la subasta, que fue efectivamente celebrada el 15 de enero de 1987.

El actor conocía la existencia del proceso civil dirigido contra él desde el

día 31 de enero de 1985, fecha en la que el Juzgado le notificó personalmente la resolución que había decretado el embargo de su piso, en ejecución de la Sentencia de remate de 1983. Desde entonces, el señor C se mantuvo en comunicación con el órgano judicial, aunque sólo se personó en el proceso, mediante Procurador asistido por Abogado, en mayo de 1987, después de realizado el remate y de que su vivienda hubiera sido adjudicada al señor Ll. Durante este largo período de tiempo, el ejecutado envió diversos escritos al órgano judicial, oponiéndose a la continuación del procedimiento por encontrarse pendiente una querella criminal. Y a requerimiento judicial designó perito para el avalúo de sus bienes, cuyo dictamen sirvió para fijar el tipo de licitación del inmueble finalmente subastado.

Estos hechos son determinantes para la desestimación de su demanda de amparo. Sin que resulte preciso entrar a analizar, como hacen quienes han intervenido en este proceso constitucional, si los preceptos de la legislación procesal vigente imponían o no al órgano judicial el deber de notificar personalmente al deudor su decisión de sacar a la venta en pública subasta el bien embargado ni examinar el recto sentido del artículo 260 LOPJ. Es suficiente con determinar si se ha vulnerado el artículo 24.1 CE, cuestión que ha de recibir inequívocamente una contestación negativa.

2. En primer lugar, el perjuicio sufrido por el demandante de amparo en sus derechos e intereses legítimos proviene de lo dispuesto por una sentencia firme, cuya ejecución íntegra y sin dilaciones indebidas forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial de la contraparte (STC 8/1991, FJ 3.º). Sentencia cuya validez no puede ser puesta en duda en este proceso constitucional y que no se ve afectada por el hecho de que el propietario del piso subastado haya interpuesto una querella criminal por razón del proceso ejecutivo civil. Ni la interposición de la querella, ni aun su admisión a trámite, son datos que permitan a este Tribunal dudar de la validez de las actuaciones practicadas por el Juzgador de Primera Instancia, el cual, respondiendo a la petición deducida directamente por el señor C., sin Procurador ni Abogado, pero alegando correctamente los artículos 514 LEC y 114 LECrim, se negó a suspender el curso del procedimiento por causa de prejudicialidad penal tras oír a la parte ejecutante, sin que el ejecutado mostrara reparo alguno. A su vez, el dato cierto de que su vivienda fue sometida a subasta por un tipo idéntico al valor que había sido dictaminado por el perito designado a su instancia es un factor que circunscribe la indefensión alegada al solo extremo de no haber podido conocer a tiempo la celebración de la subasta, lo cual impide que se puedan trasladar mecánicamente las conclusiones alcanzadas en este aspecto por la STC 155/1988.

3. En segundo lugar, la indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución es la que resulta imputable al Tribunal que debe prestar tutela a los derechos e intereses en litigio, pero no la que nace de la propia conducta de la persona afectada (STC 109/1985, 64/1986, 102/1987, 205/1988 y 48/1990). Como hemos indicado en la STC 155/1988, en que conocimos de un problema similar al actual, la indefensión con relevancia constitucional «se produce únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos (STC 70/1984), o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (STC 48/1986, FJ 4.º).

Esa situación de indefensión, contraria al artículo 24.1 CE, no se ha pro-

ducido en el presente caso, pues, como afirmamos en la STC 8/1991, si la persona afectada tiene conocimiento de la tramitación de un proceso que, como el presente, se sustancia en el ámbito civil y tiene por objeto pretensiones de carácter patrimonial, «la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento», y «sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión» (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988, FJ 3 °).

4. En efecto, en el proceso sometido ahora a nuestro conocimiento fue la pasividad del demandado la que dio lugar a que se celebrara la enajenación judicial del inmueble de su propiedad, pues, como indica certeramente el Ministerio Fiscal en su informe, dispuso de un holgado período de tiempo para ejercer su derecho a liberar los bienes embargados del remate, pagando principal y costas con arreglo al artículo 1.498 LEC, desde que conoció la existencia del embargo que pesaba sobre ellos. Y en cualquier caso, no se personó en el proceso en los términos que dispone la Ley, mediante Procurador y asistido de Abogado, hasta después de haber sido celebrada la subasta y haber sido adjudicada la vivienda, cuando ya la venta judicial había quedado irrevocable.

Al no hacerse representar en el pleito ante el Juzgado mediante Procurador, el deudor sometido a ejecución patrimonial actuó en uso de su derecho, pues la Ley configura como una carga procesal su personación. Esta actitud pasiva forzó a que el órgano judicial tuviera que comunicarse con el demandado en su domicilio, con los consiguientes retrasos y dificultades, que precisamente la profesión de Procurador tiende a disminuir o evitar, en beneficio tanto de los intereses de los litigantes como de la Justicia (SSTC 130/1987, 147/1990 y 66/1992). Pero lo que en modo alguno resulta admisible es que más tarde se adopte un comportamiento contradictorio con el sentido objetivo de su anterior conducta procesal y se comparezca con Procurador intentando retrotraer el pleito a un momento anterior a la subasta del bien embargado, intentando hacer recaer en la otra parte del proceso las consecuencias de su propia actitud (SSTC 67/1984, 43/1986, 198/1988 y 22/1992).

Por lo demás, tanto la actividad desplegada por el actor ante los órganos de la justicia penal como los escritos presentados directamente ante el Juzgado civil, de un apreciable nivel técnico-jurídico, muestran claramente que no hubo asomo de indefensión (SSTC 47/1987 y 66/1992).

5. La pasividad mantenida por el actor durante el curso del proceso civil impide alcanzar la conclusión que inspiró nuestro fallo en las SSTC 155/1988 y 234/1988, a las que alude aquél para fundar su pretensión de amparo, pues en dichas decisiones este Tribunal anuló las actuaciones ejecutivas llevadas a cabo por los Tribunales del orden civil desde que se había acordado proceder a la subasta de los bienes embargados en cada caso «por las especiales circunstancias que en él concurren» (STC 155/1988, FJ 8 °). Circunstancias que no se dan en el juicio ejecutivo de que conocemos en este proceso dada la pasividad del demandado desde el momento en que sufrió el embargo de su vivienda, que lleva derechamente a denegar el amparo que solicita.

## II. Resoluciones de la Dirección General

POR ANGEL VALERO FERNÁNDEZ REYES

1. Es necesaria la notificación al arrendatario de la venta, aunque en la escritura se diga que el arrendador fue el propio comprador en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de venta (Resolución de 18 de septiembre de 1990, *BOE* de 4 de octubre de 1990).

2. No es necesaria la notificación a los arrendatarios cuando se vende la planta baja de un edificio, cuya planta constituye una sola finca registral, que según la propia escritura está integrada por una vivienda y dos locales arrendados a tres inquilinos diferentes (Resolución de 26 de octubre de 1991, *BOE* de 22 de mayo de 1991).

3. Es necesaria la notificación al arrendatario, la aportación a una sociedad, en el acto de su constitución, de una vivienda o local arrendado, por no proceder en este caso los derechos de tanteo y retracto arrendaticio (Resolución de 5 de septiembre de 1991, *BOE* de 14 de octubre de 1991).

4. Es necesaria la notificación al arrendatario del otorgamiento de una escritura de anulación de mutuo acuerdo de una venta celebrada nueve años antes, pues se trata de una verdadera nueva venta (Resolución de 20 de febrero de 1992, *BOE* de 2 de mayo de 1992).

*Resolución de 18 de septiembre de 1990, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Tejuca Pendas, Notario de Vélez-Málaga, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Tejuca Pendas, Notario de Vélez-Málaga, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.* I. El día 16 de enero de 1989 doña Encarnación M. C. y sus hijos don Juan José y don Federico M. M. otorgaron escritura de compraventa ante el Notario de Vélez-Málaga don Manuel Tejuca Pendas, por la que vendieron a don Leonardo F. P. la vivienda tipo C-1 situada en el bloque «Mirales» de la avenida del Faro, de Torre del Mar. En el epígrafe cargas de dicha escritura se dice literalmente lo siguiente: «Cargas Arrendada por el compra-

dor señor F. P. a don Florencio L. G., según contrato de fecha 9 de octubre de 1983, habiéndose subrogado y sucedido en el arrendamiento, por fallecimiento del inquilino, su esposa, doña Agueda de la V. G. »

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Vélez-Málaga, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no acreditarse la notificación exigida por el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a la arrendataria doña Agueda de la V. G., de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de dicho cuerpo legal. No practicándose anotación preventiva de suspensión por no haberse solicitado. Se ha dado cumplimiento a la notificación prevenida en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario.—Vélez-Málaga, a 3 de marzo de 1989.—El Registrador.—Firmado: Luis E. Nevado Vacas.»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la cuestión del recurso consiste en si arrendada la finca por el comprador seis años antes de formalizar la escritura es preciso la notificación prevenida en el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Que dejando aparte la imprecisión de la nota de calificación en el reenvío al artículo 47 de la citada Ley, cuando está claro que es el 48 que se refiere al retracto, único aplicable al caso que se estudia, está clara la postura del Registrador. Por el contrario, se estima que siendo el comprador el que arrendó no es necesaria la notificación al arrendatario, pues al carecer éste de derecho de retracto nada hay que notificar, y ello por las siguientes razones: a) Porque conforme al artículo 1.521 que define el retracto legal, el inquilino no tiene derecho de retracto por esencia, por definición y por faltar uno de los presupuestos para que se produzca. que la vivienda hubiere sido arrendada por el vendedor o por persona de quien éste traiga causa. Por otro lado, el vendedor ha cumplido lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y por tanto, la escritura es inscribible; b) Que si el arrendatario carece de derecho de retracto nada hay que notificar. Este es el sentido de las Resoluciones de 18 de abril de 1986 y 17 de enero de 1989; c) Porque si el comprador fue el que arrendó, según la escritura, está claro que era propietario del piso antes de que se verificase el arrendamiento, ya que si no fuera así no hubiera podido constituirlo, en virtud de lo establecido en los artículos 1.543 y 1.554 del Código Civil. Por tanto, mediante la escritura pública del recurso se está formalizando algo que ya se había producido mucho antes al amparo de los artículos 1.255, 1.258, 1.278 y 1.279, y en definitiva de la doctrina del título y del modo de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Al otorgarse en enero de 1989 la escritura calificada se está produciendo una evidente y notoria *renovatio contractus*; d) Porque la arrendataria doña Agueda de la V. G., desde el momento que se subrogó el contrato de arrendamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, reconoce al arrendador señor F. P. como propietario y le obliga y vincula la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, y e) Porque el retracto encaja en aquellas instituciones de carácter restrictivo o excepcional y que deben ser interpretadas de acuerdo con el principio *favorabilia sunt amplianda odiosa restringenda*, que acoge el artículo 4.2 del Código Civil.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º Que la afirmación del señor Notario de que la vivienda transmitida ya se encontraba arrendada por el comprador, con anterioridad a la escritura de compraventa, está en contradicción con el texto de dicha escritura, puesto que



todas las manifestaciones incluidas bajo el epígrafe «Cargas» aparecen efectuadas «bajo la responsabilidad de los interesados». Quedan, por tanto, en el aire varios temas de vital importancia. a) ¿En virtud de qué título arrendó el señor F. P. la vivienda transmitida?, y b) ¿Con qué fecha concluyó el contrato de arrendamiento y la subrogación de que se habla en la escritura debatida? ¿Se le notificó al arrendatario, con los requisitos que cita el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la transmisión que ahora se ha elevado a escritura pública? 2.º Que, según los libros del Registro, la vivienda transmitida aparece inscrita a favor de doña Encarnación M. C. y don Juan José y don Federico M. M. por título de división horizontal y libre de cargas, por lo que resulta evidente una cierta discordancia entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral, a que se alude en la escritura debatida. En este punto hay que considerar el principio de legalidad, en su aspecto de calificación registral, recogido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, y así como la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre las que se pueden citar, entre otras, las Resoluciones de 20 de enero de 1983, 11 de octubre de 1985 y 17 de febrero de 1986. 3.º Que de lo expuesto se pueden sacar las siguientes conclusiones: a) Que no se ha acreditado de forma fehaciente e indubitada que la vivienda transmitida fuese arrendada por el actual comprador con seis años de antelación a la compra-venta; b) Que el Registrador, en el ámbito de su función calificadora, no puede tomar en consideración relaciones jurídicas contractuales basadas en documentos que no han sido sometidos a su calificación; c) Que en el título calificado no se aprecia una voluntad de reconocimiento respecto de un acto o contrato precedente. Que ante este estado de cosas el Registrador ha de centrar su calificación en el título presentado y en lo que resulte de los asientos del Registro, conforme a lo establecido en los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, que recogen el principio hipotecario de legitimación registral como presunción *iuris tantum* de exactitud. 4.º Que según el Notario autorizante fue el actual comprador quien arrendó la vivienda transmitida, mientras que el Registrador pone en tela de juicio tal afirmación en tanto no se le acredite de forma auténtica; por tanto, el supuesto cohecho encaja de lleno en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 5.º Que en cuanto al comentario que hace el recurrente del párrafo segundo del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estudiando dicho precepto se sacan las siguientes circunstancias: a) Que el mismo se refiere a «cuando el piso transmitido no estuviese arrendado», b) Que interpretándolo a *sensu contrario*, como el transmitente no ha hecho tal manifestación en la escritura, hay que concluir en que la vivienda se encuentra arrendada, ya que el citado precepto sólo contempla dos supuestos; c) Que al estar en juego los posibles derechos de un tercero, las manifestaciones han de ser claras y precisas, como mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 10 de febrero de 1986, y d) Que como consecuencia de la redacción utilizada en el epígrafe cargas no se sabe quién hace la manifestación acerca de la situación arrendaticia de la vivienda transmitida. 6.º Que en dicho epígrafe «Cargas» de la escritura debatida se utiliza una forma impersonal y no se sabe si la afirmación la realiza el transmitente o el adquirente. El legislador se muestra muy riguroso para el supuesto de que la vivienda se encuentre arrendada (art. 55, párrafo 1.º LAU). Que el recurrente olvida lo establecido en el artículo 480 del Código Civil. 7.º Que hay dos posiciones doctrinales en cuanto a que por la escritura pública se formalizó algo que ya se había producido antes. a) Una

que considera nula de pleno derecho el negocio jurídico público y privado, al no haberse cumplido el requisito de forma *ad solemnitatem* que recoge el artículo 1.280 del Código Civil y, en consecuencia, el señor F. P. había comenzado a ser dueño de la vivienda a partir de la fecha de la escritura pública; y como en dicha fecha la vivienda estaba arrendada, es plenamente congruente la nota de calificación, b) Otra que estima que el negocio jurídico y privado sería vinculante entre las partes, pero no surtiría efectos ante el Registro de la Propiedad (art. 3 LH), por lo tanto, el supuesto también encaja de lleno en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, siendo plenamente congruente la nota de calificación. 8.º Que para que exista la *renovatio contractus* es necesario que en la escritura pública haya: 1) Una declaración de voluntad clara de las partes reconociendo los acuerdos anteriores; 2) Una «expresa reserva de rango» de dichos acuerdos; 3) Y coincidencia esencial entre los documentos o negocios jurídicos previos y la escritura pública. Que de la simple lectura de la escritura calificada no se desprende de una forma precisa que los otorgantes hayan querido reconocer un contrato previo, ni mucho menos hacer una «expresa reserva de rango» del mismo, y el propio Notario autorizante califica la escritura como de compraventa. Todo ello nos lleva a considerar la escritura debatida como un contrato *ex novo*, totalmente desligado de un negocio jurídico previo y, por consiguiente, plenamente sometido al ámbito de aplicación del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 9.º Que no se ha acreditado en ningún momento de forma indubitada el título en virtud del cual arrendó el señor F. P., y si careciese de fecha fehaciente serían los Tribunales de Justicia y no el Registrador el que debería valorar, en base a la Resolución de 20 de enero de 1983. 10) Que el Tribunal Supremo considera que el derecho de retracto debe interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo, y a modo de ejemplo cabe citar las Sentencias de 19 de febrero de 1968 y 26 de marzo de 1960.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en los artículos 55.1, 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que no establecen excepción alguna respecto de la exigencia de notificaciones al inquilino o arrendatario en caso de venta; y puesto que concurren los presupuestos de aplicación de dichos preceptos, venta de vivienda que se encuentra arrendada, no pudiendo presumirse en contra de terceros la fecha del arrendamiento que no consta fehacientemente.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que no se puede llamar tercero al arrendatario, no es preciso que conste fehacientemente la fecha del arrendamiento. Que si la finca está arrendada por el transmitente el inquilino tiene derecho de retracto, sin que la Ley exija la fehaciencia del contrato de arrendamiento y su prueba; si la finca está arrendada por el comprador, el arrendatario no tiene derecho de retracto y no hay que demostrar que el arrendamiento fue conferido por el comprador, por las mismas razones que tampoco se exigía en el caso anterior, y por último, si la finca no está arrendada, basta con constatarlo así, sin acreditar ni demostrar nada, que la dicción de la escritura en el epígrafe «Cargas» equivale a aseverar que la finca no está arrendada por el transmitente y nos conduce al párrafo 2.º del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Que el arrendamiento es un acto o negocio único y debe aceptarse íntegramente con todas sus consecuencias, ya que no puede haber arrendatario sin arrendador y los derechos que pueda tener aquél dependen íntegramente de la persona que se los haya conferido, como en el supuesto del recurso

Que con la tesis mantenida no se perjudican presuntos derechos del arrendatario, que siempre quedan incólumes, pues el comprador jamás sería tercero hipotecario frente a la persona a quien arrendó y ésta siempre conservaría todos los derechos que pudiera tener frente al arrendador/comprador y frente a posibles terceros adquirentes que, estando vigente el arrendamiento, surgen pujantes los derechos de tanteo y retracto que podrá ejercitar frente a los que compren a la persona que le arrendó.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 47 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos,

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscripción de una escritura de compraventa de finca urbana en la que los otorgantes manifiestan que ésta se halla arrendada por el comprador a favor de determinada persona desde una fecha anterior a la del otorgamiento de la escritura calificada, habiéndose subrogado y sucedido en el arrendamiento por fallecimiento del inquilino su esposa. El Registrador suspende la inscripción por no acreditarse la práctica de la notificación prevenida en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. De la lectura detenida del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se desprenden dos consideraciones: *a)* Que el Registrador, con carácter previo a la inscripción, deberá cerciorarse de la verificación de las oportunas notificaciones siempre que del documento calificado resulte un título traslativo de los previstos en el artículo 47 y la situación arrendaticia sobre el piso o local transmitido; *b)* Que la especial declaración del párrafo segundo, que permitirá prescindir de la notificación, se contrae al supuesto exclusivo de vivienda no arrendada y su motivación única es la necesidad de no entorpecer en tal hipótesis la inscripción, pero al mismo tiempo evitar que con la sola afirmación de tal circunstancia quede burlado el especial mecanismo de protección de la efectividad del retracto arrendaticio previsto en el párrafo 1.º En consecuencia, cuando de la manifestación del transmitente resulten aquellos dos presupuestos básicos de este derecho, el Registrador no puede obviar la exigencia de la notificación oportuna so pretexto de la invocación de circunstancias adicionales excluyentes del retracto. No puede pretenderse que a la vista de estos nuevos datos alegados decida el Registrador sobre la pertinencia del retracto arrendaticio y, en su caso, pueda prescindir de la notificación, por cuanto ni tal decisión se adecua a la naturaleza del procedimiento registral ni, generalmente, podrá aquél apreciar, dados los limitados medios calificadores con que cuenta, la exactitud de tales circunstancias. Y tampoco cabe alegar que la especial gravedad de la sanción que aúna a la falsedad en la manifestación de esas circunstancias excluyentes la que justificaría por sí sola la posibilidad de prescindir de la notificación, pues: *a)* el ámbito objetivo y la fundamentación teleológica de la especial declaración del párrafo 2.º del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos son, como hemos apuntado, muy concretos y nada tienen que ver con la hipótesis a la que pretende ampliarse, *b)* quedaría gravemente comprometida la utilidad del sistema protector recogido en el párrafo 1.º de dicho artículo si el afectado pudiera eludir la notificación a su voluntad, *c)* la unilateral invocación del transmitente de improcedencia del retracto arrendaticio acentúa la conveniencia de la notificación para que éstos ventilen en la vía adecuada la pertinencia o no del retracto arrendaticio.

3. Por otra parte, la circunstancia invocada en el caso concreto como excluyente del retracto arrendaticio —que el arriendo fue concertado por el ahora comprador—, sobre quedar comprometida en su veracidad tanto por lo que resulta del título calificado —según el cual el comprador adquiere el dominio en el momento mismo de su autorización y por consecuencia del negocio reflejado que se perfecciona simultáneamente a su documentación— como del contenido del Registro, que —presumiéndose exacto y válido a todos los efectos legales refleja la titularidad dominical de los vendedores al tiempo en que según se afirma se concertó el arriendo— ni siquiera garantiza de modo indubitado la improcedencia de dicho derecho de preferente adquisición, pues pudo ocurrir, por ejemplo, que el hoy comprador no haga sino recuperar la titularidad dominical que ostentara en una época anterior, justo en aquella en que se concretara el arriendo, hipótesis esta en la que es indiscutible la pertinencia del retracto arrendaticio.

4. Debe destacarse que según el tenor literal de la escritura de compra-venta, los comparecientes vendedores exponen, en presente, que son los dueños (en relación de *pro indiviso* y usufructo) y que «venden», y el comprador expresa también de presente que compra y no que compró. Si la escritura no expresa exactamente las circunstancias temporales de compra, lo que procede es su rectificación y no alterar las exigencias del ordenamiento.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos

Madrid, 18 de septiembre de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(BOE de 4 de octubre)

*Resolución de 26 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Jorge Martorell Puig, en nombre de «Banca Catalana, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Solsona a inscribir una escritura de dación en pago de deudas, en virtud de apelación del recurrente.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Jorge Martorell Puig, en nombre de «Banca Catalana, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Solsona a inscribir una escritura de dación de pago de deudas, en virtud de apelación del recurrente

*Hechos.* I El día 5 de marzo de 1987, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona don Bartolomé Masoliver Ródenas, «Banca Catalana, Sociedad Anónima», adquirió a título de dación, en pago de deudas, junto con otra, la siguiente finca, propiedad de don Ramón R. M. y doña María

Isabel B. P : planta baja, destinada a locales comerciales, y una vivienda de la casa señalada con el número cuatro de la plaza Mayor, número 4, de Solsona, finca registral número 4.536, ocupada por diversos arrendatarios en cada uno de los locales y viviendas que forman parte de dicha total finca. En la citada escritura esta finca se valora en 8.377.404 pesetas

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Solsona, fue calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, en cuanto a la finca señalada en primer lugar, en donde se indica la nota al margen de la descripción de la misma, y suspendida la inscripción en cuanto a la finca que consta en segundo lugar, registral número 4 536, por no acreditarse la notificación prevenida en los artículos 55 en relación con el 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Defecto subsanable. No se toma anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Solsona, a 5 de mayo de 1989.—La Registradora.—Firma ilegible.»

III. El Procurador de los Tribunales don José Martorell Puig, en representación de «Banca Catalana, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que según se expresa en la descripción que se hace de la finca en escritura de dación del pago de deudas, la misma se encuentra dividida materialmente en tres locales independientes entre sí, estando ocupada por tres arrendatarios distintos, dos dedicados a comercio y el tercero a vivienda. Que cada uno de los arrendatarios ocupa una parte de la total finca y Banca Catalana ha adquirido una sola finca, por un valor único, en la cual hay tres locales arrendados, cada uno de ellos a otros tantos arrendatarios. Que la notificación a que se refiere el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos debe efectuarse en el supuesto de que se trate de un solo arrendatario y éste ocupe la totalidad de la finca, como ha reconocido la jurisprudencia. Que la existencia de dichos arrendatarios se acreditó, en su momento, ante el Registro de la Propiedad mediante exhibición de copias de los oportunos contratos arrendaticios, constituyendo por tanto una realidad. Que son de aplicación los siguientes fundamentos legales: 1) Los artículos 47, 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 2) El artículo 1.521 del Código Civil en relación con lo dispuesto acerca del retracto legal de la Ley de Arrendamientos urbanos, y 3) Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1948, 14 de febrero y 8 de junio de 1953, 18 de diciembre de 1954 y 17 de mayo y 10 de diciembre de 1955 y 6 y 14 de febrero de 1956; 5 de noviembre de 1958, 6 de junio de 1959, 23 de noviembre de 1962, 29 de enero y 29 de octubre de 1966, 14 de junio de 1969, 5 de enero de 1981 y 30 de abril de 1985.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó. Que en los casos en que registralmente la finca aparece como una sola, y materialmente son tres fincas distintas e independientes entre sí, el Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente a los arrendatarios los derechos de tanteo y retracto previstos en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como resulta de las Sentencias de 18 de diciembre de 1954, 23 de noviembre de 1956, 17 de julio de 1958, 26 de marzo de 1960, 7 de mayo de 1962, 6 de marzo de 1965 y 31 de marzo de 1967, entre otras. Que del artículo 1.521 del Código Civil no se desprende ningún argumento en contra de la nota calificadora. Que en cuanto a las sentencias citadas por el recurrente, hay que señalar que las mismas fueron dictadas para supuestos distintos y con circunstancias diversas a las que concurren en el presente recurso. Que de todo lo expuesto resulta la existencia de una inexactitud registral respecto de la realidad jurídica extrarregistral entrando en el supuesto del artículo 39 de la Ley

Hipotecaria, que convendría corregir de la forma prevista en el artículo 40 del mismo Cuerpo legal a fin de adecuar el Registro a la realidad física de las fincas objeto de este informe, máxime cuando los Estatutos de la Propiedad Horizontal del edificio de que forman parte las fincas debatidas permiten la división de las diferentes entidades sin necesidad de acuerdo previo de la Junta de Propietarios, siempre que se respeten las cuotas de participación, como resulta de los Libros del Registro.

V. El Notario autorizante informó: a) Que la planta baja, destinada a locales comerciales y una vivienda, de la casa señalada con el número 4 de la plaza Mayor de Solsona, que está inscrita en el Registro de la Propiedad, formando un solo departamento, el número cuatro, de los que constituyen el total edificio, forma una unidad física económica funcional o destino; b) Que si en la realidad los locales comerciales y la vivienda fueran independientes físicamente, la descripción de la finca en el Registro no ampararía al tercer adquirente de buena fe, pero la declaración del Registro sí estaría protegida por el principio de legitimación registral, es decir, la presunción de veracidad de los asientos del Registro, que sí que se extiende a las circunstancias físicas de la finca que está bajo la salvaguardia de los Tribunales; c) Que de acuerdo con la Sentencia de 11 de junio de 1948, estando las diferentes partes del departamento número 4 dadas en arriendo a distintos arrendatarios, no pueden pretender éstos, ni individual ni conjuntamente, retraer todo o parte de la finca, y d) Que no existiendo el derecho de tanteo y retracto, por tanto, no cabe exigir la notificación prevenida en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procediéndose a la práctica de la inscripción del título presentado al no adolecer de defecto alguno.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota de la Registradora fundándose en lo alegado por ésta en su informe y en la finalidad protectora de la Ley de Arrendamientos Urbanos que tiende a favorecer el acceso de los inquilinos a la propiedad de la vivienda

VII. El Procurador recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que no es aplicable al supuesto de hecho que se contempla la Sentencia de 18 de diciembre de 1954, que se basaba en una interpretación analógica y extensiva, que ha sido suprimida y superada por la jurisprudencia posterior: Sentencias 9 de diciembre de 1964 y 21 de marzo de 1962 y Resolución de 6 de febrero de 1980. Que tampoco es aplicable la Sentencia de 17 de julio de 1968 (*sic*), pues no ha quedado acreditado que la finca que en el Registro aparece como una sola esté formada por varias. Que lo que la Ley concretamente establece como supuesto para la existencia del derecho de retracto, cuando se vendan varias fincas, es que dichas fincas estén agrupadas a otras. Que no existe ninguna inexactitud registral y, en caso de existir, no hay ningún precepto legal que obligue al arrendatario a suprimir dicha supuesta inexactitud, pues ello es una facultad y nunca un deber (STS de 9 de diciembre de 1970). Que tampoco la finalidad protectora de la Ley de Arrendamientos Urbanos puede ir más allá, pues ésta solamente permite el acceso al retracto cuando se trate de un único inquilino o arrendatario de la finca vendida y ocupe a su vez la totalidad de la misma (SS. de 29 de enero y 9 de octubre de 1966, 24 de mayo de 1988 y 27 de marzo de 1989).

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 47, 48, 52 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de no-

viembre de 1956, 17 de julio de 1958, 26 de marzo y 12 de noviembre de 1960, 9 de diciembre de 1970, 6 de marzo de 1971 y 15 de junio de 1974.

1. El recurso plantea la cuestión de si es necesaria la notificación prevenida en el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en los casos de venta de una sola finca registral que corresponde según la propia escritura calificada a una vivienda y dos locales de negocio que están arrendados a tres inquilinos diferentes.

2. Dado este planteamiento habría que atenerse en principio para su resolución a los propios términos literales que la Ley de Arrendamientos establece en esta materia y que no incluye el supuesto discutido entre los que somete a retracto por parte del arrendatario, pues es de advertir que la finca registral en este caso concreto se formó al constituirse el total edificio en régimen de propiedad horizontal y no como consecuencia de la agrupación de otras fincas, lo que descarta de momento la aplicación del párrafo 1.º del artículo 47 de la Ley. Pero —y sin prejuzgar todavía la solución— ello en sí no sería suficiente para dejar zanjada la cuestión, pues no hay que olvidar la finalidad primordial de esta norma, que no es otra que la de facilitar el acceso a los inquilinos a la propiedad de la vivienda y locales arrendados.

3. En efecto, la propia Ley —art. 47.1.º— que previene la concesión de ese derecho en el supuesto de agrupación a que se acaba de hacer referencia justifica su concesión —véase Decreto de 1952 que sirve de antecedente—, porque trata de evitar que a través de esta operación registral pueda ser enervado el derecho del arrendatario y esta interpretación finalista de la propia Ley muestra el amplio criterio legal en este punto que puede servir de base al que haya de adoptarse.

4. Si se observa de otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aparece que un principio se manifestaba igualmente por el amplio criterio antes indicado que, conforme a las Sentencias de 17 de julio de 1958, 26 de marzo de 1960 y 7 de mayo de 1962, incluía dentro de los casos que originan la concesión del derecho de retracto aquellos en que aun siendo una sola la unidad registral del inmueble, en realidad comprendía dos o más fincas físicamente independientes; pero esta doctrina aparece más matizada por sentencias posteriores —véase, entre otras, las de 9 de diciembre de 1970, 6 de marzo de 1971 y 15 de junio de 1974— en las que se negaba todo derecho en los supuestos en que «el objeto arrendado», parte integrante de una unidad superior originaria, no creada por agrupación de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas, se transmitía todo como una sola finca».

5. Indicado lo anterior, al proceder el Registrador a la calificación del título presentado, se encuentra con que tanto de éste como de los asientos registrales no hay más que una sola finca, sin que el estrecho marco en que dentro del principio de legalidad se mueven sus facultades calificadoras puede inducir o no la existencia de varias fincas bajo la apariencia de una sola, como sucedería en un proceso contencioso con los principios de contradicción y de prueba, que es donde podrían resolverse las múltiples cuestiones que por vía de ejemplo pueden enumerarse, tales como si sería necesario que los tres arrendatarios actuasen de consenso para retraer el todo al igual que procede en el caso de coarrendatarios por cuotas o si, por el contrario, podrían ejercer su derecho por separado limitándose a la parte ocupada y quedando entonces obligado el comprador a quedarse con el resto de la finca, o a la forma de determinar el precio de cada porción, etc.

6. Por todo lo cual, y en base al principio de legitimación registral —que aunque no impone la descripción física del inmueble— impone el estar en principio a los pronunciamientos del Registro, habrá que concluir en este singular caso que procede la inscripción de la escritura discutida, sin necesidad de la notificación prevenida en el artículo 47 de la Ley y sin perjuicio del derecho de los interesados a hacer valer sus pretensiones en el proceso correspondiente.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota de la Registradora.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 26 de marzo de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

(BOE de 22 de mayo)

*Resolución de 5 de septiembre de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Benidorm don José Luis Ruiz Mesa contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de dicha ciudad a inscribir una escritura de constitución de una sociedad anónima en la que se aportan dos fincas para la suscripción del capital social.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Benidorm don José Luis Ruiz Mesa contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de dicha ciudad a inscribir una escritura de constitución de una sociedad anónima en la que se aportan dos fincas para la suscripción del capital social en virtud de apelación del recurrente.

*Hechos.* I. El día 20 de julio de 1989, en escritura autorizada por don José Luis Ruiz Mesa, Notario de Benidorm, don José Manuel D. G. y su esposa, doña Marie Louise S. K., el primero, además de por sí en representación de su hija Olga D. S., constituyeron una sociedad mercantil denominada «O., Sociedad Anónima», con un capital social de 84.000.000 de pesetas y aportando dichos cónyuges para la suscripción del capital social un local comercial señalado con el número 1 del edificio La Oca, calle Gerona, de Benidorm, y un chalet con jardín, situado en la calle Viena, número 2, de dicha localidad.

II Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Benidorm, fue calificado con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de no constar la situación arrendaticia, de acuerdo con los artículos 47, 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1958 y 30 de noviembre de 1973. No tomó anotación de suspensión por plazo se sesenta días hábiles por no haber sido solicitada.—Benidorm, 28 de octubre de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible»

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo



contra la anterior calificación y alegó: Que hay que aclarar que el local comercial de hecho está arrendado a diversas personas e instituciones y el chalet constituye el domicilio familiar del matrimonio aportante. Que examinados detenidamente los artículos de la Ley de Arrendamientos Urbanos citados en la nota de calificación, no se aprecia que puedan afectar al negocio jurídico de aportación de inmuebles en la escritura de constitución de la sociedad, pues ninguno de ellos hace mención a la aportación de inmuebles en la constitución de una sociedad familiar como negocio jurídico sujeto a posible retracto arrendaticio. Que tampoco se pueden estimar aplicables las disposiciones que regulan el tanteo y retracto del inquilino del arrendatario del local de negocio, puesto que no son aplicables los principios de analogía del artículo 4 del Código Civil. Que la más prestigiosa doctrina mercantil al analizar la naturaleza jurídica de la aportación de bienes *in natura* a una sociedad la consideran una comunicación de bienes o una permuta o un negocio jurídico meramente societario, pero ninguno considera que deba asimilarse a las normas de la compraventa, y así se especifica en la Resolución de 27 de julio de 1917. Que en la aportación de inmuebles sin la constitución de una sociedad la recepción de los títulos-valores no puede ser equivalente al precio de una compraventa, por ello le es inaplicable el principio del retracto legal. Que no se ha podido obtener la Sentencia citada en la nota de calificación de 2 de marzo de 1958. En la Sentencia de 30 de noviembre de 1973 las acciones suscritas lo fueron como una cesión solutoria, en un supuesto de ampliación de capital y no de constitución de sociedad en el que se substituyó de forma fraudulenta la suscripción de acciones por la venta de una finca arrendada. En las Sentencias de 12 de junio de 1964 y 30 de septiembre de 1983 apoyan la tesis que se mantiene. Que parece que el calificador ha debido apreciar la existencia de posible fraude de Ley (art. 6.º, ap. 4.º, CC), en el que bajo el ropaje de la constitución de una sociedad anónima se pretende burlar los legítimos derechos de los arrendatarios del local de negocio. Esta interpretación es absurda, puesto que el fraude de Ley nunca se presume y mucho menos en el acto constitutivo de una sociedad anónima familiar. Que la necesidad de declarar la situación arrendaticia de los inmuebles se da únicamente en los supuestos en los que pueda existir el derecho de retracto.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que hay que señalar lo establecido en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Que la doctrina jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han calificado el negocio jurídico de aportación de bienes a una sociedad de muy diversas formas. No obstante lo declarado en la Sentencia de 12 de junio de 1964 y la Resolución de 27 de julio de 1917, la Sentencia de 30 de noviembre de 1973 establece que la entrega de las acciones a cambio de la cosa aportada a la sociedad no supone permuta, sino que siendo aquélla signo representativo de dinero hay que aplicar el artículo 1.445 del Código Civil y el contrato será de dación en pago de la aportación social, por lo que si no se admitiera el retracto en ese caso se burlarían fácilmente las disposiciones sobre él, incurriendo en fraude de Ley. Que hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 3 del Código Civil y en las Resoluciones de 11 de diciembre de 1986 y 19 y 20 de noviembre de 1987. Que al exigir la constatación de la situación arrendaticia el Registrador calificador no presupone que el arrendatario tenga derecho al tanteo y retracto, pues serán los Tribunales de Justicia los que determinarían la procedencia o improcedencia de los mismos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en que hay que interpretar los artículos 47, 48 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos como referidos a toda clase de transmisiones a fin de proteger eventuales derechos de tanteo y retracto de los posibles arrendatarios del inmueble que se transmite, que en su caso corresponderá dilucidar a la jurisdicción competente

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que los arrendamientos urbanos están sufriendo una modificación y han pasado de ser un derecho *cuasi censal* a ser un derecho meramente obligacional. Que en las transmisiones lucrativas *inter vivos* o *mortis causa* no es preciso señalar la situación arrendaticia. Que hay que añadir la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1985. Que parece ser que el Juzgado ha intentado aplicar los criterios mucho más amplios que la Ley de Arrendamientos Rústicos, solución inaplicable al supuesto de hecho que se contempla. Que se estima que es intrascendente determinar la situación arrendaticia de las fincas en aquellos negocios jurídicos en los que no existen los derechos de tanteo y retracto a favor de los inquilinos arrendatarios

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 29, 31, 35, 36, 47, 48, 50 y 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 y 23 de mayo de 1960, 12 de junio de 1964, 9 de diciembre de 1964, 30 de noviembre de 1973 y 2 de abril de 1985.

1. En el presente recurso se debate en torno a la inscripción en el Registro de la Propiedad de una aportación a una sociedad anónima en el acto de su constitución de determinados inmuebles urbanos cuya situación arrendaticia no se ha expresado en la escritura fundacional.

2. Si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones: a) El criterio restrictivo que ha de presidir la interpretación de las limitaciones del derecho de propiedad, de cuya naturaleza participan inequívocamente los derechos de tanteo y retracto arrendaticios definidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos; b) La concreción del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a la hipótesis de venta, cesión solutoria y adjudicados por división de cosa común; c) La imposibilidad del retrayente para reembolsar al adquirente en cuyo lugar se subroga la prestación por él realizada, pues ésta no consistió en dinero, sino de acciones que no obran en el patrimonio de aquél; d) La reiterada jurisprudencia que «rechaza todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen precisamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas» (SS. de 16 y 23 de mayo de 1960, 9 de diciembre de 1964 y 2 de abril de 1985) y que prácticamente ha excluido la hipótesis ahora debatida (S. de 12 de junio de 1964), no puede aceptarse el defecto invocado en la nota impugnada toda vez que las previsiones contenidas en el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sólo pueden ser aplicadas a aquellas hipótesis transmisivas en que, conforme a los artículos 47 y siguientes, proceda el derecho de tanteo y retracto arrendaticio.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el acuerdo apelado y la nota del Registrador

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 5 de septiembre de 1991.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Valencia

(BOE de 14 de octubre.)

*Resolución de 20 de febrero de 1992, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria, don José Luis Crespo Mayo, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de dicha ciudad a inscribir una escritura de rescisión de compraventa.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don José Luis Crespo Mayo contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 4 de Las Palmas a inscribir una escritura de rescisión de compraventa.

*Hechos.* I. Por escritura de 2 de febrero de 1990 otorgada ante el Notario de Las Palmas don José Luis Crespo Mayo, doña Kerttu María C. y doña Lyyli M., ésta en representación de su hijo don Erkki Juhanna M., declararon disuelto y anulado el contrato de compraventa formalizado en escritura pública otorgada ante el Notario de Las Palmas don Fernando González Vélez Bardón el día 12 de marzo de 1981. En dicha escritura se decía: Que en la escritura de compraventa antes citada se hizo constar que la finca se transmitía libre de cargas y arrendamientos, cuando en realidad es que el comprador del representado don Erkki Juhana M. no ha podido tomar posesión jurídica de la misma por encontrarse ésta arrendada desde antes de haberse transmitido la finca, y es por lo que han resuelto las partes dejar sin ningún valor ni efecto la escritura de compraventa antes referida, lo cual llevan a cabo por medio de la presente escritura.

II. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad número 4 de Las Palmas, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad de Las Palmas número 4. Examinado el precedente documento se suspende la inscripción solicitada por no cumplirse las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al artículo 55.1 de la misma Ley. No se toma anotación preventiva.—Las Palmas de Gran Canaria, 11 de junio de 1990.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Eduardo de la Barrera Arriola.

III. Contra dicha calificación interpuso el Notario autorizante de la escritura, don José Luis Crespo Mayo, recurso gubernativo alegando que el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos exige que para inscribir las adquisiciones de fincas urbanas arrendadas se hayan practicado a los inquilinos las notificaciones previstas en los artículos 47 y 48 de la misma, pero que éstos pueden ejercitar los derechos de tanteo y retracto reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, no es aplicable al caso que nos ocupa, ya que su ámbito es el de venta, dación o pago o división de la cosa común, y en este supuesto estamos en presencia de una figura radicalmente distinta, como es la de la resolución de un contrato de compraventa; que en la resolución de la

compraventa al no haber transmisión ni adquisición nada hay que notificar al inquilino o arrendatario, que en este caso la compraventa primitiva se resuelve, ya que al hallarse la finca arrendada el comprador no puede tomar posesión jurídica de la cosa, de acuerdo con las normas del Código Civil; que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha considerado aplicables los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos o supuestos distintos de los que la venta, dación en pago y división de cosa común; que en concreto, la Sentencia de 9 de diciembre de 1964 establece que dichos preceptos exigen como requisito esencial y básico para el ejercicio de la acción retractual la existencia de una transmisión onerosa de la propiedad, es decir, una venta o dación en pago con posibilidad de subrogación, que en este caso no habiendo existido ninguna de estas figuras no procede la notificación; que por su parte la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 1 de febrero de 1980 señala que la notificación es necesaria en todos los supuestos, que el derecho de tanteo o retracto puede operar, y la Resolución de 13 de febrero de 1980 añade que la interpretación de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no debe extenderse a los supuestos en que el retracto no tiene lugar, dado además el carácter restrictivo y odioso del retracto

IV. En su informe el Registrador alegó: Que los contratos han de calificarse en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica con independencia de lo expresado por las partes y atendiendo al contrato que subyace; que teniendo ello en cuenta y habida cuenta del tiempo transcurrido entre el contrato de compraventa y su resolución (nueve días), está claro que estamos ante un verdadero contrato traslativo del dominio, con independencia del nombre empleado por las partes; que en segundo lugar, siempre se puede hablar de decisión o cancelación en sentido estricto porque no se dan los requisitos para ello previstos en los artículos 1.291, 1.292 y 1.300 del Código Civil; que tampoco puede hablarse de la resolución de un contrato de compraventa en efectos *ex tunc* en perjuicio de tercero (el arrendatario), ya que ni está previsto en la Ley ni se acordó por los contratantes; que de otro lado, sí se ha producido la entrega de la cosa vendida al haberse producido la tradición instrumental, que tampoco puede hablarse de vicios ocultos como insinúa el recurrente por el hecho de existir un arrendamiento sobre la cosa; que por tanto nos encontramos ante un contrato traslativo del dominio, siendo de aplicación el artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó la nota del Registrador.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que aquél no resuelve ni argumenta jurídicamente la cuestión planteada.

*Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 432, 438, 1.445, 1.462.2 y 1.571 del Código Civil; 3, 18 y 38 de la Ley Hipotecaria, 47, 48, 53, 57 y 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y Sentencia de 15 de julio de 1982.

1 En el presente recurso se debate sobre la aplicación de los derechos de tanteo y retrato arrendaticios y, consiguientemente, sobre la necesidad o no de practicar las notificaciones prevenidas en los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la hipótesis «de disolución y anulación por mutuo acuerdo, de un contrato de compraventa de un apartamento celebrado nueve

años atrás, en escritura pública, en la que se declaraba confesado recibido el precio correspondiente. En la escritura que motiva el recurso se expone que a pesar de la nota que ahora se deja sin efecto», el comprador no ha podido tomar posesión jurídica del inmueble vendido por encontrarse éste arrendado desde antes de haberse transmitido la finca, y es por lo que han resuelto las partes dejar sin ningún valor ni efectos las escrituras de compraventa antes referida. En su recurso el Notario insiste en que «el primitivo comprador no llegó a tomar posesión jurídica de la finca transmitida por hallarse arrendada, por lo que no procede la solución o anulación de la compraventa, pero que en tal supuesto, al no haber transmisión, nada hay que notificar al inquilino».

2. Ciertamente, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo y de esta Dirección General que los derechos de tanteo y retracto arrendaticios, en tanto que restricciones de dominio, reclaman una interpretación estricta a fin de evitar su aplicación a casos distintos de los específicamente previstos por el legislador. Ahora bien, lo que no puede estimarse es que la sola calificación que los otorgantes den al contrato celebrado sea decisiva a los efectos de determinar la procedencia o improcedencia de aquellos derechos (*vid.* STS de 15 de julio de 1982), prescindiendo de la verdadera naturaleza y caracterización jurídica; y así ocurre en el caso debatido, en el que bajo los calificativos de disolución y anulación por mutuo acuerdo se realiza un contrato de cambio de cosa por precio que encaja en el concepto puro de compraventa del artículo 1.445 del Código Civil y cuya única particularidad es la de otorgarse entre los mismos sujetos que intervinieron —en posiciones contrarias— en una anterior compraventa y cuyos resultados reinstauran la situación jurídica preexistente a ésta.

3. Por lo demás, la afirmación de que al estar arrendada la finca la primera venta no fue seguida de la transmisión de la posesión resulta infundada por cuanto la sola situación de arrendamiento (por cierto no demostrada) de la finca no excluye la posesión en concepto de dueño del arrendador (*vid.* art. 432 CC) y el otorgamiento por él de la escritura equivale a la entrega de la posesión al comprador (arts. 438 y 1.462.2 CC), sin que el arrendamiento sea obstáculo a la transmisión del dominio (cfr. arts. 1.571 CC y, entre otros, 53, 57 y 94 LAU).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto confirmando el auto apelado.

Lo que con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y demás efectos.

Madrid, 20 de febrero de 1992.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

(BOE de 2 de mayo)

#### COMENTARIO

El artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone: «1. Para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas a que se refiere este capítulo, deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los artículos

47 y 48, con los requisitos exigidos. La falta de justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acreditare haber practicado las notificaciones en forma legal. 2. Cuando el piso transmitido no estuviere arrendado, para que sea inscribible la adquisición deberá el transmitente declararlo así en la escritura de venta, bajo pena de falsedad en documento público.»

La finalidad de este artículo es la de garantizar al arrendatario de un piso o local comercial la efectividad del ejercicio de su derecho de retracto, y de ahí que sólo sea necesaria la notificación o manifestación prevenida en el mismo en los supuestos en que el arrendatario tenga tal derecho, y no lo son cuando carece de ellos (Res. de 13 de febrero de 1980); lo que nos lleva a la necesidad de determinar cuáles son dichos casos, para luego examinar si los interpuestos a que se refieren las resoluciones comentadas entran o no dentro del ámbito del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos señala: «1. En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare, en el plazo de sesenta días naturales, a contar del siguiente al en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador 2. Cuando en la finca sólo existiera una vivienda o local de negocio, su arrendatario tendrá el mismo derecho. 3. De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda.» Y el artículo 48 de la misma Ley indica que en los mismos casos el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto.

Estos dos artículos han de ser interpretados a la luz de los siguientes principios:

1. Han de ser objeto de interpretación restrictiva, ya que dado el carácter excepcional de los derechos de tanteo y retracto, no pueden ser aplicados a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellos (art. 4.2 CC).

2. En su interpretación se ha de tener especialmente en cuenta, por la misma razón, la intención buscada en cada caso que comprenden por el legislador (art. 3 CC).

En base a estos dos principios entiendo que el retracto arrendatario sólo se da en los casos de transmisiones onerosas, y más concretamente y como regla general en los de *ventas* y *cesiones solutorias*, y como excepción en el de *división de la cosa común*, por lo que quedan excluidos todas las demás transmisiones tanto onerosas como lucrativas.

Refuerza este criterio la circunstancia de que la Ley de Arrendamientos Urbanos habla exclusivamente de dichos supuestos, pudiendo haberse referido a toda transmisión *inter vivos*, como hace el artículo 89 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se refiere a la venta, permuta, adjudicación en pago,

aportación a sociedad, donación o cualquier otra enajenación *inter vivos* (art 86 LAR), por lo que una recta interpretación finalista debe llevar a esta conclusión.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo que tiene declarado la no existencia de los derechos de tanteo y retracto en los supuestos de permuta, contrato de aportación, donación, renta vitalicia, contratos de constitución, ampliación o reducción de capital, o disolución de sociedades, etc., y sólo lo admite en los casos de ejecución judicial o administrativa, cuya gran semejanza con la venta lo justifica plenamente.

Este criterio tiene una excepción y es que a través de otros negocios jurídicos el arrendador y el adquirente pretendan eludir los derechos de los arrendatarios, por lo que al existir fraude *legis*, si no queremos ver burlados los intereses sociales que la Ley trata de amparar debemos reconocer tales derechos. Así, el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que: «... el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de buena fe. Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que... constituyen medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de Ley».

El problema que se plantea al Registrador es si ante un supuesto dudoso no recogido expresamente en la Ley ni resuelto por la jurisprudencia, o ante un posible fraude, debe entrar a enjuiciar si existen o no los derechos arrendaticios, o si debe exigir siempre la notificación o manifestación, dejando para los Tribunales de Justicia la decisión de la procedencia o improcedencia de dichos derechos o de la existencia o no de fraude.

Entiendo que al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 98 y 101 de su Reglamento, el Registrador debe intentar calificar el acto en cuestión, usando para ello todos los medios a su alcance, y proceder en consecuencia, debiendo presidir su calificación el principio de aplicación rigurosa del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que tiene declarado el Tribunal Supremo. Lo que queda fuera de la calificación es la apreciación de la intención fraudulenta de las partes, dado que tal decisión se adecua mal a la naturaleza del procedimiento registral y dado lo limitado de los medios calificadores con que cuenta el Registrador (RR. de 19 de noviembre de 1985 y 31 de diciembre de 1986).

Pasamos ya a comentar brevemente las resoluciones antes transcritas al amparo de los criterios básicos expuestos.

1. *Es necesaria la notificación* al arrendatario de la venta, aunque en la escritura se diga que el arrendador fue el propio comprador en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de venta (R. de 18 de septiembre de 1990, *BOE* de 4 de octubre de 1990).

Como cuestión previa conviene determinar el valor o eficacia de las escrituras que contienen negocios jurídicos consensuales (v.gr., la compraventa), el cual, según la doctrina hoy dominante, depende de la situación que se trate de entre las siguientes:

A) Que las partes firmen directamente ante el Notario sin que exista un previo acuerdo vinculante, es decir, que el negocio nazca precisamente con la escritura, que será por tanto constitutiva. En este caso todos los efectos del negocio se producirán desde la fecha de la escritura

B) Que el negocio exista con anterioridad y las partes en la escritura,

prescindiendo aparentemente del mismo, consientan en una nueva redacción de su contenido (idéntica, aclaratoria o novatoria), ya lo hagan voluntariamente o en cumplimiento del artículo 1.279 del Código Civil. En este caso, según la doctrina dominante, la escritura es también constitutiva por aplicación de la denominada *renovatio contractus* de Degenkolb, del «contrato de fijación jurídica» de Siegel o del «contrato reproductivo» de Núñez Lagos y, por tanto, prevalecerá en caso de discordancia sobre el negocio anterior (art. 1.224 CC, a *sensu contrario* y cuando habla de novación), pues las partes en la escritura lo que hacen no es reconocer este negocio anterior, sino fijar definitivamente sus relaciones jurídicas (SS. de 28 de diciembre de 1944 y de 6 de junio de 1969). Lo dicho no obsta, sin embargo, para reconocer al negocio preexistente efectos, siempre que no se oponga a la redacción de la escritura y que se pruebe conforme a Derecho su contenido y fecha (art. 1.227 CC y concordantes).

C) Que el negocio exista con anterioridad y las partes en la escritura se limiten a reconocerlo, a «elevantarlo a escritura pública», ya lo hagan voluntariamente o en cumplimiento del artículo 1.279 del Código Civil. En este caso la escritura es reconocoscitiva (recoge el negocio tal como aparece estructurado en el documento privado) y nada prueba contra el documento privado en que el negocio hubiese sido consignado, si por exceso u omisión se apartan de él (art. 1.224 CC). El negocio producirá desde su primitiva celebración todos los efectos independientes de la forma, siempre que se pruebe conforme a Derecho su contenido y fecha.

La dificultad estriba en interpretar y determinar, frente a cada caso, en cuál de estas tres situaciones nos encontramos, cuál ha sido la verdadera intención de las partes en orden a esta constitución, renovación o procedimiento. El tercer supuesto será fácil de determinar por el Registrador, pues para que se dé será preciso una referencia expresa al negocio preexistente en la escritura; pero no siendo así al Registrador, al calificar, sólo le constará la existencia de un negocio documentado en una escritura, por lo que habrá de entender, salvo prueba en contrario, que ésta es la de las del primer supuesto.

Esta solución es también la aplicable al supuesto recogido en la resolución, pues en la escritura los vendedores exponen que son los dueños de la vivienda y que venden la misma, no que vendieron, y el comprador expresa también que compra y no que compró. La única referencia a un posible negocio previo es la afirmación en el apartado de cargas de haber sido arrendada la finca con anterioridad por el comprador, afirmación que por sí sola, entiendo, no es suficiente para calificar el supuesto de *renovatio contractus*.

Confirma también esta tesis el contenido del Registro, ya que la finca aparece inscrita a nombre de los vendedores y no del comprador, por lo que al amparo del principio de legitimación registral recogido en los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria y según el cual los asientos registrales se presumen válidos y exactos a todos los efectos legales si la finca está arrendada, sólo pudo serlo por el vendedor (titular registral), salvo que se pruebe lo contrario.

Para que podamos estimar que existe una renovación contractual será necesario, por tanto, probar con arreglo a Derecho el negocio anterior entre vendedor y comprador, sin que puedan atribuirse en tal caso efectos absolutamente constitutivos a la escritura por las siguientes razones: a) la propiedad se transmite en nuestro Derecho por el título (ej., contrato), seguido del modo o entrega de la cosa (arts. 609 y 1.095 CC); b) los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1.258 CC); c) los contratos que tienen por objeto



la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles, salvo excepciones, no es necesario que consten en documento público como requisito sustancial (arts. 1.278-1.280 CC), *d)* la tradición tampoco exige escritura pública (arts. 438 y 1.462 CC); *e)* los documentos privados pueden tener fecha fehaciente respecto de terceros en los casos del artículo 1.227 del Código Civil (ej., si han pagado el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales), y *f)* los documentos privados con fecha fehaciente pueden producir ciertos efectos registrales (arts. 33 y 298 RH, entre otros).

A falta de la repetida prueba debemos entender que estamos ante un contrato *ex novo*, que al tratarse de una venta y estar la finca arrendada impone la necesidad de la notificación del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por encajar plenamente en los supuestos de retracto de los artículos 47 y 48 de la misma, cuya exclusión exigía además la necesidad de acreditar fehacientemente que la vivienda fue arrendada por el actual comprador, así como que al celebrarse el presunto negocio preexistente se cumplió con el requisito de manifestación de no existir arrendamiento o con el de notificación.

2. *No es necesaria la notificación* a los arrendatarios cuando se vende la planta baja de un edificio, cuya planta constituye una sola finca registral que, según la propia escritura, está integrada por una vivienda y dos locales arrendados a tres inquilinos diferentes (R. de 26 de marzo de 1991, BOE de 22 de mayo de 1991).

Quizá sea este supuesto de venta de finca registral única que en la realidad constituye varias fincas independientes el de más difícil solución desde el punto de vista registral, dado que pueden entrar en colisión el principio de legitimación registral con el de protección del arrendatario frente al fraude de Ley. Exponemos a continuación los argumentos que nos llevan en este caso concreto a rechazar la necesidad de notificación:

A) El derecho de retracto sólo se otorgó en un principio en las ventas o cesiones sutorias de pisos o locales individualmente considerados, y la introducción posterior de la expresión «aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros» del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tenía por finalidad evitar que mediante esta operación registral pudiera ser enervado el derecho del arrendatario, por lo que ante la interpretación restrictiva y finalista que impera en esta materia dicha expresión debe entenderse sólo aplicable cuando se agrupen varias fincas antes independientes y arrendadas para luego venderlas u otros semejantes en los que se observe *animus fraudis*.

En este caso es claro que no existe dicho *animus*, pues sería absurdo entender que al constituir la división horizontal y cuando todavía no existían arrendatarios las tres fincas se configuraron registralmente como una sola con la finalidad de burlar los derechos de los futuros arrendatarios. Pero como ya se ha indicado, el Registrador no puede valorar el *animus* del arrendador, por lo que de momento hemos de quedarnos sólo con el criterio de la interpretación restrictiva.

B) Esta misma solución es la dada por el Tribunal Supremo a los supuestos similares de venta de un edificio completo, parte indivisa del mismo parte determinada vertical (ej., lado derecho) u horizontal (ej., varias plantas) del mismo, y no debe olvidarse que el edificio no es otra cosa que la agrupación de todos los elementos que lo integran, lo que confirma el criterio de no ser asumible toda posible agrupación en el artículo 47. La agrupación no es el fundamento de la introducción de la expresión comentada, sino, como ya se

ha dicho, el evitar el fraude de Ley, el cual el Tribunal Supremo y la Ley de Arrendamientos Urbanos presumen que no existe en el caso de venta de todo el edificio.

C) El otro supuesto excepcional en que se concede el derecho de retracto, el de «división de la cosa común» del artículo 47.3 ha sido también interpretado por la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. de 17 de enero de 1989) en el sentido de ser sólo aplicable al supuesto concreto que el legislador quiere proteger, es decir, al de adquisición *pro indiviso* del total edificio, ya arrendados sus elementos, por varias personas y posterior adjudicación de fincas concretas entre los adquirentes, y a aquellos que guarden con él identidad de razón (intención de burlar los derechos arrendaticios).

D) El requisito de identidad o absoluta coincidencia entre el inmueble arrendado y el transmitido o adjudicado, y entre éste y el derecho del arrendatario, que cuando se trata de una sola finca registral tiene declarado como regla general el Tribunal Supremo. Aquí se exige la existencia de un solo inquilino en la finca que ocupe a su vez la totalidad de la misma, en el caso de venta de un piso con un garaje anejo en que el primero estaba arrendado a una persona y el segundo a otra, o en el de venta de un piso arrendado por partes determinadas (ej., habitaciones) a diferentes personas.

E) El principio de legitimación registral según el cual, entre otras consecuencias sustantivas, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo (arts. 1 y 38 LH). Aplicando este principio al supuesto estudiado y siguiendo el criterio de la doctrina y jurisprudencia más moderna que extiende el mismo a los datos físicos o descriptivos de las fincas, podemos decir que mientras los Tribunales no declaren lo contrario, para el Registrador sólo existe una finca, que al no coincidir exactamente con la arrendada (existen tres arrendamientos de partes de la misma) lleva a rechazar la necesidad de notificación.

F) El derecho de libre configuración de la propiedad horizontal que se infiere del artículo 348 del Código Civil, que permite disponer de la cosa de la que se es dueño libremente, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y del artículo 8 de la Ley de la Propiedad Horizontal que permite divisiones y agrupaciones de pisos o locales. Es verdad que la constitución de una propiedad horizontal debe ajustarse a las condiciones o configuración física del inmueble y, por tanto, debe describirse cada elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente y que tenga salida propia a un elemento común o a la vía pública (arts. 3 y 5 LPH, 396 CC y 8.4 LH), pero esto no impide que por la autonomía de la voluntad varias fincas físicamente independientes se puedan configurar como una sola finca registral si hay elementos suficientes para ello: así el piso con sus anejos (garajes, trasteros, patios, etc.), dos fincas en la misma planta o en plantas sucesivas que tengan una comunicación interior o varias fincas que constituyan una unidad funcional o de destino (ej., hotel o local comercial con vivienda aneja para el encargado del mismo, como puede ocurrir en el presente caso).

La unidad registral así configurada es cierto que carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto si se acredita que la finca que en el Registro aparece como una sola en la realidad se trata de varias sin ningún vínculo entre sí; pero dicha circunstancia, a falta de rectifi-

cación registral voluntaria, debe declararse por los Tribunales, lo que nos reconduce al principio de legitimación registral.

G) El propio criterio del Tribunal Supremo, que si bien en un principio, como dice la resolución, admitió los derechos de tanteo y retracto arrendaticio en los casos de agrupación de fincas en general y en el de finca registral única originariamente que en la realidad está formada por varias, aunque estuvieren arrendadas a distintas personas, lo hizo basándose en una interpretación extensiva de la expresión antes citada, interpretación que ha sido sustituida en la actualidad por la de aplicación sólo en caso de existir fraude de Ley

En conclusión, el Registrador ante supuestos semejantes al de esta resolución, al no poder en la mayoría de los casos apreciar si existen los derechos arrendaticios dado que éstos dependen de circunstancias ajenas a su calificación y que lo más que se puede extraer de las sentencias del Tribunal Supremo son datos indiciarios del fraude (ej., si la agrupación es muy anterior al arrendamiento suele no estimarse el retracto; si es coetánea o posterior, sí), debe ceñirse a la aplicación de los principios hipotecarios.

3. *No es necesario notificar al arrendatario la aportación a una sociedad en el acto de su constitución de una vivienda o local arrendado por no proceder en este caso los derechos de tanteo y retracto arrendaticio (R. de 5 de septiembre de 1991, BOE de 14 de octubre de 1991).*

Para juzgar sobre la posibilidad o no del derecho de retracto en este supuesto habrá que partir de la naturaleza jurídica de la aportación social cuando se aporten bienes inmuebles, y en este sentido las principales teorías son las siguientes:

A) La que considera que estamos ante un negocio jurídico análogo al de compraventa, con lo que se reconocería el derecho de retracto arrendaticio. Esta teoría se funda en los artículos 39 (antiguo 31) y 47 (antiguo 33) de la Ley de Sociedades Anónimas. El artículo 39.1 establece: «Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las normas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos»; y el artículo 47.1 que: «Las acciones representan partes alícuotas del capital social», de lo que los partidarios de esta teoría deducen que quien aporta bienes a una sociedad recibe a cambio un precio determinado consistente en un número de acciones representativos de su valor y que estas acciones no son otra cosa que un signo representativo del dinero, con lo que se cumplen los requisitos del artículo 1.445 del Código Civil

B) La que considera que la aportación es una dación en pago, con lo cual existiría derecho de retracto, y es defendida, entre otros autores, por MARTÍNEZ ALMEIDA. Este autor define la dación en pago como el negocio jurídico con causa onerosa que extinguiendo la obligación preexistente en función de cuyo pago actúa, traspasa la propiedad de los bienes o la titularidad de los derechos al adjudicatario y considera que al constituir la sociedad los socios se obligan a contribuir a la formación del capital social en la proporción que hayan convenido, obligación que al ser el capital una suma de dinero es siempre dineraria. Cuando la aportación no es dineraria, lo que ocurre es que por acuerdo se sustituye la obligación de entregar el dinero por la de transferir el

dominio de una finca o de otro bien o derecho, es decir, por una dación en pago. Reforzaba esta teoría el antiguo artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, según la cual la sociedad podía proceder ejecutivamente contra los bienes del accionista para hacer efectiva la porción de capital en metálico no entregada.

C) La de la «comunicación de bienes» de ROCA SASTRE, que sostiene que en las sociedades hay que desdoblar su base patrimonial, que constituye una verdadera comunidad de bienes, y su cobertura personificada, que recibe el tratamiento de sujeto de derecho. La aportación considerada en sí misma, o sea, de cara a los socios aportantes, no es un mero acto de transmisión onerosa de bienes del socio a la sociedad, sino un negocio jurídico de comunicación de bienes por virtud de la cual se hacen comunes cosas que antes eran propiedad exclusiva de los aportantes, si bien frente a terceros existe no una simple comunidad, sino un patrimonio único adscrito a una persona jurídica y funcionando como si fuera propio o exclusivo de ella. Para esta teoría al no haber desplazamiento patrimonial, sino transformación o modificación de titularidad, no se da el derecho de retracto arrendaticio.

D) La de GARRIGUES Y URÍA (es la más generalizada), que consideran que la aportación social constituye una transmisión onerosa por parte del socio a la sociedad, pero no una compraventa ni una dación en pago, sino una permuta de cosas (el bien a cambio de la acción), y que el artículo 39 no es obstáculo para esta teoría, pues el artículo 1.541 del Código Civil también establece que la permuta se regirá, en lo no previsto, por las disposiciones concernientes a la venta.

La primera de las teorías es criticada argumentando que en realidad en la aportación social no existe compraventa, no obstante la remisión a ella del artículo 39 de la Ley de Sociedades Anónimas, por faltar un precio cierto no se recibe a cambio un dinero o signo que lo represente determinado, sino sólo el derecho a una participación, no a una representación en beneficios sociales, por lo que no se dan los requisitos del artículo 1.445 del Código Civil.

La segunda es rechazada porque el artículo 8 de la Ley de Sociedades Anónimas (antiguo art. 11) dice que las aportaciones de los socios pueden consistir en metálico, bienes o derechos con carácter originario y porque el actual artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas ya no permite la ejecución de los bienes del accionista moroso, sino sólo el cumplimiento del desembolso o la enajenación de las acciones.

Y la tercera teoría es refutada alegando que la sociedad tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios y absoluta autonomía patrimonial (los bienes que le pertenecen no son bienes comunes de los socios, sino propios de la misma), que el régimen de administración y disposición del patrimonio social en nada se parece al de una comunidad de bienes y en la obligación de saneamiento y el desplazamiento del riesgo de la cosa aportada recogido en el repetido artículo 39.

La cuarta parece, pues, la teoría más correcta, y tratándose de una permuta ha de negarse el derecho de retracto arrendaticio en base a la interpretación restrictiva del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tantas veces repetida y recogida por el Tribunal Supremo, que excluye el retracto en los supuestos de permuta (SS. de 28 de mayo de 1960 y de 24 de enero de 1958).

Además refuerza esta solución negativa el hecho de no ser posible el reembolso del que intenta retraer a la sociedad adquirente, puesto que lo entregado por ésta como contraprestación no es dinero del que pueda ser reintegrada,

sino acciones de la misma que el retrayente no puede entregar por no obrar en su patrimonio; sin que pueda alegarse que la sociedad no sufre perjuicio al conservar idéntico su patrimonio, pues las acciones además de partes alícuotas del capital social llevan inherentes una serie de derechos que no otorga el dinero

4. *Es necesaria la notificación* al arrendatario del otorgamiento de una escritura de anulación de mutuo acuerdo de una venta celebrada nueve años antes, pues se trata de una verdadera nueva renta (R. de 20 de febrero de 1992, BOE de 2 de mayo de 1992).

En nuestro Derecho, según la doctrina dominante, la propiedad se transmite por la concurrencia del título y el modo, es decir, de un negocio jurídico acompañado del transferimiento de la posesión jurídica de la cosa. Así, el artículo 609 del Código Civil dice que se adquiere la propiedad por consecuencia de ciertos contratos (título) mediante la tradición (modo), y el artículo 1.095 que el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (título), pero no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada (tradición o modo).

La compraventa (título), como todo contrato, se perfecciona por el mero consentimiento, el cual se manifiesta por el convenio sobre el objeto y la causa que han de constituir el contrato (arts. 1.258 y 1.262 CC) y, más concretamente, por el acuerdo en la cosa objeto de la venta y en el precio, *aunque ni la una ni el otro se hayan entregado* (art. 1.450 CC), siendo la causa (objetiva) para el comprador la adquisición de la cosa

En cuanto a la entrega de la cosa transmitida, no se requiere siempre la transmisión de la detentación material de la misma al adquirente (tradición real), sino que cuando la venta se hace mediante escritura pública se entiende efectuada, según el artículo 1.462 del Código Civil, con el simple otorgamiento de ésta, si de ella no resulta o se deduce claramente otra cosa (tradición instrumental), con lo que queda transmitida la posesión jurídica. En este mismo sentido el artículo 438 del Código Civil establece que «la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho».

Tampoco es necesario para la eficacia de la tradición que el transmitente tenga la posesión material de la cosa, sino que basta que tenga la posesión mediata a título de dueño (art. 432 CC), aunque la posesión inmediata o tenencia material la ostente otra persona ligada a él (v.gr., su arrendatario o usufructuario), según tienen declarado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1948, 2 de abril de 1957 y 30 de septiembre de 1964

Pues bien, todos estos requisitos se dan en el presente supuesto, por lo que, en contra del criterio del Notario, debemos entender transmitida la posesión jurídica y el dominio del apartamento, puesto que además el precio se confiesa recibido y no existe ningún tipo de condición en el contrato que supedite su eficacia a la tenencia material.

No puede afirmarse, por otro lado, que se trata de una anulación de la venta por error en las cualidades esenciales de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a prestar el consentimiento (art. 1.266 CC) ni una resolución por incumplimiento de obligaciones (art. 1.124 CC), pues no obstante la compatibilidad que tiene reconocida el Tribunal Supremo de estas acciones

con las propias de la compraventa cuando no exista oposición (de existir, las reglas especiales de la compra excluyen las reglas generales de los contratos); en este caso no se dan los presupuestos que posibilitan su ejercicio. Si el adquirente compró pensando en habitar la finca, al no ser la entrega material esencial, el no poder hacerlo no es causa de incumplimiento ni error en las calidades de la cosa, sino a lo sumo en el motivo de la compra, y ésta no invalida el contrato salvo que expresamente se haya elevado a condición o integrado en la causa.

En cuanto a la posibilidad de existir dolo en la formación del consentimiento por la omisión por parte del vendedor de la manifestación de estar la finca arrendada, además de no poder apreciarse éste por el Registrador, la acción para anular el contrato dura sólo cuatro años desde la consumación del mismo, y en el presente caso han transcurrido nueve, lo que parece excluir también este supuesto.

Tampoco puede alegarse que lo que se hace es una rescisión de la venta por existencia de cargas o gravámenes ocultos (art. 1.483 CC) o de defectos ocultos (art. 1.484 CC) que de haber sido conocidos por el comprador la hubieran movido a no comprar, porque aparte de no ser encuadrable el arrendamiento en el primer grupo y difícilmente en el segundo (se refiere más bien a defectos materiales), las acciones de rescisión se extinguen al año desde el otorgamiento de la escritura, y a los seis meses desde la entrega de la cosa vendida respectivamente; y en este caso, como ya se ha dicho, la escritura recurrida es posterior en nueve años a la de venta, sin que conste en el expediente su ejercicio con anterioridad.

Por el contrario, dicho período de tiempo tan largo, unido a todo lo dicho, nos debe llevar a la calificación de que bajo esa supuesta disolución o anulación del contrato se enmascara una verdadera nueva compraventa en la cual las partes cambian sus posiciones y a la que se da esa forma jurídica con la intención de soslayar el derecho del arrendatario, el cual también fue burlado en la primitiva venta según se deduce de las propias manifestaciones de las partes; por lo que no sólo se debe exigir la notificación del artículo 55 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino que también al amparo del artículo 104 del Reglamento Hipotecario se debe dar parte a la autoridad judicial por si constituyere delito.

Por último indicar que si bien es cierto que el comprador de la finca arrendada queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador aunque el arrendamiento no esté inscrito (art. 57 LAU *in fine*), también lo es que puede resolver el arrendamiento si necesitaren para sí sus ascendientes o sus descendientes la vivienda (art. 114.11 LAU, en relación con el art. 62 de la misma Ley), lo que viene a confirmar que en realidad estamos ante una nueva venta. El derecho del arrendatario a una indemnización y a un preaviso y plazo de desalojo de un año sólo faculta al comprador a ejercitar la acción por daños contractuales y la posibilidad de excluir la resolución si se dan algunos de los supuestos del artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aparte de no poder apreciarse por el Registrador al exigir previa decisión judicial, sólo nos reconduce a la situación general ya expuesta.

### III. Sentencias del Tribunal Supremo

#### 1. DERECHO CIVIL

##### B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

**FALTA A LA BUENA FE EL QUE EJERCITA SU DERECHO CON UN RETRASO DESLEAL** (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—Se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionalmente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella, señalando también la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho contra anterior conducta en la que hizo confiar a otro —prohibición de ir contra los actos propios—, y especialmente infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo —retraso desleal—, vulnerando tanto la contradicción con los actos propios como el retraso desleal, las normas éticas que deben configurar el ejercicio del Derecho.

La facultad de instar la inexistencia del contrato de arrendamiento concertado después de la constitución de la hipoteca ha de reconocerse como fundada en el fraude o perjuicio al acreedor hipotecario o adquirente del inmueble, a quienes lo adquieren como consecuencia de la subasta judicial, no a quien, como la aquí recurrente, lo compró varios años después al adjudicatario y con pleno conocimiento de la situación arrendataria de la finca.

**ARTICULO 1902: PARA ADMITIR LA EXISTENCIA DEL RIESGO HAY QUE ACREDITAR LA FUENTE DEL PELIGRO.** (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—Por muy progresiva que sea la interpretación del artículo 1.902, que iniciada en la teoría subjetiva de la culpa ha llegado a aproximarse a la responsabilidad objetiva a través del cauce procesal de la

inversión de la carga de la prueba y de la doctrina sustantiva de la creación del riesgo, no cabe ignorar que para admitir la existencia del riesgo es preciso acreditar la fuente del peligro, esto es, que hay una empresa, explotación o actividad que, aun permitida por la Ley, produzca un interés propio para el agente y genere riesgos de los que deba responder el empresario en virtud del viejo aforismo «qui est commodum debe esse etiam in incommodum», traducido actualmente en el deber del control del peligro. Pero en el caso de autos, muerte por inmersión en una bañera de hidromasaje de 25 centímetros de profundidad, de una joven mayor de edad y socia de las instalaciones, no se alcanza a comprender a qué clase de riesgos la sometieron cuando no aparece demostrada ni insinuada deficiencia alguna de las instalaciones y, por contra, hay prueba plena de que la infortunada padecía epilepsia, padecimiento que era ignorado por el club dentro de cuyas instalaciones permanecía fuera de control visible el breve lapso del baño en cabina reservada.

**LA JURISPRUDENCIA TIENDE A PROTEGER A LOS COMPRADORES DE VIVIENDAS. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)**

*Doctrina de la sentencia.*—Toda la evolución jurisprudencial propende a fortalecer la tutela judicial efectiva de la parte más débil, los propietarios compradores de viviendas, frente a quienes no se permite invocar que no contrataron con los constructores, que no pusieron reparos al recibir el objeto o que han transcurrido los plazos legales para el saneamiento por vicios ocultos. Pero de toda la línea jurisprudencial no se deriva la consecuencia de que el círculo de los legitimados activamente se reduzca a los propietarios ni que éstos se vean necesariamente obligados a litigar contra todo el círculo de posibles obligados solidarios. Su legitimación, adquirida por subrogación junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo.

**NO HAY LITISCONSORCIO PASIVO CUANDO EL NEGOCIO NO HA INTERVENIDO LA MUJER. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1992.)**

*Doctrina de la sentencia.*—La doctrina de esta Sala en materia de litisconsorcio pasivo necesario tiene declarado de modo reiterado que no existe la situación litisconsorcial pasiva, aun cuando en el negocio jurídico no hubiere intervenido la mujer, sin perjuicio de que sus derechos queden a salvo en los casos de contravención, fraude o perjuicio acreditado respecto de sus derechos, pudiendo en tales casos la misma ejercitar las pertinentes acciones, debiendo además señalarse a tales efectos de estimación o no del litisconsorcio pasivo necesario alegado, que es a los Tribunales a quienes corresponde determinar si tal situación concurre o no, dadas las circunstancias del supuesto examinado.

La jurisprudencia tiene igualmente declarado que cuando no consta que la esposa haya comparecido o firmado el contrato de cesión o traspaso del local de negocios, es obvio que no puede concluirse que su esposa sea directamente



afectada por la resolución impugnada, lo que impide apreciar el litisconsorcio pasivo necesario.

**LA VULNERACION DEL ARTICULO 1.317 NO ORIGINA LA NULIDAD RADICAL DEL ACTO IMPUGNADO. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1992.)**

*Doctrina de la sentencia.*—El artículo 1.111 del Código Civil puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, se altere la solvencia de uno o de ambos cónyuges cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes.

Al amparo de la universal sanción prevista en el artículo 1.317 del Código Civil «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esta tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular; de cualquier forma, lo que verdaderamente destaca es que aquella tutela habrá siempre de proclamar la inoponibilidad del cambio en lo atinente, con respecto a la garantía de los terceros perjudicados, siguiendo así una reiterada línea jurisprudencial, de la que puede ser exponente la Sentencia de 19 de febrero de 1992, parece que la declaración de nulidad y amortización de efectos que conllevaría iría más lejos de lo que ante el fraude de acreedores se pretende evitar y que es efecto típico incluso de la acción pauliana: que el acto resulte ineficaz frente al acreedor que la interpuso y, por tanto, los bienes sobre los que aquel recayó queden sometidos a la acción del acreedor como si estuvieren en el patrimonio del deudor, en definitiva, la vulneración del artículo 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que de conformidad con el espíritu que informa el artículo 6.4 del Código Civil hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad.

**COMPRAVENTA: RETRASO EN LA DENUNCIA DE INIDONEIDAD DE LO VENDIDO. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1992 )**

*Doctrina de la sentencia.*—Si bien la jurisprudencia en la hipótesis de la entrega de cosa distinta —«aliud pro alio»—, a lo que se asimila la inidoneidad de lo vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y que supone un incumplimiento contractual al que en tal caso han de aplicarse los artículos 1.445 y 1.124 del Código Civil, con la ventaja procesal de que el plazo de prescripción, no de caducidad, es más amplio, puesto que el supuesto es subsumible en el artículo 1.964, 2.º inciso del mismo Código, declara que no cabe la resolución contractual por incumplimiento del contrato, ello sólo es viable ante unos hechos declarados en que rotundamente se clarifiquen estas circunstancias, máxime cuando ha transcurrido un tiempo no despreciable sin protestas formales ni ejercicio de ninguna acción hasta que le ha sido reclamado al comprador el resto insatisfecho del precio y manteniendo en funcionamiento la maquinaria desde su instalación, pues con tan particulares detalles ha de

apreciarse una intencionalidad proclive a la conservación del negocio jurídico transmisorio.

**LA SUMISION HA DE SER CLARA Y PRECISA.** (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—Esta Sala tiene declarado que la sumisión expresa ha de formularse de manera clara y precisa, suscrita por las partes que renuncian a su fuero propio, firmada por todos los interesados y no es válida cuando no aparece autorizada por todos los afectados, no reuniendo estas características las figuradas al dorso de los albaranes, o de los contratos y después de la firma de los mismos (SS. de 30 de enero de 1945, 24 de noviembre de 1982 y 22 de junio de 1990)

**LA FALTA DE FIRMA DEL LETRADO NO PRODUCE LA NULIDAD SIN MAS DEL ACTO PROCESAL.** (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—La Sentencia del Tribunal Constitucional 39/1988, de 9 de marzo, califica la falta de firma del letrado como un «acto incompleto», sin que quepa duda razonable sobre la posibilidad de que tal acto pueda ser completado posteriormente; llegando finalmente a la conclusión de que la falta de firma del Abogado en un escrito firmado por el Procurador como representante de la parte litigante, no es defecto que deba conducir sin más a la nulidad del acto procesal, ni tampoco a la de la resolución judicial que lo admitió; la aplicación del artículo 10 de la Ley Procesal impone el otorgamiento de un plazo prudencial para la rectificación o subsanación del defecto observado, todo ello en cumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial que consagra el artículo 24 de la Constitución Española.

**COMPRAVENTA. NULIDAD PARCIAL** (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—Esta Sala en Sentencia de 30 de abril de 1986 y otras, ha declarado la nulidad parcial de un contrato de compraventa cuando se deja ineficaz la adquisición de parte de los inmuebles objeto del contrato, y se declara su subsistencia parcial para otro inmueble cuando, como en el caso debatido, concurren los elementos esenciales para la existencia del contrato y siempre que el negocio sea divisible, de tal suerte que una vez separada la parte nula, quede un resto que pueda sustituir como negocio independiente.

**EL CONTRATO DE CORRETAJE PERMITE EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD.** (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1992 )

*Doctrina de la sentencia.*—El contrato de corretaje o medición es un contrato atípico que normalmente puede encuadrarse en el «facio ut des», pero que regido por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) no impide la inclusión de pactos válidos, cual el expreso de exclusividad durante un tiempo determinado y en las circunstancias que se concreten, pudiendo establecerse obliga-

ciones de futuro sin que ello sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público, máxime cuando se especifiquen y concretan de manera que no llegan a constituir un contrato de agencia, aunque parcialmente puedan asimilarse a él.

**LA JURISDICCION ORDINARIA ES COMPETENTE SI LA ADMINISTRACION ACTUA COMO CUALQUIER SUJETO DE DERECHO.** (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—La jurisdicción ordinaria atribuye y atrae al conocimiento de los Jueces y Tribunales de esta clase, cuantos negocios civiles se susciten en territorio español, y no estén exceptuados por algún precepto parcial; los Tribunales contencioso-administrativos tienen una función revisora de los actos administrativos, constituyendo estos actos el presupuesto procesal indispensable; dentro de los actos administrativos deberán incluirse las disposiciones de carácter inferior a la Ley, y la validez de las actuaciones administrativas; en la revisión de los actos procedentes de la Administración pública se necesita, para que responda su conocimiento a la jurisdicción especializada, que esta Administración actúe con sujeción al derecho administrativo, y no como cualquier otro sujeto de Derecho, es decir, actuando para satisfacer una necesidad pública, y no como persona jurídica privada.

**EL RECURSO DE REVISION NO PUEDE DARSE CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS EJECUTIVOS** (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia* —El recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interposición de los supuestos que le integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia o un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta; la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencian que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, la Sentencia de 3 de mayo de 1968 y 7 de mayo de 1991 sólo permiten este excepcional y extraordinario recurso frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, tal condición de firmeza no es predicable para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos.

**LA MODIFICACION DEL REGIMEN MATRIMONIAL SOLO PERJUDICA A TERCERO DESDE LA FECHA DE SU INSCRIPCION EN UN REGISTRO PUBLICO.** (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia.*—El procedimiento de tercería de dominio tiene

como objeto principal obtener que se levante la traba y se excluyan los bienes del tercerista de la actividad ejecutiva, correspondiendo al tercerista acreditar el derecho que invoca, prueba que se concreta en la realidad y certeza de que la propiedad del bien embargado se ha incorporado a su patrimonio con anterioridad a la fecha de la traba, demostración que puede conseguirse mediante cualquier principio de prueba; pero el caso que nos ocupa está comprendido en unos supuestos revestidos de la naturaleza especial que informa el sistema de los regímenes económicos matrimoniales, y las posibles modificaciones de los mismos frente a los derechos que puedan corresponder a los terceros de buena fe: los esposos que habían venido rigiéndose por el régimen de gananciales deciden modificarlo y acogerse al de separación de bienes, pero este pacto lo mantienen oculto, ya que ocultación supone no inscribirlo en el Registro Civil, y sólo tres años después deciden darle publicidad, efectuando la liquidación de la sociedad de gananciales de una forma un tanto especial: se adjudican a la esposa todos los bienes susceptibles de persecución por parte de los acreedores, y el marido acepta el pago de su hijuela en metálico. La Sala entiende que habida cuenta de la doctrina tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe, que contrataron desconociendo la existencia de la modificación operada en el régimen económico del matrimonio, declarar que la modificación pactada sólo puede perjudicar al tercero de buena fe desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros Públicos.

**UN SIMPLE RETRASO NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1992.)**

*Doctrina de la sentencia.*—Ciertamente que la doctrina en época pasada, pero no lejana, exigía la demostración de esa voluntad rebelde a que alude el motivo, pero recientemente, y con fundamento en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, que no exigen ese rigor, sólo es preciso acreditar el incumplimiento, no confundiendo o menospreciando los pormenores o detalles que puedan indicar fallos transitorios y esporádicos que revelen una voluntad de cumplimiento aunque no sea absolutamente exacto y que sólo suponga un simple retraso.

**LA DECLARACION DE OBRA NUEVA NO IMPLICA CAMBIO JURIDICO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1992.)**

*Doctrina de la sentencia.*—Partiendo de los artículos 208 de la Ley Hipotecaria y 308 de su Reglamento, la declaración de obra nueva se configura como una manifestación del propietario de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, en la que se hace constar «las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana», a los fines de su inscripción, sin que esa naturaleza de medio inmatriculador de la obra nueva que presente su declaración, resulte alterada ya se haga mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble por los que se declare, transfiera, modifique o grave el dominio y demás desechos reales, o se haga constar solamente la edificación o mejora, y en ambos casos se contrae a la descripción de las circunstancias físicas o materiales, por ello la doctrina científica viene reconociendo que esta declaración de obra nueva carece de valor nego-

cial y no implica cambio jurídico alguno, al no estimarlo así la Sala *a quo* y atribuir carácter contractual a la repetida declaración de obra nueva interpretada de forma incorrecta tal acto, de naturaleza puramente registral.

**VITALICIO: CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES.** (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1992 )

*Doctrina de la sentencia.*—Las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan, mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado «vitalicio», que no es una modalidad de la renta vitalicia de los artículos 1.802 a 1.808, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, con la posibilidad de apartamiento unilateral cuando los alimentos han de prestarse en régimen de convivencia, sin más consecuencia que la de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad.

Nada tiene que ver el contrato denominado «vitalicio», creador de obligaciones recíprocas entre los otorgantes, con la obligación *ex lege* de alimentos entre parientes. El vitalicio puede tomar como módulo de duración la vida de varias personas, y ser éstas las acreedoras, como cedentes, a ser tenidas en compañía de la cesionaria, que ha de cuidarlas, asistirles, atenderlas y prestarles alimentos en la extensión determinada en el artículo 142 del Código Civil.

**ENDOSO DE LETRA DE CAMBIO CLASES** (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1992.)

*Doctrina de la sentencia* —El «endoso por garantía» confiere al tenedor un derecho de prenda sobre el crédito cambiario, que incorpora la facultad de cobrarse con el importe de la letra y entregar la diferencia al deudor, mientras que el «endoso para cobranza», no manifiesto o encubierto como negocio fiduciario bajo la forma de endoso pleno, sólo faculta para cobrar por cuenta del endosante.

**EL NEGOCIO JURIDICO DE FIDUCIA «CUM CREDITORE» ES VALIDO Y NO SIMULADO** (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1992 )

*Doctrina de la sentencia.*—Se trata de un negocio jurídico fiduciario «cum creditore», cuya validez y eficacia no implican fraude de ley y está reconocida con reiterada jurisprudencia, quedando configurando formalmente a través de dos actos independientes con finalidad unitaria, en un contrato se transmite a una persona, fiduciario, un determinado bien o derecho por el cual el fiduciante le garantiza al fiduciario el pago de una deuda, con la obligación de éste de retransmitirlo a su anterior propietario, cuando la obligación asegurada se haya cumplido a través del derecho de opción simultáneamente establecido, en el sentido de que si durante el plazo concedido para ejercitar el derecho de opción no se satisface la cantidad adeudada, de conformidad con lo estipula-

do, la enajenación produce todos sus efectos, sin que por ello, haya que calificar tal contrato de ficticio, aparente o simulado, sino real, existente y querido por las partes contratantes, y en base al principio de libertad contractual del artículo 1.255 del Código Civil, pues su causa se encuentra en la deuda que garantiza.

Negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite la plena propiedad de una cosa o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido (*pactum fiduciae*); acto formal mixto e integrado por dos independientes, uno de naturaleza real por el que se transmite el dominio, y otro de carácter obligatorio que constriñe a la devolución de lo adquirido para cuando la obligación crediticia, que el primero asegura, se haya saldado.

La teoría científica reciente se aparta del «doble efecto» y prescinde de la sustantividad de la *causa fiduciae*, como comprendida en el artículo 1 274, no obstante lo cual la titularidad formal habrá de desplegar su eficacia conforme a lo convenido y el fiduciante respetar la situación anómala creada y la validez de lo acordado entre las partes, asistiéndole al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un «ius o titulus retinendi», que no permite se le imponga la restitución, al no haber un simple préstamo, sino un contrato que entraña mayores efectos, pues ocasiona una transmisión basada en la buena fe, con efectos vinculantes para el fiduciante y fiduciario, sin que proceda la nulidad de la escritura de compraventa, ni la cancelación del asiento registral, una vez descartada la simulación absoluta; no regulado especialmente en nuestro ordenamiento jurídico el pacto que nos ocupa, tampoco pugna la doctrina expuesta con el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado a efectos de la no inscripción de una escritura en la que se otorga un contrato con la denominación de «venta en garantía».

**LA SOLIDARIDAD ACTIVA NO SE EXTINGUE CON LA MUERTE DE UNO DE LOS ACREEDORES. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1992.)**

*Hechos.*—La Caja de Ahorros de San Sebastián abrió una libreta de imposición a favor de dos titulares, con titularidad indistinta. Fallece uno de ellos y los herederos solicitan el reintegro íntegro, a lo que se niega la Caja, por lo que la demandan. Posteriormente el otro titular solicita también para él la total suma. El Supremo casa la sentencia de instancia, que dividía la cantidad impuesta entre ambos titulares, y acoge la demanda de los herederos.

*Doctrina de la sentencia.*—La Sala *a quo* afirma que cuando uno de los titulares ha fallecido, se estima equitativo que sus herederos puedan tener la disponibilidad de la mitad, y el titular superviviente la otra mitad, sin perjuicio de las acciones que a aquéllos y a éste último correspondan para ventilar la propiedad de los fondos depositados. Esta Sala no puede compartir estas conclusiones porque A) La equidad no puede servir de ariete destructor del sistema jurídico establecido por el Código Civil respecto a la solidaridad; es simplemente un criterio a tener en cuenta en la aplicación de las leyes, pero no para fundar sobre ella ninguna solución jurídica salvo cuando el legislador lo permita expresamente. Para resolver ese pretendido problema —muerte de uno de los titulares indistintos— no hay ninguna previsión, porque no hay tal problema en realidad, ya que la sucesión está en la normativa del derecho

sucesorio, concretamente en el artículo 661 del Código Civil, pues es inadmisibles sostener que la solidaridad activa desaparece con la muerte de uno de los acreedores; ningún precepto legal lo establece ni se deduce de la reglamentación legal de la solidaridad. B) Porque esta solución equitativa es contraria a la misma naturaleza de estos depósitos indistintos, en los que cada uno (o sus herederos) tienen derecho al todo frente a la entidad depositaria, sin perjuicio de que entre ellos puedan dilucidar a quien pertenecen las sumas, retiradas o no.

J. Q. S

## C) ARRENDAMIENTOS

POR CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

### C 1) ARRENDAMIENTOS URBANOS

*ACTUALIZACION DE RENTA.—HA INCURRIDO EL RECURRENTE EN UNA CONDUCTA NEGLIGENTE YA QUE DURANTE DIEZ AÑOS NO HIZO NINGUNA ALEGACION RESPECTO A LA INEXISTENCIA DE LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES QUE DEBIAN FIGURAR AL DORSO DEL CONTRATO Y QUE SEGUN EL SE HICIERON CONSTAR MUCHO DESPUES DE LA FIRMA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1989.)*

El Juzgado numero 1 de Salamanca estimó en parte la demanda y desestimó la apelación la Audiencia de Valladolid.

No prospera la casación. Se concertó el contrato de arrendamiento el día 1 de octubre de 1975, firmado por ambas partes, sin que aparecieran las cláusulas que constan en el reverso del documento. La interpretación hecha por la sentencia recurrida es la de que ambas partes estaban de acuerdo en el contenido de las cláusulas redactadas en el mismo, ya que en el anverso se aceptan las cláusulas que se estamparán al dorso. Alega el recurrente que tales cláusulas fueron redactadas en fecha posterior, en contra de la unidad de acto, sin que fueran firmadas por las partes al celebrarse el contrato. La realidad es que el recurrente no se ha preocupado durante diez años de informarse del contenido de esas cláusulas, que había aceptado por una declaración de voluntad negligente para, en su caso, oponerse a ellas, existiendo un silencio cualificado que, unido a hechos positivos precedentes, dan lugar a tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad. La doctrina entiende por declaración de voluntad negligente aquella en que el ordenamiento jurídico equipara a una declaración de voluntad, una conducta por la que se despierta, descuida o negligentemente, la apariencia de una declaración de voluntad que consta de forma indubitada. No son aplicables los Reales Decretos-Leyes de 1978, 1979 y 1980 sobre limitación de las elevaciones de renta, porque son de efectos transitorios, reducidos a un lapso de tiempo determinado, dentro del cual no se halla la vigencia de las cláusulas de la revisión discutidas, que adquirió su eficacia a los diez años de convenido el contrato y de cuya validez no cabe duda, dada la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código

Civil. La actualización de la renta ha de operar sobre la renta revisada del período anterior para ser coherente por lo que la base para aplicar los incrementos no es la contractual inicial sino la acumulada exigible en este supuesto, según las certificaciones del Instituto Nacional de Estadística, que se tuvieron en cuenta en ambas instancias, siendo interpretadas correctamente.

*RESOLUCION DE CONTRATO.—CONSTA LA OPOSICION DEL COPROPIETARIO DEL LOCAL AL EJERCICIO DE LA ACCION DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO, POR LO QUE NO PUEDE ADMITIRSE SU USO POR EL OTRO COPROPIETARIO. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1989)*

El Juzgado número 16 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Territorial rechazó la apelación

Triunfa la casación. Se interpuso la demanda por obras no autorizadas, que modifican la configuración del local arrendado, estimando el Juzgado que las obras fueron realizadas fuera de tiempo de la autorización que se concedió al comienzo del arrendamiento y que produjeron un cambio en la configuración del inmueble, por lo que están fuera de las facultades del arrendatario, a quien sólo se transmite el goce y uso de la cosa arrendada. El recurso se funda en la falta de legitimación del actor para el ejercicio de la acción de resolución del arrendamiento, por haberse acreditado la oposición de otro copropietario. Efectivamente existe un acta notarial en la que consta dicha oposición. El copropietario manifestó su disconformidad a su hermano, por entender que la causa alegada de obras inconscientes, era incorrecta por cuanto su madre las había conocido y aceptado al igual que el compareciente. Por lo tanto, al constar la oposición del cotitular no litigante, procede la estimación del recurso, por falta de legitimación activa del actor. Si cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, en cuyo caso la sentencia, dictada en su favor, aprovechará a sus compañeros, ello no es posible si la acción se ejercita en nombre de un comunero sin citar a los demás condueños, que es lo que acontece en este litigio, pues deviene evidente que, habida cuenta de la copropiedad por cuotas si, por un lado, se precisa el consentimiento de todos los partícipes para alterar la cosa y el de la mayoría para los actos de administración, es clara que la actuación minoritaria aprovecha a los demás, y que la actuación tendente a la extinción del arrendamiento, es un acto de administración de uno de los condueños, con la oposición del otro, por lo que es de suponer que no le beneficia sino que le perjudica por lo que cede el factor presuntivo del beneficio, que podría viabilizar esa conducta unilateral.

*ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA —EXISTEN PRUEBAS EVIDENTES DE QUE LO ARRENDADO FUE LA INDUSTRIA DEL RAMO DEL AUTOMOVIL, A PESAR DE QUE NO CONSTE ASI EN LA CONSEJERIA DE ECONOMIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID. (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1990.)*

El Juzgado número 3 de Madrid desestimó la demanda y admitió la reconvencción, declarando que el contrato era de arrendamiento de industria y procedía su resolución. La Audiencia confirmó la sentencia anterior, desestimando la apelación.



No procede la casación. Declaró el Juzgado que el contrato en litigio era de arrendamiento de industria, cuya vigencia finalizó el 28 de febrero de 1986, condenando al actor a abonar al demandando la suma de 25.000 pesetas diarias por cada día transcurrido desde la fecha de terminación del contrato. El oficio de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid no contradice la existencia del negocio o industria, que fue objeto de arriendo desde 1 de febrero de 1983, toda vez que lo que dice es que no existen antecedentes en el organismo comunicante, de la existencia de ningún taller en la mencionada finca con anterioridad a la fecha de 8 de abril de 1963, afirmación que deja en pie la existencia real de una industria en el local, sin reflejo administrativo, lo que, en modo alguno interfiere los efectos civiles del contrato sino además, porque la estimación de error en la apreciación de la prueba basada en documentos viene condicionada por el número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a que el citado documento de apovo no resulte contradictorio por otros elementos probatorios, circunstancia que no ocurre aquí, ya que desde el primitivo contrato de 1963 hay una abrumadora presencia documental expresiva de lo contrario de lo que la parte dice. En el convenio existen expresiones reveladoras del objeto del arriendo, como la de que el garaje será destinado al negocio del ramo del automóvil en todo lo que concierne al entretenimiento y conservación del mismo, existiendo constancia documental en 1973, 1983 y 1985 de que la situación inicial de arrendamiento de industria permanecía viva tanto en los sucesivos convenios de prórroga como en la intención de las partes, cuya claridad en este punto no se puede poner en duda ni tiene otra explicación que no sea el deseo de permanecer en el arriendo del establecimiento, siendo el desalojo un efecto material de la declarada finalización del contrato. Como arrendamiento de industria aparece en el contrato inicial y en los documentos indicados, a los fines de prórrogas sucesivas y así ha sido calificado por el tribunal de instancia, cuya base fáctica no se ha controvertido eficazmente.

**RETRACTO —CONOCIDA POR EL PROCURADOR DE LA ACTORA LA COMPRAVENTA Y SUS CIRCUNSTANCIAS, NO ES NECESARIA LA NOTIFICACION NI LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO Y. EN CONSECUENCIA, HABIA CADUCADO LA ACCION CUANDO SE INTERPUSO LA DEMANDA DE RETRACTO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1990.)**

El Juzgado de Vilanova v la Geltrú estimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior.

La casación no prospera. La Audiencia declaró caducada la acción, ya que en 1980 compareció en el expediente seguido ante el Gobierno Civil la actora mediante apoderado. En este expediente obraba unida la escritura de compraventa de 13 de marzo de 1984, por la que se adquirieron la finca y el local retraído, constando en ella el precio y demás circunstancias de la enajenación. La propia demandante, por escrito de 27 de diciembre de 1984 anuncia su propósito de interponer la acción de retracto. En realidad se quiere negar la fuerza vinculante que para la representada tienen los actos de su procurador que tenía poder notarial para esa intervención, obligando, por tanto, a su representada. Es decir, que en diciembre de 1984 la recurrente tuvo conocimiento de todas las condiciones y circunstancias de la compraventa, haciendo posible el ejercicio del retracto a través del referido expediente. Esta Sala

entiende que no es necesaria la notificación cuando se pruebe que el retrayente ha tenido conocimiento cabal y completo de la venta como expresa la Sentencia de 27 de mayo de 1960 que dijo que ni la inscripción en el Registro ni la notificación notarial son necesarios cuando el inquilino ha tenido un conocimiento real, efectivo y perfecto de la venta y de sus circunstancias, como se afirma en Sentencias de 25 de junio de 1962, 22 de mayo de 1963, 6 de junio de 1964, 11 de mayo de 1966, 30 de octubre de 1969, 12 de febrero de 1981, 4 de mayo de 1982 y 27 de marzo de 1989. Por tanto, el ejercicio de la acción de retracto, mediante la interposición de la demanda en 22 de mayo de 1985 fue extemporánea por haber transcurrido, con exceso, el plazo de sesenta días del artículo 48.2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

**RETORNO.—AUNQUE NO FUERA PROCEDENTE LA INDEMNIZACION POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE RETORNO, LA AQUIESCENCIA DEL ACTOR PURGO ESTE DEFECTO DE LA SENTENCIA Y PROCEDE LA EXCEPCION DE LA COSA JUZGADA.** (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1990.)

El Juzgado número 1 de Segovia estimó la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el Ministerio de Educación y Ciencia, actual dueño del inmueble así como la excepción de cosa juzgada, respecto, a los demás demandados, antiguos propietarios del inmueble. La Audiencia revocó la anterior en cuanto a la falta de legitimación pasiva del Estado, Ministerio de Educación y Ciencia, confirmando el resto de la sentencia.

No tiene éxito la casación. Concertado el derecho de retorno con el propietario del inmueble y fallecido éste, sus herederos vendieron el inmueble a los recurridos, que no cumplieron con la obligación de reconstruir, por lo que la recurrente formuló juicio declarativo de mayor cuantía pidiendo la indemnización del daño causado. El Juzgado dictó sentencia condenando a abonar una cantidad más el interés legal de esta cantidad, desde la fecha de la sentencia. La Audiencia desestimó la apelación, confirmando la sentencia. En diciembre de 1982 se vendió el inmueble al Ministerio de Educación y Ciencia contra quien se presentó nueva demanda junto a los antiguos propietarios anteriores, con resultado expuesto. Arguye el recurrente que no hay identidad para estimar la cosa juzgada, ya que en la primera demanda se contenía la petición de condena a indemnizar por incumplimiento temporal de la obligación de facilitar el retorno al local y vivienda desalojada y la segunda aspira a que se le indemnice por la imposibilidad de cumplir con el derecho de retorno. Pero la primera sentencia condenó a pagar un millón de pesetas, como indemnización por el incumplimiento de reconocer el derecho de retorno y entrega de un local de negocio, no siendo recurrida esta sentencia por la actora. Al no ser impugnada quedó de derecho consentida, con autoridad de cosa juzgada. La posible incongruencia de la sentencia fue purgada por la aquiescencia de la parte, que ahora la esgrime. La cuestión queda decidida por la autoridad de la cosa juzgada y resuelta la cuestión del cumplimiento de una obligación, cuya única fuente es la Ley, es decir, los artículos 78 al 94 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en los que se regula el derecho de retorno. En la primera demanda solicitó el actor el pago *sine die* de una renta por el incumplimiento de una obligación legal, a través del juicio ordinario y que fue resuelto, condenando a los demandados a pagar una suma que supera con creces la indemnización prevista para el incumplimiento.

*RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SE ADJUDICARON EN SUBASTA LOS DERECHOS DE TRASPASO DEL LOCAL, SIENDO EVIDENTE QUE NO SE TRATABA DE UN ALMACEN YA QUE ESTE ESTA PRIVADO DEL DERECHO DE TRASPASO SEGUN EL ARTICULO 30 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS —LA NO APERTURA DE UN NEGOCIO SE EQUIPARA AL CIERRE DEL MISMO A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 62 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1990.)*

El Juzgado número 12 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No tiene éxito la casación. Argumenta el recurrente que no se trata de un arrendamiento de local sino de almacén, olvidando que la interpretación y calificación de los contratos es función de los tribunales de instancia y ha de ser respetada en casación, salvo que resulte ilógica, lo que no ocurre aquí en que el tribunal dice que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaración de voluntad que lo integran y no de la denominación que le atribuyan las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación. Al adquirir el recurrente la condición de arrendamiento del local, por adjudicársele en subasta los derechos de traspaso del mismo, resulta evidente que se trata de local abierto al público, ya que si fuese un almacén, no hubiera existido ese derecho por prohibirlo el artículo 30 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El artículo 62.3º de la Ley de Arrendamientos Urbanos comprende, como causa de denegación de prórroga, tanto el cierre del negocio abierto como el del local que, al no llegarse a abrir, por quien se adjudicó el traspaso, permanece cerrado, lo que la Ley no permite y sanciona con la resolución y el desahucio.

*RETRACTO —EL DOCUMENTO PRIVADO DE 1978 NO TIENE EFECTO FRENTE A LA DEMANDADA QUE ES TERCERO RESPECTO AL MISMO SEGUN EL ARTICULO 1.257 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1990.)*

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No prospera la casación. En la sentencia impugnada no se niega, como dice el recurrente, la intervención del demandante en el contrato de 1978 sino que se valora la eficacia del instrumento privado en que aquel quedó plasmado sin que quepa un nuevo examen y valoración de las pruebas, lo que es privativo del Juez de instancia. El artículo 1.225 del Código Civil dice que el documento privado tiene la misma fuerza que la escritura entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, pero el contrato de 1978 no está suscrito por ambas partes sino sólo por una de ellas, siendo la demandada un tercero y frente a ella, dicho documento no despliega la fuerza probatoria que le reconoce ese precepto del Código, no obstante la certeza de su fecha, conforme al artículo 1.227 del Código Civil. Al negar la Sala sentenciadora eficacia al pretendido contrato de arrendamiento frente a la demandada que tiene la condición de tercero respecto a ese convenio, tiene en cuenta el artículo 1.257 del Código Civil que limita la eficacia de los contratos a las partes que los otorgan y sus herederos

*RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO —NO CONSTA EN LOS ESTATUTOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL LA PROHIBICION DE INSTALAR UNA OFICINA POR LO QUE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CARECE DE ACCION PARA PROCEDER CONTRA EL INQUILINO DEL PISO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1990 )*

El Juzgado número 1 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación

Tampoco prospera la casación. La Comunidad de Propietarios actúa en virtud de la subrogación legal que autoriza el artículo 19 de la Ley de la Propiedad Horizontal, siempre que concurra alguna de las prohibiciones establecidas por el artículo 7 de la misma Ley, cuando el propietario hubiera dejado de ejercitar la acción correspondiente para conseguir la resolución del arrendamiento, en el caso de que se den alguna de las infracciones que se señalan en dicho precepto, sin que para apreciar esta conducta tengan ninguna incidencia las manifestaciones de destino que el dueño de la finca hiciera en la escritura de propiedad horizontal y que no obligan al posterior propietario del piso pues toda propiedad se presume libre, pudiendo cambiar el destino, si no hay prohibición legal o contractual que se lo impidan. Las prohibiciones contractuales se contienen en los Estatutos y en éstos no se encuentra la de instalar una oficina, sin que se haya combatido la declaración fáctica de la ausencia de actividades peligrosas, incómodas o insalubres en el piso. No debe quedar duda en orden a entender que los ocupantes del piso han incurrido en alguna de las prohibiciones legales, conducta provocadora de la resolución de su contrato arrendaticio que, como medida sancionadora, ha de interpretarse en todo caso, con carácter restrictivo.

*DESAHUCIO DE INDUSTRIA —NO ESTA PROBADA LA PRORROGA VERBAL DEL SUBARRIENDO APARTE DE QUE POR TRATARSE DE UNA INDUSTRIA IMPORTANTE. COMO ES UN HOTEL EL CONVENIO DEBIA CONSTAR POR ESCRITO CONFORME AL ARTICULO 1.248 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1990 )*

El Juzgado número 9 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación

No tiene éxito la casación. No está probada la prórroga verbal del subarriendo del hotel, objeto de controversia, por un período de tres años, ya que los hechos de que se pretendía deducir esa prórroga, cuales son obras y gastos realizados en el hotel y la comunicación epistolar entre ambas partes previa al ejercicio del desahucio, en manera alguna pueden entenderse como aspectos fácticos eficientes al respecto, lo primero debido a que tales obras son inherentes a la normal actividad del hotel y eran a cargo de la subarrendataria recurrente y, además, en la comunicación epistolar, contradice la realidad de la prórroga invocada, ya que el subarrendador insta la cesación del vínculo subarrendaticio de que se hace mención, aparte de que la prórroga sobre un vínculo tan trascendental como es el referido a un hotel, debe ser reflejado por escrito, como previene el artículo 1.248 del Código Civil y, por otra parte, la entidad tuvo entrada en la explotación del hotel sin consentimiento del subarrendador cual exigía el contrato cuestionado, sin desvirtuar ese aspecto fáctico la recurrente, generando la causa de desahucio del número 3 del artículo 1.569 del Código Civil, que ha sido aplicado correctamente

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ES PRECEPTIVA LA INTERVENCION DE LAS PARTES EN LAS DILIGENCIAS ACORDADAS POR EL JUEZ PARA EVITAR LA INDEFENSION DE LA PARTE QUE NO HA INTERVENIDO EN DICHA DILIGENCIA.** (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Logroño estimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación

Triunfa la casación. El respeto al derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución impone al Juez suplir mediante una interpretación posible y favorable el ejercicio de la acción impugnativa, el imperfecto y erróneo cumplimiento de los requisitos formales de la Ley de Enjuiciamiento Civil asegurando así la primacía del mencionado Derecho fundamental. Al no haber intervenido la parte, ahora recurrente, en el reconocimiento judicial acordado como diligencia para mejor proveer, relativa a la oficina construida en el sótano del pabellón arrendado, se ha incurrido en la infracción del precepto constitucional alegado y del artículo 238.3.º de la LOPJ y en el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues si bien es cierto que dicho artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es taxativo al referirse al carácter potestativo y discrecional de esta facultad del Juez, es incuestionable que, acordada la diligencia, en la práctica de la misma, es obligado que se dé intervención a las partes, tal como dispone el último apartado del precepto y, al no haberse hecho así en el caso que nos ocupa, resultan patentes las infracciones legales denunciadas por la recurrente, generadoras de indefensión, siendo pertinente la declaración de nulidad de actuaciones, desde que se omitió en la diligencia la preceptiva intervención de las partes, en los términos previstos en la Ley.

### C.1) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

**RETRACTO.—NO PROCEDE EL RETRACTO PORQUE EL RETRAYENTE ES PROPIETARIO DE MAS DE 20 HECTAREAS DE REGADIO.** (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Plasencia desestimó la demanda, rechazando la apelación la Audiencia de Cáceres.

Tampoco tiene éxito la casación. La Audiencia desestimó la apelación por estar probado que el retrayente es propietario de más de 20 hectáreas de regadío. El recurso se funda en que dos de las fincas que se le atribuyen no son de su propiedad, por aparecer inscritas en el Registro a nombre de otra persona. En realidad, las certificaciones de la Comunidad de Regentes y de la Confederación Hidrográfica del Tajo, que aseveran esa propiedad, se fundan en declaraciones del recurrente ante dichos organismos, acto propio que no se desacredita por la contradictoria pretensión de que el no figurar a su nombre en el Registro tales superficies, no pueden considerarse para descalificar su derecho a retraer. Aunque la deducción la hubiera hecho la Sala *a quo* conforme al artículo 1.253 del Código Civil ha de ser mantenida siempre que no falte el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, lo no que ocurre aquí, ya que para obtener agua para riego, declara ante estos organismos que es propietario de 22 hectáreas y que las explota directamente y, por tanto, se ajusta con rigor a las reglas del criterio humano. No es concorde el recurrente con la buena fe y la doctrina de los actos propios,

ya que reconoce eficacia a esta declaración para lo que le beneficia —obtener agua para riego— y no para lo que le perjudica —retracto—. Tampoco va contra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que si los titulares registrales eran distintas personas, que ya habían fallecido, nada impide que, con posterioridad, haya devenido propietario de tales fincas el recurrente, como él mismo ha afirmado ante dichos Organismos, sin que se pruebe que pertenecan a personas diferentes.

**APARCERIA.—NO DEDUCIR DE LOS INGRESOS QUE DEBE HACER EL APARCERO LOS GASTOS QUE LE CORRESPONDA ABONAR, SUPONDRIA UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.** (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1990.)

El Juzgado número 2 de Burgos estimó la demanda y la Audiencia confirma.

Prospera la casación. Reconocida en confesión judicial, que el aparcero no ha satisfecho la mitad de los gastos que le corresponde abonar, de la cantidad de 600.000 pesetas, considerada como beneficio líquido de la aparcería de la campaña 1984-85 por la sentencia recurrida, hay que deducir la mitad de los gastos que le corresponde abonar, pues no hacerlo supondría un enriquecimiento injusto, consecuencia de percibir ingresos, sin atender a los gastos precisos para que se produzcan. No procede la casación, en cuanto a reclamar la indemnización por las campañas 1982-83 y 1983-84 ya que éstos habían sido liquidados en su día por el propietario y el aparcero, reduciéndose, por tanto, acertadamente, a la campaña 1984-85, como hemos visto antes.

C. R. R.

## 4. DERECHO PROCESAL

POR ERNESTO CALMARZA CUENCAS

**LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTICULO 131, REGLA 5.ª, PARRAFO 1.º, DE LA LEY HIPOTECARIA NO PUEDE TACHARSE DE INCONSTITUCIONAL POR VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION, HABIDA CUENTA DE LAS PREVISIONES QUE EXISTEN FUNDAMENTALMENTE EN EL ARTICULO 130 DE LA LEY HIPOTECARIA.** (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1992 )

*Ponente:* Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada

*Hechos.*—Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Mataró se formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía, solicitando la declaración de nulidad de pleno derecho de las actuaciones seguidas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, por inconstitucionalidad y subsiguiente derogación de la norma contenida en el artículo 131, regla 5.ª, párrafo 1.º, de la LH, desde la notificación de la vertencia del procedimiento al tercer poseedor de la finca hipotecada, inclusive, y se acordarse retro-

traer las actuaciones a dicho momento procesal notificándose el procedimiento en el domicilio real.

Por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Mataró se desestimó la demanda, así como también fue desestimado el recurso de apelación subsiguiente por la Sección 11 de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación, fundamentalmente por vulneración del artículo 24 de la CE y de la regla 5.ª del artículo 131 de la LH, se DESESTIMA por la Sala en base a la siguiente

*Doctrina.*—En el juicio ejecutivo instado por el cauce del artículo 131 de la LH, se actuó conforme a la normativa aplicable; practicándose la notificación al tercer poseedor, no sólo conforme a lo dispuesto en la regla 5.ª (es decir, en el domicilio que resulte vigente en el Registro), sino en especial conforme a lo establecido en su regla 3.ª (que permite practicar la notificación bien personalmente en la persona interesada o bien en el pariente más próximo, familiar o dependiente que se hallaran en el mismo, como ocurrió en el presente caso).

Y en términos generales no puede considerarse que el seguimiento de dicha regla 5.ª suponga un desconocimiento de la titularidad efectiva y provoque la indefensión por vulneración del artículo 24 de la CE, ya que no es posible que se dé el riesgo de indefensión o perjuicio, cuando la propia LH, tiene suficientes medios para poder evitar que cualquier persona interesada, sea tercer poseedor o último titular, que se vea afectado por la existencia de ese procedimiento judicial sumario, no conozca la existencia del mismo... Esas indefensiones y ese riesgo no son reales por las previsiones y triple posibilidad que se contempla en el artículo 130 de la citada LH.

**IMPOSICION DE COSTAS.—ACCEDER A UNA DE LAS PETICIONES ALTERNATIVAS O SUBSIDIARIAS DE LA DEMANDA IMPLICA EL PRINCIPIO DE «VENCIMIENTO OBJETIVO» EN ORDEN A LA IMPOSICION DE LAS COSTAS.—LA IMPOSICION DE COSTAS POR TEMERIDAD NO ES REVISABLE EN CASACION.** (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández

*Hechos.*—Formulada ante el Juzgado de Primera Instancia de Cangas de Onís demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre acción reivindicatoria y abono de frutos, se dicta sentencia «estimando sustancialmente la demanda interpuesta» y *con imposición de costas*. La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por los demandados .. y confirma en lo demás la sentencia recurrida... incluida la condena a costas de la Primera Instancia, y sin expresa declaración de las de esta alzada.

Interpuesto recurso de casación por infracción del artículo 523.1.º y 2.º de la LEC es DESESTIMADO en base a la siguiente

*Doctrina.*—Cuando en el suplico de la demanda se contiene una petición alternativa o subsidiaria, la sentencia que accede a una de las solicitudes conlleva una *admisión total* de lo pedido, por lo que es aplicable la idea de *victus vitori* o el principio de vencimiento objetivo a los efectos de imposición de costas del artículo 523.1.º y 2.º de la LEC.

Pero, además, en el presente caso, independientemente de lo anterior, es decir, del juego *victus vitori*, tanto el juzgador de instancia como el de apela-

ción ponen de relieve la manifiesta temeridad de los demandados, y es doctrina reiterada por el Supremo la imposibilidad de revisar en casación lo relativo a la imposición de costas cuando las mismas se han impuesto por estimación de temeridad.

**LEGITIMACION ACTIVA PARA EL RECURSO DE REVISION.—ES PRECISO HABER SIDO PARTE, O, AL MENOS, ESTAR VERDADERAMENTE INTERESADO EN EL RESULTADO DEL LITIGIO EN EL QUE RECAE LA SENTENCIA FIRME CUYA ANULACION SE SOLICITA.** (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

*Hechos*—Por el Ayuntamiento de Molina de Segura se solicita revisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Mula en autos de juicio declarativo de menor cuantía promovido por don Tomás R. contra don Eduardo D. y «cualesquiera otras personas, públicas, privadas, físicas o jurídicas, ignoradas que pudieran tener interés o verse afectadas por la sentencia que pudiera dictarse».

La Sala Primera del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente

*Doctrina.*—Aunque la demanda, así como la sentencia estimatoria recaída, se refieren a otras personas ignoradas que pudieran verse afectadas, tal circunstancia no permite entender que lo fuera el Ayuntamiento dado que la cosa juzgada no opera *erga omnes*—salvo lo dispuesto en el art. 1.252.2.º del CC—y, además, en el procedimiento se ejercitó una acción meramente declarativa fundada

Carece de legitimación activa para promover el recurso extraordinario de revisión, quien no fue parte en el proceso en el que recayó la sentencia firme cuya anulación se pretende, ya que dicha sentencia sólo despliega su eficacia *inter partes*; (SSTS de 15 de diciembre de 1989 y 6 de noviembre de 1990) o, al menos, es necesario que se trate de otras personas verdaderamente interesadas en el resultado del litigio, aunque no hubieren comparecido en éste (SSTS de 23 de noviembre de 1962 y 19 de enero de 1981).

**CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO.—SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE SUMISION CONTENIDAS EN LETRAS DE CAMBIO, AUN CUANDO FIGUREN EN EL ESPACIO DE LAS CAMBIALES DESTINADO A CONTENER EL ACEPTO.** (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Mariano Martín-Granizo Fernández.

*Hechos.*—Ante un Juzgado de La Coruña (domicilio del librado de las letras de cambio) se plantea cuestión de competencia por inhibitoria, solicitando se requiriese la inhibición a un Juzgado de Valencia. El Juez de Primera Instancia de La Coruña acordó no haber lugar a requerir de inhibición, resolución ésta que, apelada por la parte que suscitó la cuestión, fue revocada por la Audiencia Provincial, acordándose requerir al citado Juzgado de Valencia.

El mencionado Juzgado de Valencia acuerda no acceder a la inhibición y remite los autos al Supremo para la decisión de competencia.

Hay que tener en cuenta además, que en las diligencias de protesto no se



hizo constar por el deudor tacha de falsedad ni alegación en contrario alguna y que en todas las letras de cambio, base del procedimiento, y en la parte del acepto se contiene una cláusula impresa con la siguiente fórmula: «sometiéndose a los Juzgados y Tribunales de Valencia con renuncia al propio fuero»

El fundamento de la cuestión de competencia por inhibitoria se hace descansar en dos argumentos: *a)* que la cláusula en cuestión fue añadida después de su aceptación y a virtud de un «estampillado» y *b)* que no ha sido firmada por el demandado sino por su hija. El Tribunal Supremo decide la cuestión de competencia a favor del Juzgado de Valencia en base a la siguiente

*Doctrina.*—La Sala, después de señalar en cuanto al primer argumento que no resulta en modo alguno que el «estampillado» haya sido añadido con posterioridad al acepto, expresa que es doctrina constante en orden a las cuestiones de competencia:

*a)* que son válidas las cláusulas de sumisión contenidas en las letras de cambio cuando en la diligencia de protesto no se haya expresado alguna de las tachas procedentes, cual es la de la firma;

*b)* que es igualmente válida la cláusula de sumisión aun cuando haya sido puesta en el espacio de las cambiales destinado a contener el acepto, dado que se trata de una práctica frecuente en el tráfico mercantil;

*c)* la manifestación de que la firma que aparece en la cláusula, carece de eficacia por no haber sido puesta por el aceptante, carece de valor en este momento procesal por no haber sido alegada en el momento procesal oportuno; esto es, con ocasión de efectuarse los protestos de las cambiales, lo que ha provocado un notorio retraso del juicio ejecutivo que implican una evidente temeridad.

**RECURSO DE REVISION.**—*ES ESENCIAL FIJAR EL DIA A PARTIR DEL CUAL SE HA DE CONTAR EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO, YA QUE ESTE PLAZO ES DE CADUCIDAD (art. 1.798 LECiv).—LA MAQUINACION FRAUDULENTE PRECISA LA PRUEBA CUMPLIDA DE HECHOS QUE EVIDENCIEN QUE LA SENTENCIA HA SIDO GANADA POR MEDIO DE ARTIFICIOS TENDENTES A IMPEDIR LA DEFENSA DEL ADVERSARIO. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1992.)*

*Ponente:* Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

*Hechos.*—Se plantea recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca, que acogió la transacción llevada a cabo por las partes en el pleito mediante comparecencia ante el órgano jurisdiccional aun antes de que se emplazase a la demandada, determinada Comunidad de Propietarios. La Comunidad demanda la revisión con base en haberse ganado injustamente la sentencia firme en virtud de maquinación fraudulenta. La Sala declara la improcedencia del recurso de revisión en base a la siguiente

*Doctrina.*—*a)* El plazo para interponer el recurso de revisión es el de tres meses, contados desde el día en que se descubriere el fraude, siendo tal plazo de caducidad; y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal *dies a quo*, que debe probarse con absoluta claridad y precisión. En este caso el recurrente no cumplió con la carga probatoria que le corresponde y ha de pechar con las consecuencias perjudiciales derivadas del *onus probandi*

b) La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que por sí mismos evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardis o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial obtenida con actividades ilícitas.

c) La maquinación fraudulenta ha de desprenderse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, y la transacción, en este caso, fue judicial, es decir, producida dentro de él.

d) Por último, el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la LECiv, sin posibilidad de extenderlos a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados, debiendo realizarse la interpretación de tales supuestos con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no tipificados en el texto legal para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho.

**INADMISION RECURSO DE CASACION.—EL AUTO JUDICIAL DICTADO EN APELACION POR LA AUDIENCIA QUE DECLARA NO HABER LUGAR AL REQUERIMIENTO DE INHIBICION NO ALCANZA LA CATEGORIA DE DIRECTAMENTE RECURRIBLE.** (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.

*Hechos.*—Denegado por el Juzgado de Primera Instancia y luego en apelación por la Audiencia Provincial el requerimiento de inhibición planteado en autos de competencia por inhibitoria, se interpone recurso de casación contra el auto judicial dictado por la Audiencia Provincial, el cual no es admitido en base a la siguiente

*Doctrina.*—La admisión del recurso depende de la interpretación que deba darse al número 4.º (antes núm. 5.º) del artículo 1.687 LECiv acerca de «las resoluciones para las que expresamente se admita en las circunstancias y con los requisitos que vengan establecidos», en relación con el párrafo 2.º del artículo 87 de la LECiv, que tras señalar en el anterior que el «auto declarando no haber lugar al requerimiento de inhibición será apelable en ambos efectos», establece que «contra los que dicten las Audiencias haciendo la misma declaración... en apelación... sólo se dará, *en su caso*, el recurso de casación...» Es doctrina jurisprudencial clara y uniforme que la frase «en su caso» no autoriza para que el recurso se interponga directamente contra el auto judicial que declare no haber lugar al requerimiento de inhibición, sino que procederá cuando se impugne por ese y, eventualmente, por otros motivos la sentencia que ponga término al pleito en la instancia.

**INCOMPETENCIA TERRITORIAL.—EL FUERO TERRITORIAL EN LOS LITIGIOS DE CARACTER CIVIL QUE INTERESAN AL ESTADO HA QUEDADO DEROGADO POR LA DISPOSICION DEROGATORIA PRIMERA DE LA LOPJ DE 1 DE JULIO DE 1985.** (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Rafael Casares Córdoba.

*Nota.*—En la presente sentencia no resulta de aplicación el párrafo 2.º del artículo 71 de la LECiv en su redacción dada por la Ley de 30 de abril de 1992 (aunque ésta ya había sido publicada), el cual consagra a nivel normativo el Fuero del Estado, ya que la demanda en que se ejercita la acción fue presentada el 11 de diciembre de 1986. Por lo tanto se atiene exclusivamente para dirimir el conflicto de incompetencia planteado a la normativa y doctrina legal vigente anterior a la reforma. Todo ello sin perjuicio del «aviso» que, *obiter dictum*, expresa el Magistrado Ponente sobre la constitucionalidad o no de la citada norma.

*Hechos.*—Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de El Ferrol se declara ser de naturaleza extraordinaria determinado siniestro y, por tanto, cubierto por el Consorcio de Compensación de Seguros. Apelada esta sentencia, es confirmada parcialmente por la Sección 4.ª de la Audiencia de La Coruña.

Contra esta última se alza la Abogacía del Estado en representación del Consorcio de Compensación de Seguros, basando su recurso de casación en cuatro motivos, el principal de ellos y al que la sentencia dedica la mayor parte, por acusación de incompetencia del Tribunal de Instancia.

El recurso es rechazado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente

*Doctrina.*—*Es doctrina* legal (SS. 5-2-1991 y 17-1-1992) que la única base o fuente que consagra (consagraba antes de la ref. de 1992) la existencia del Fuero territorial en los litigios de carácter civil que interesen al Estado (Estatuto de 21 de enero de 1925) ha sido derogada por la disposición derogatoria 1.ª de la LOPJ de 1 de julio de 1985; además su mantenimiento rompería el derecho que tienen todos los españoles a una tutela judicial efectiva, básicamente en cuanto al derecho de todos los ciudadanos al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Esta derogación lleva a un sometimiento a las reglas generales de competencia de la LECiv. El emplazamiento de la representación y defensa del Estado y organismos autónomos no contiene desviación de la normativa general de la Ley Procesal Civil y artículo 41 del CC.

Las anteriores consideraciones llevan al Magistrado Ponente a declarar incidentalmente la posibilidad de plantear o examinar «en momento procesal oportuno y, a la luz de la Constitución española, en la sede jurisdiccional que corresponda el valor del párrafo 2.º del artículo 71 de la LECiv en la redacción dada por la Ley de 30 de abril de 1992».

**RECURSO DE REVISION. ES REQUISITO ESENCIAL FIJAR EL DIA A PARTIR DEL CUAL SE HA DE CONTAR EL PLAZO DE TRES MESES PARA INTERPONERLO (art. 1.798 LECiv).—ESTE PLAZO ES DE CADUCIDAD (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1992.)**

*Ponente.* Excmo. Sr. don Luis Martínez Calcerrada y Gómez

*Hechos.*—Se interpone recurso de revisión contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial, la cual confirmaba otra de separación matrimonial que condenaba al ex esposo, ahora recurrente en revisión, al pago de determinada pensión.

En el recurso de revisión el ex esposo se refiere a pruebas fraudulentas aportadas, lo que tiene su encaje en el artículo 1.796.4.º LECiv por haberse

dictado la sentencia injustamente en virtud de maquinaciones fraudulentas de la ex esposa, que simuló dolosamente un determinado contenido de la sociedad de gananciales y unos signos externos que han llevado a la condena del recurrente al pago de una cantidad que califica de desproporcionada en relación con la realidad.

El Tribunal Supremo declara la improcedencia total de la revisión solicitada en base a la siguiente

*Doctrina.*—Es requisito esencial a cargo del que insta la revisión fijar el día a partir del cual se ha de contar el plazo de tres meses para interponer el recurso (SS. 19-1-1990 y 20-3-1992), lo que no ha sido cumplido por el recurrente en su demanda.

Ahora bien, como el recurrente se refiere a actuaciones de esta misma Sala, se acordaron las correspondientes diligencias para mejor proveer, de cuyo resultado se dedujo que había vencido el plazo de tres meses que preceptúa el artículo 1.798 LECiv para interponer el recurso con fundamento fáctico de aquellas declaraciones judiciales, plazo que siempre se ha considerado de una manera reiterada y constante como de caducidad.

**LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.—NO HAN DE SER TRAIDAS A PLEITO AQUELLAS PERSONAS A LAS QUE LA SENTENCIA QUE SE DICTE EN NADA PUEDA AFECTARLES NI TIENEN NADA QUE DEFENDER** (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1993)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

*Hechos.*—La base principal del procedimiento viene constituida por un documento privado de compraventa por el que Damián M., Francisco G. y Juan P. adquieren unas fincas urbanas por terceras partes indivisas. Posteriormente, por otro documento privado Damián M. cede su participación en las citadas fincas a sus otros dos socios. La demanda inicial la suscriben Francisco G. y los herederos del fallecido Julián P., frente a terceras personas que pretendan tener un derecho dominical sobre las fincas urbanas.

Por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada se estima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, alegada por los demandados, por no estar bien constituida la relación jurídica procesal, ya que no se han demandado a los herederos del fallecido Damián M.

Apelada esta resolución, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada estima el recurso de apelación, declarando el dominio de las fincas urbanas por mitades indivisas a favor de los demandantes.

Interpuesto recurso de casación y a pesar del conjunto de contradicciones argumentales y defectos formales que plantea, suficientes para rechazar el motivo y el recurso; no obstante, en aras de la tutela judicial efectiva se entra en el fondo y se DESESTIMA el recurso en base a la siguiente

*Doctrina.*—La doctrina jurisprudencial relativa al litisconsorcio pasivo va dirigida a que sean traídas a pleito aquellas personas a las que la sentencia que se dicte pueda afectarles al estar interesadas en la relación jurídico material controvertida, pero no aquellas otras que no son parte en el contrato básico o han dejado de serlo (como sucede en el presente caso) y que, por tanto, carecen de interés legítimo sobre las obligaciones que constituyen su objeto y por lo tanto nada tienen que defender (SSTS 30-1-1982, 9-3-1982, 24-9-1985, 7-10-1985, 24-4-1990, 6-3-1990, etc.).

**TASACION DE COSTAS.—IMPUGNACION DE HONORARIOS POR INDEBIDOS.** (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente.* Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

*Hechos.*—Interpuesto recurso de nulidad contra un laudo de arbitraje de equidad, se dictó sentencia declarando no haber lugar al mismo y como imposición de costas a la parte recurrente.

Practicada la tasación de costas a instancia de la parte recurrida, se incluyeron los honorarios del Letrado A., y dada vista de los mismos a la parte recurrente, impugnó dicha tasación por excesivos y por indebidos.

Planteada inicialmente en el mismo escrito el concepto de impugnación por indebidos y el de impugnación por excesivos, se concretó después la impugnación a determinar si eran o no debidos los honorarios, anulándose la tramitación previa que se había dado sobre honorarios excesivos.

La Sala desestima la impugnación de honorarios en base a la siguiente

*Doctrina.*—Teniendo en cuenta que el citado Letrado A. forma parte de un despacho colectivo de abogados en el que figura como uno de sus componentes el Letrado B, que fue quien personalmente asistió a la vista del recurso de nulidad de laudo arbitral de equidad y quien llevó a cabo el informe oral que la ley previene, no es procedente entender que los honorarios devengados por estas actuaciones queden desglosados de las demás actuaciones y trabajos profesionales QUE EFECTUO el Letrado A., y no hay obstáculo legal ni jurídico para que el actuante en el informe referido haya cedido por acto no impugnado, según consta en autos, sus posibles derechos a los honorarios devengados al que reclama sus honorarios.

**EL LAUDO ARBITRAL DICTADO FUERA DE PLAZO ES NULO.** (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1992)

*Ponente.* Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

*Hechos.*—Determinada sociedad acude al Juzgado de Primera Instancia demandando la formalización judicial del arbitraje, que en virtud de contrato entre las partes venía comprometido entre la misma y otra sociedad.

Por Auto del Juzgado de 12 de enero de 1989 se designan los árbitros, se expresan los asuntos a resolver y se dispone que «habrán de pronunciar el laudo en el plazo de dos meses, prorrogables por dos meses más de forma automática, a contar desde el día en que tenga lugar la última aceptación por cualquiera de los árbitros designados»

El 19 de enero de 1989 se aceptan y juran el cargo dos de los árbitros nombrados y el 23 del mismo mes y año el tercero y último.

Con fecha 27 de julio de 1989 los árbitros formulan laudo, que es protocolizado notarialmente el mismo día y notificado por cédula a la otra parte.

Contra el citado laudo se interpone recurso de nulidad, entre otros motivos, al amparo del número 2 del artículo 1 773 de la LECiv, por haber dictado los árbitros el laudo arbitral fuera del plazo señalado en el compromiso o, en su caso, en la prórroga.

La Sala declara haber lugar al recurso en base a la siguiente

*Doctrina.*—En primer lugar, es de significar que en el presente recurso es de aplicación la anterior legislación sobre la materia contenida en la ya derogada Ley de 23 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de Derecho privado, sin

que sea de aplicación el artículo 22 de la nueva Ley de 22 de diciembre de 1988 que señala el comienzo del procedimiento «cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje», criterio este que rectifica la jurisprudencia anterior (aplicable a este caso) que consideraba iniciado el procedimiento con la aceptación del árbitro.

Supuesto esto, establece el Tribunal que la nulidad del laudo arbitral por haberse dictado fuera de plazo viene impuesta por la significación que para estos procedimientos tiene el señalamiento de un plazo, pues la doctrina científica es unánime al reconocer que una de las ventajas de la institución arbitral y lo que le sirve de fundamento es que la misma dura sólo lo que las partes o, en su defecto, la formalización judicial del arbitraje determinan. Este plazo vincula a los árbitros de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral. Durante el mismo, las partes renuncian voluntariamente al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias a los árbitros, y una vez rebasado el límite se vicia de nulidad cualquier actividad arbitral extemporánea.

***LAS CLAUSULAS DE SUMISION A FUERO DEBEN SER CLARAS, PRECISAS Y TERMINANTES. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1992.)***

*Ponente.* Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

*Hechos* —En base a una discutida cláusula de sumisión se inicia un juicio ejecutivo de letra de cambio en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sabadell (domicilio de la parte actora). No aceptada la cláusula de sumisión por la parte demandada, se formula cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Jerez de la Frontera (domicilio del demandado y lugar de cumplimiento de la obligación). Apelada ante la Audiencia Provincial de Cádiz la decisión de desistimiento del requerimiento por el Juzgado de Instancia, aquel Tribunal mantuvo la competencia del Juzgado de Jerez.

El Tribunal Supremo declara competente para el conocimiento de los autos del juicio ejecutivo al Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jerez de la Frontera en base a la siguiente

*Doctrina.*—El estampillado que figura en el reverso de la letra y que dice «las partes se someten expresamente a la jurisdicción y competencia de los Juzgados de Sabadell», es una cláusula sin firma alguna que carece en absoluto de eficacia; y en el anverso de la letra, en el lugar del acepto, figura escrito a máquina la siguiente frase: «cantidad, vencimiento, domicilio y subrogación judicial SABADELL (dorso)»

La jurisprudencia es abundante y acorde en exigir que para la validez de las cláusulas sumisorias es necesario que éstas sean claras y precisas, renunciando terminantemente al fuero propio y designando con exactitud al Juez a que se someten (art. 57 LECiv). Requisitos estos que no cumple la cláusula que figura en el anverso de la letra, lo que obliga a tener por no hecha la pretendida sumisión.

**LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA EXIGE LA MAS PERFECTA IDENTIDAD ENTRE LAS COSAS, LAS CAUSAS, LAS PERSONAS DE LOS LITIGANTES Y LA CALIDAD EN QUE LO FUERON (art 1.252 CC).** (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Eduardo Fernández Cid de Temes.

*Hechos.*—Interpuesta demanda solicitando se condenase a los demandados al otorgamiento de escritura pública, se desestima por el Juzgado de Primera Instancia al acoger la excepción de cosa juzgada, y la Sección 2.ª de la Audiencia confirma esta misma resolución.

El demandante formula recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal al amparo del número 4.º del artículo 1 692 LECiv; por infracción de los artículos 1.251, párrafo 2.º, y 1.252 del CC, infringidos según el recurrente; pues lo que se ejercitó en el primer pleito, dice, fue el intento de que se reconociese un derecho y, si éste se reconocía, que se elevase a escritura pública el documento privado, pretendiéndose ahora únicamente la elevación a escritura pública. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación en base a la siguiente

*Doctrina.*—El recurso ha de ser desestimado porque el actor había presentado en 1982 una demanda contra las mismas personas y con idénticas pretensiones que fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia

Entre este caso ya resuelto y el de este pleito en que se invoca la cosa juzgada concurre, cual exige el artículo 1.252 del CC, la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad en que lo fueron; y además es idéntica la «razón decisiva» de ambas sentencias sobre el mismo fondo, es decir, sobre los hechos y los fundamentos de Derecho

**INADMISION RECURSO DE CASACION.—LAS RESOLUCIONES CONTRA LAS QUE PROCEDE EL RECURSO DE CASACION ESTAN TAXATIVAMENTE DETERMINADAS EN EL ARTICULO 1.687 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, SUPONIENDO LAS CITAS CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 403 Y 404 DE LA MISMA LEY PROCESAL MERAS REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS DEL APARTADO 5.º (HOY APARTADO 4.º) DEL PRECEPTO BASICO.** (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1992.)

*Ponente:* Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade

*Hechos.*—Iniciado un procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, el Abogado del Estado, en nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial, interpuso una demanda de tercería de mejor derecho. El Juzgado dictó providencia denegando la admisión a trámite de tal tercería alegando que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria no admite otras reclamaciones que no sean las que en el mismo se indican. Contra esta providencia se interpuso el correspondiente recurso de reposición, cuya denegación dio lugar a la subsiguiente apelación ante la Audiencia, la cual desestimó asimismo tal recurso.

Frente a esta última resolución se interpone recurso de casación al amparo de los artículos 403, 1 687.1.º y 1.689 de la LECiv, al entender la parte recurrente que el Auto de la Audiencia había puesto término a la tercería de mejor derecho promovida.

La Sala Primera declara la INADMISIBILIDAD del recurso de casación en base a la siguiente

*Doctrina.*—Las resoluciones contra las que procede el recurso de casación están taxativamente determinadas en el artículo 1.687 de la LECiv, suponiendo las citas contenidas en los artículos 403 y 404 de la misma Ley Procesal meras referencias complementarias del apartado 5.º del precepto básico (hoy apartado 4.º).

El párrafo 1º del artículo 1 687 LECiv señalado en el recurso no guarda, evidentemente, ninguna relación con el presente caso. Y en cuanto a los artículos 403 y 1 689, ambos casos se están refiriendo a aquellas resoluciones definitivas que pongan término al proceso, haciendo imposible su continuación.

Supuesto esto y considerando la naturaleza de procedimiento accesorio que la jurisprudencia viene atribuyendo a las tercerías y el carácter definitivo que tienen las resoluciones recaídas en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (a virtud de la remisión al correspondiente juicio declarativo ordinario, que de un modo genérico hace referencia al pfo. 6.º de la regla 4.ª del art. 132 de la misma Ley), resulta obligado declarar la inadmisibilidad del recurso de casación.

E. C. C.



# INFORMACION BIBLIOGRAFICA



GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II: «El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad», Editorial Cívitas, Madrid, 1993, 795 págs.

Desde 1988 en que apareció el primer tomo de esta obra hemos estado esperando su continuación en la certeza de que el siguiente tomo alcanzaría la misma tónica. Conociendo al autor no podía ser de otro modo y la espera lo ha merecido.

No es cosa de andar ahora presentando a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Barcelona, uno de los que mayores prestigios está aportando a nuestra carrera. Sus actividades doctrinales continuas, sus libros y sus trabajos que ven la luz frecuentemente en varias publicaciones profesionales le otorgan una autoridad unánimemente reconocida. Ahora la lectura de este nuevo tomo nos confirma la idea de que José Manuel se encuentra en plena forma y son de esperar de su pluma aún mejores cosas, por muy difícil que esto pueda parecer.

Sabemos que tiene en el telar su tesis doctoral y anda ocupado siempre en el sinfín de artículos y comentarios que surgen de las cuestiones profesionales de cada día, que suelen girar sobre puntos candentes que no admiten demora. Eso hará que hayamos de esperar algo la continuación de esta obra. Mientras, seguiremos leyendo en esta REVISTA, en el Boletín del Colegio o en el del Centro de Estudios Registrales de Cataluña los estudios certeros y acabados de José Manuel.

La obra es larga y afanosa, pero la base doctrinal y la laboriosidad del autor son grandes. Por eso creemos en un final fructífero. De momento ya está aquí el segundo tomo, que comprende, como indica el subtítulo, el concepto de tercero y los principios de inoponibilidad, fe pública y prioridad, que es tanto como decir los temas centrales de nuestro sistema hipotecario.

Es sabido que la figura del tercero, que es el eje sobre el que giran los efectos de la publicidad registral en España, no está nítidamente determinada y ha sido objeto de inacabables discusiones y diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales. Entre la elemental noción de que es tercero quien no es parte y la más alambicada definición exigente de detallados requisitos hay toda una numerosa gama de construcciones que casi siempre oscilan alrededor de las dos posturas de «monistas» y «dualistas».

El autor expone la materia con total amplitud, contraponiendo al tercero genérico cubierto por los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil frente al tercero protegido de nulidades o resoluciones del artículo 34 de dicha Ley. El tercero del artículo 32 es el defendido por el principio de inoponibilidad, es el que inscribe en el Registro y al que no le perjudica lo que no está inscrito. En cambio, el protegido por el artículo 34 o principio de la fe pública supone una modalización o excepción de la regla del artículo 33 de

la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción, unida a otros varios requisitos, permite convalidar los actos posteriores al contrato nulo, que en otro caso caerían arrastrados por los efectos en cadena de toda nulidad.

Tras reflejar una cuidadosa evolución histórica del tema, entra en el fundamento del principio de inoponibilidad que consiste en la eficacia de la publicidad registral por sí misma y en el propósito del legislador de luchar contra la clandestinidad inmobiliaria; de ahí la norma legal: los títulos no inscritos en el Registro no perjudican a tercero. Según esto, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que la doble venta, a la que serían aplicables los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1.473 del Código, representa un supuesto de adquisición *a dómino*, a diferencia del caso del artículo 34 de la Ley que se refiere a la nulidad de la previa transmisión y por tanto es una adquisición *a non dómino*.

En los capítulos III y IV del libro se recogen extensamente las diversas opiniones doctrinales sobre el particular, agrupadas, como ya sabemos, alrededor de las dos posturas fundamentales, que son las llamadas tesis monista o dualista.

La primera ve sólo un tercero de la legislación española, que es el tercero de la fe pública registral del artículo 34, las demás alusiones al tercero en otros preceptos no son más que meras manifestaciones de aquél.

En cambio, la tesis dualista del tercero, sin desconocer que existe una pluralidad de terceros, se centra en distinguir claramente entre los supuestos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, que corresponden a conceptos diferentes, a realidades o supuestos de hecho distintos y, por tanto, con dispar exigencia de requisitos.

A lo largo de 110 páginas JOSÉ MANUEL GARCÍA resume las opiniones de los autores y termina dando la suya, que se inclina al dualismo. Considera que los artículos 32 y 34 son distintos, tanto en su fundamento e ideas motrices como en los requisitos para su aplicación. En contra de la opinión de los monistas, considera el autor que el texto del artículo 32 no exige ninguno de los requisitos que señala el artículo 34; así, nos dice, el requisito de la previa inscripción no se le pide al tercero del artículo 32, ni tampoco la onerosidad de la adquisición; en cuanto a la buena fe la considera también exigible aquí, pero no por la misma razón que en caso del artículo 34 que responde a otra motivación.

Con un repaso amplio y detallado a sus modalidades y excepciones acaba el estudio completísimo de este principio de inoponibilidad, que había definido al principio como aquel en cuya virtud los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho. En 225 páginas de densísima doctrina el autor nos ha hecho una gran exposición de este principio.

A continuación, en los diez capítulos siguientes, se estudia el principio de la fe pública registral, basado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, característico de nuestro sistema por su protección de ese otro tercero singular. La altura doctrinal del estudio es francamente extraordinaria.

Concibe el autor el principio de la fe pública como aquel en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición *a non dómino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley. A diferencia del artículo 32 cuyo fundamento es la eficacia de la publicidad contra la clandestinidad, este artículo 34 se mueve en un campo totalmente distinto

en cuanto que, presuponiendo la nulidad o resolución de los efectos del negocio precedente, opera una protección que se basa en la confianza en la apariencia registral, originando una auténtica adquisición de quien no es dueño JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia ampliamente estas ideas clave que sirven de base a la construcción del artículo 34 y analiza los precedentes y evolución legislativa del precepto, hasta llegar a su formulación actual.

Los requisitos para su aplicación han sido ampliamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia y en el libro se recoge el tema en todas sus variantes, con especial énfasis en la buena fe, su punto central, al que el autor también concede una atención extraordinaria.

Otro tanto hace respecto a los efectos de este principio. De nuevo recalca el autor las distintas consecuencias que le atribuyen las que antes llamó tesis monista y dualista del tercero. Para los primeros, los artículos 32 y 34 responden a una misma idea, ya que en ambos se manifiesta el efecto de la adquisición *a non domino*. En cambio, para la tesis dualista esta adquisición *a non domino* sólo se produce en el artículo 34, es decir, cuando civilmente no existe título. Todo el capítulo se dedica a este asunto puntual, con las diversas opiniones doctrinales que el autor analiza de modo magistral.

En otros tres capítulos se contemplan, o casos de no aplicación (datos físicos de la finca, estado civil de las personas y derechos obligacionales y menciones), o casos de excepción propiamente dicha del principio de la fe pública, bien por vía de suspensión de efectos o de simple no aplicación.

Dentro todavía del principio de fe pública registral, JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia las relaciones de los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, empezando por resaltar los principales errores en que, a su juicio, han incurrido algunos hipotecaristas al interpretar este último precepto. Así, nos dice, algunos creen que a efectos de la rescisión por fraude de acreedores es necesario distinguir entre adquirentes del deudor y los subadquirentes; otros olvidan la distinción de las varias clases de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias; por último, algunos civilistas creen que todas las acciones rescisorias quedan paralizadas ante los terceros de buena fe a título oneroso, olvidando que la acción pauliana tiene un efecto restitutorio real y retroactivo.

El autor nos dice que el artículo 37 es un precepto que debe diferenciarse del 34, pues el primero hace referencia a acciones de efectos personales u obligacionales, mientras que el 34 se refiere a acciones de nulidad de eficacia real. El principal problema consiste en delimitar en cada caso cuándo nos hallamos ante acciones de uno u otro tipo, que es lo que José Manuel intenta y consigue en un estudio definitivo. Empieza haciendo un *iter* histórico y comparativo de estas acciones en las sucesivas redacciones de la Ley Hipotecaria y en relación con el Código Civil, para entrar después en el estudio de la acción pauliana a la luz de la tesis de su efecto restitutorio y real que mantuviera el profesor FEDERICO DE CASTRO, para terminar analizando toda una larga lista de casos de las distintas acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que se contemplan en determinados preceptos legales, con una gran riqueza de matices, lo que compone un trabajo minucioso y completísimo.

La tercera parte del libro está dedicada al principio de prioridad. Aquí está nuestro profesional «prior tempore, potior iure», que constituye una de las características de los derechos reales, frente al principio de «pars conditio creditorum» de los obligacionales.

Partiendo de que pueden existir varios derechos en conflicto sobre un mismo inmueble, es preciso determinar cuál de ellos es preferente sobre los

demás; eso es lo que se pretende organizar con este principio de prioridad. JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia la formulación legislativa y doctrinal de la prioridad y pone este principio en relación con los demás del sistema hipotecario, trayendo a colación abundante doctrina de la Dirección General respecto a cada uno de los casos que toca

Como la presentación es el determinante de la prioridad, el autor hace un análisis completo del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, sus supuestos y los efectos del asiento de presentación en relación con el asiento de inscripción subsiguiente. En el II Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1974 se debatió la cuestión de la llamada «reserva de prioridad», que contaba con el antecedente de la legislación argentina. JOSÉ MANUEL GARCÍA, tras estudiar este sistema y las posturas doctrinales, recoge la solución de compromiso a que se llegó en el Congreso, consistente en que si bien teóricamente sería conveniente aceptar la reserva de prioridad, esto habrá de hacerse de acuerdo con las peculiaridades del sistema jurídico de cada legislación nacional, lo cual implicaría en nuestro caso la correspondiente reforma del ordenamiento jurídico sustantivo, ya que de otro modo se produciría un divorcio entre el Derecho hipotecario y el Derecho civil.

Dentro del principio de prioridad tiene un lugar destacado el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, constituyendo una de sus manifestaciones esenciales y que ha sido objeto de perfeccionamiento desde su redacción inicial hasta la actual a través de las diversas reformas que el autor contempla. Estudia sus requisitos y los varios supuestos de aplicación y su efecto fundamental que es el cierre que produce el título que primero llega al Registro respecto a todo otro incompatible, de modo que la institución encargada de la publicidad sólo exteriorizará una única transmisión, la que se considera eficaz por su prioridad. Con ello se evita que consten titularidades opuestas, no hay confusiones y se ahorran pleitos

Junto a la prioridad excluyente, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA estudia la relativa, referida a la pluralidad de derechos reales que pueden coexistir sobre un mismo inmueble, es decir, en el campo propio del rango, preferencia u ordenación entre esos varios derechos reales. Comparando los distintos sistemas sobre este particular, el autor considera más adecuado mantener para el ordenamiento español el sistema de avance de puestos o de rango variable que no el de puestos fijos; con todo, estudia las posibilidades de la negociación, la posposición y la permuta de rangos, analizando si es necesario el consentimiento del titular de la finca y sobre todo el de los titulares de derechos intermedios que sí pueden verse afectados por esas variaciones.

En el último capítulo del libro, JOSÉ MANUEL GARCÍA aborda una serie de espinosos problemas relativos a la aplicación del rango de determinadas instituciones y cuyas soluciones no siempre producen opiniones acordes de los autores ni de la jurisprudencia. Tal ocurre con el funcionamiento del rango en la ejecución de hipotecas y en las condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado; el rango en las anotaciones preventivas de embargo es un semillero de opiniones discordantes que el autor analiza. Otro tanto ocurre con el problema de la preferencia o no de los acreedores de la herencia sobre los acreedores particulares del heredero en los casos de aceptación pura y simple, punto en el que el autor razona su disenso de la tesis de otro conocido tratadista y compañero. Por último se estudia la prioridad de las anotaciones preventivas a las que el legislador reserva por cierto plazo un determinado rango y la excepción que supone el conceder un rango por par-

celas de valor en los casos de anotación por créditos refaccionarios.

No tengo más remedio que repetir lo que dije al presentar el primer tomo de esta obra: Me considero incapaz de resumir, también ahora, estos espléndidos ocho centenares de páginas, pletóricas de buena ciencia y opiniones valiosísimas, que contienen un verdadero aluvión de citas, datos y sentencias. Al igual que el primer tomo, éste suscitará comentarios y, quizá, alguna polémica; como es natural y humano, unos opinarán de acuerdo y otros de modo distinto. Pero lo importante es que el nuevo tomo sigue la línea de gran altura que tuvo el anterior, lo que nos hace esperar que el tono se mantenga en los venideros.

Otra vez enhorabuena, amigo José Manuel. Sigue en alza tu prestigio, del que de paso nos lucramos todos cuantos formamos parte de este honroso cuerpo profesional. Tu obra es ya básica e imprescindible para ser consultada en los diarios problems de nuestros despachos. Muchas gracias por tu labor

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FERRARI, ALDO: *Il supercondominio*, CEDAM, Padova, 1992

El tejido urbano, desde hace unos decenios y favorecido incluso por la política urbanística, se ha hecho extraordinariamente complejo. Grandes estructuras, centros polivantes y conjuntos residenciales indican un cambio de sistema de vida o de convivencia. No se trata ya del edificio en propiedad horizontal (en Italia, condominio y regulado por el CC), sino de un conjunto con varios edificios, espacios verdes o zonas comunes, viales y hasta servicios. Nuestro autor pone el ejemplo de Corviale, a poca distancia de Roma, sin solución de continuidad a lo largo de un kilómetro.

Sólo la legislación urbanística les ha dedicado especial atención, aunque en ocasiones para complicar su vida. La disciplina común y civil las ha abandonado en el limbo de la indiferencia y la doctrina italiana se debate entre si aplicarles las normas generales de la comunidad o las específicas del condominio de edificios, o sea, las de la propiedad horizontal.

De todas formas, la doctrina es escasa y FERRARI sólo cita obras de GALLETTO, NICOLETTI, CORONA y BASILE, que tratan del tema, y de ellas sólo la de CORONA está específicamente dedicada al mismo. La jurisprudencia es escasa y en algún caso contradictoria. Se inicia en 1963

Un examen superficial pone pronto de manifiesto que bajo el *nomen iuris* de supercondominio se agrupan supuestos de hecho heterogéneos no susceptibles de un idéntico régimen jurídico. Se estima que el supercondominio aparece cuando varios edificios (divididos o no en PH) disfrutan de elementos o servicios comunes. Entre los ejemplos de diversidad, y no exhaustivamente, FERRARI cita los siguientes:

a) Los campos de deportes anejos a varios edificios, de mayor valor y trascendencia que éstos, paradigma los de golf. A los titulares de apartamentos se les debe garantizar la posibilidad de utilizar las instalaciones deportivas y nuestro autor sugiere que en este caso la solución más apropiada es la de constituir un consorcio con los elementos deportivos, con igual titularidad que la de los habitáculos.

b) Son muchos los complejos inmobiliarios de carácter turístico dotados de restaurantes, instalaciones lúdicas o deportivas, servicios de transporte,

etc., accesibles incluso a no titulares del inmueble y hasta con finalidad lucrativa. En este caso nos hallamos ante verdaderas sociedades, con actividades empresariales que hay que estructurar delicadamente al objeto de que los partícipes o titulares del complejo no sólo no queden privados de su goce por el acceso de extraños, sino que resulten beneficiados, en lo posible, disminuyendo los dispendios de mantenimiento.

c) Otro supuesto es aquel en que los bienes de uso común no son simples accesorios de los condominiales, sino susceptibles de goce independiente y más destinados al servicio de los ocupantes transitorios de los inmuebles que al de los copropietarios. El vínculo de unión entre bienes comunes y edificios es más bien funcional que no espacial. Posiblemente les son aplicables más las normas de la comunidad que las del condominio, con excepciones importantes, entre ellas la posibilidad de poner fin a la comunidad por mera voluntad unilateral.

d) La constitución de servidumbres recíprocas puede alcanzar las propias finalidades y su perfecta regulación suplir complejas reglamentaciones. En la experiencia notarial ya lejana del que suscribe aparecen urbanizaciones con limitaciones y otras regulaciones de edificación y servicios de agua, iluminación, limpieza, viales y otros comunes en las que se adquiría una parcela y una participación indivisa de otra que pasaba a ser predio dominante y en la que radicaban las bases de los servicios comunes o los viales, hasta que de éstos se hacía cargo el municipio. Ello permitía un eficaz acceso al control de servicios comunes radicantes en la parcela indivisa (depósitos de agua, transformadores) y una garantía de la uniformidad de la zona urbanizable.

e) En una sentencia del Tribunal de Milán de 1988 aparece la posibilidad de crear *subcondominios*, zonas o servicios a los que sólo tendrían acceso los titulares de ciertas partes del supercondominio. FERRARI estima muy discutible la postura indicada. Es materia en la que debe profundizarse.

f) Pueden existir supercondominios con elementos heterogéneos, algunos necesariamente funcionales y otros susceptibles de goce autónomo e incluso dependiente. En estos casos precisa una compleja regulación que en ocasiones recurrirá a las normas de la comunidad y en otras a las del condominio o propiedad horizontal.

El simple enunciado de tales supuestos muestra que el condominio es un enorme mar que difícilmente puede disciplinarse con normas escuetas y generales como ha pretendido algún proyecto como el borrador de conjuntos inmobiliarios español de 20 de octubre de 1989, susceptible de considerable mejora, pues no sólo elimina la limitación de responsabilidad, ineludible en ciertos casos, que contenía el de febrero de 1988, sino que se entretiene considerablemente en materia de administración y gestión, que también estudia ampliamente la obra epigrafiada, estableciendo ésta sobre unas bases elementales que apenas si merecen calificarse de abrigos para verano, entre los que podría destacarse la representación de los propietarios residentes en el extranjero por un funcionario de Turismo. Hay que tener en cuenta que muchos de los citados complejos o de multipropiedades son realmente de índole empresarial, diseñados por poderosas entidades que no sólo obtienen grandes beneficios con la venta a *tranches*, sino también controlando la administración, que permite cuantiosos ingresos sin riesgo alguno y aunque el complejo sufra grandes pérdidas. Y de existir beneficios, un considerable porcentaje se dedica a conservación y mejora, manteniendo en perfecto estado los departamentos y pro-



curando que los escasos ingresos o múltiples gastos obliguen a los partícipes a vender a precios irrisorios sus derechos a la administradora, que normalmente es sólo el tentáculo de una poderosísima empresa.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BOAT, PIERRE ANTOINE, y CHABERT, PIERRE YVES: *Les swaps*, Ed. Masson, París, 1991.

Se ha hablado del *ius pauperum*, de las pequeñeces que sólo son símbolos o síntomas. CARBONNIER indicaba que *peu de chose, peu de plaid*, y en Alemania se habla de aquello *die der Muhe nicht werth*. El tema de la obra es el polo opuesto de las bagatelas jurídicas, ya que se desarrolla normalmente en esferas internacionales y en voluminosas cuantías. Pero su contraste con el mundo inmobiliario es tan acentuado no sólo en lo sustantivo, sino en lo adjetivo, con procedimientos que evitan reiterativas cláusulas en documentos fundamentalmente estandarizados, que juzgamos de interés aparezcan en un mundo en el que campea lo tradicional, con su lentitud y elevado coste, y cláusulas de contratos masivos, hipotecas o ventas, estatutos de sociedades o comunidades, que se repiten en documentos y registros, sin que en el horizonte puedan otearse los más leves intentos de simplificación.

Las estructuras financieras de los Estados desarrollados desde hace poco más de un lustro están sometidas a un proceso de refinamiento. La panoplia va completándose con nuevos útiles, procedentes generalmente de los prácticos de las finanzas o los servicios jurídicos (*back office*). Los Swaps constituyen una de las innovaciones y están motivadas por la reticencia a recurrir ciegamente al endeudamiento, reducir sus riesgos y los de la alteración del cambio de divisas y de los tipos de interés. No sólo han adquirido increíble desarrollo en la esfera privada, sino que el instituto se utiliza también por el Tesoro para la emisión de deuda pública.

A partir de 1970, aproximadamente, alcanzaron destacado éxito los *parallel loans* o préstamos paralelos y los *back to back loans*, préstamos adosados, técnicas que, aparte cubrir riesgos, trataban de evitar las reglamentaciones draconianas —en especial las británicas— para los financiamientos exteriores. Los primeros consistían esquemáticamente en préstamos recíprocos en distintas divisas, pero de igual importe: una sociedad madre americana prestaba dólares a la sucursal de una francesa en Estados Unidos, mientras que la sucursal de la americana en Francia obtenía un préstamo de la sociedad madre francesa; el número de contratantes era indeterminado. En los préstamos adosados sólo podían intervenir las sociedades matrices, además de otras singularidades.

Estos instrumentos se revelaron como sumamente eficaces para los indicados fines: facilitar divisas, cubrir riesgos de cambios y disminuir costes. Pero exigían una compleja documentación y para evitarla aparecieron los Swaps, que simplifican considerablemente el tecnicismo. El primero aparece en 1976, pero su consolidación no se produce hasta 1981, a partir de cuya fecha el desenvolvimiento es vertiginoso, con intermediarios abundantes y superespecializados.

Inmediatamente aparecen dos categorías: los de divisas y los de tipos de interés. Los primeros pueden ser simples y con o sin transferencia inicial de divisa; los segundos, con intereses fijos o variables y con liquidaciones parciales

o sólo al término de la operación, cuyo plazo acostumbra a ser dilatado. Adoptan múltiples variedades y hasta se ha hablado del *plan vainilla swap*, de los *cocktails swaps*, de los *amortizing*, los *draudown swaps*, los diferidos y bastantes otras formas híbridas hasta alcanzar las opciones de swap: las *swaptions*.

Elaborado el instituto en el contexto legal anglosajón, su definición jurídica en el mundo continental no resulta fácil, ya que al hacerse complejo, más que un contrato es una familia de contratos. No obstante, puede indicarse que es contrato consensual, normalmente no formal, sinalagmático, oneroso, que no requiere *intuitus personae* y que se desarrolla en un mercado internacional que funciona veinticuatro horas al día. Las operaciones se conciertan telefónicamente, se confirman por télex y la documentación escrita se redacta con posterioridad por los servicios jurídicos. Los *Master Agreements*, compilaciones de definiciones, cláusulas y tablas se utilizan en el estadio preparatorio como referencia. Para la elaboración del definitivo se acude a los cuatro códigos privados que han sido elaborados hasta la fecha: el ISDA (*International Swap Dealers Association*), el del *British Bankers' Association*, el AFB (*Association Française des Banques*) y el *Australian Interest Rate Swap*.

Los contratos definitivos aluden al contenido de estos códigos como si se tratara de un articulado legal, aceptando o rechazando cláusulas o tablas mediante un anexo o *Schedule*.

La definición que proponen los autores para tales contratos en el ámbito del *Civil law* es la siguiente: Familia de contratos en los que los contratantes quedan obligados recíprocamente a pagar, según las modalidades previstas inicialmente en la misma o en diferentes divisas, importes calculados con referencia a las variaciones o flujos financieros ligados a activos o pasivos monetarios, reales o ficticios considerados subyacentes.

Tal vez la citada definición no destaque la importancia de los *marchés sur taux d'intérêt*, los MATIF, y tampoco ponga de relieve que no nos hallamos ante juegos de azar. Para evitar tal condición se modificó hasta el Código Civil francés, y actualmente también en Luxemburgo, en forma explícita, se admiten tales operaciones financieras, que tampoco encuentran inconveniente en la *Gaming Act* inglesa, en el BGB o el Código belga. Sin embargo, se consideran contratos de cobertura, arbitraje y especulación.

Los resultados pueden garantizarse incluso en forma real. Los autores señalan sus diferencias con la prenda, el depósito o el préstamo cruzados, la venta a *retro* y otros y, con alguna jurisprudencia (italiana), los consideran contratos innominados no comprendidos en ninguna figura de los Códigos continentales.

Algunas de las cláusulas comprendidas en los menús contenidos en los cuatro Códigos privados citados son curiosas por referirse a problemas poco comunes: la considerable incidencia de la fiscalidad de los distintos países; las cláusulas denominadas *groos-up* tienen especial relación con la retención en la fuente en uno solo de los países en los que el contrato ha de surtir efecto; también las diferencias de horario y la de días feriados, a los efectos de cumplimiento; la determinación de quién es el primero que debe cumplir para que, en su caso, el otro contratante pueda abstenerse de realizarlo y aun solicitar la resolución; la cuantía de las indemnizaciones, con referencia a tablas; bases de cálculo de tipos de interés como de cambio de divisas y muchas otras peculiaridades ausentes en la contratación ordinaria, y no digamos en la inmobiliaria actual.

FIDUCIA, TRUST, MANDATO ED AGENCIA: *Convegno di studio «Madonna di Campiglio»*, Quaderno 2, Giuffrè, Milano, 1991.

Cada edad, cada generación, intenta instaurar un mundo más perfecto, reexamina viejos problemas a través de otras perspectivas y trata de ajustar soluciones mediante nuevas técnicas que en la actualidad tienen, en muchos casos, carácter transnacional. Frente a *Common law* y *Civil law* aparece inesperadamente una especie de esperanto jurídico que en disquisiciones doctrinales y hasta en convenciones internacionales como en la de La Haya, que se citará, intentan refundir sistemas jurídicos diversos. Mientras se publican obras de Derecho comparado, como la reciente de CANDIAN, GAMBARO y POZZO, que analizan institutos diversos pero emparentados, como son *Property*, *Propriété*, *Eigentum*, los Fondos de Inversión e instituciones singulares que tratan de entroncarse en el entramado romanista.

La obra enunciada corresponde a uno de los Convenios que bajo el patrocinio del Consejo Notarial de Trento y la dirección de UMBERTO MORELLO se celebran en el indicado punto. Las aportaciones al tema revisten considerable interés, pues entre los ponentes figuran nombres cuyas posturas han sido aceptadas por la jurisprudencia, pese a que la doctrina no las comparte con igual unanimidad.

Es el caso de CESARE GRASSETTI, que se centra en la fiducia o el negocio fiduciario, que la pandectística ha distinguido perfectamente del simulado, y ha mostrado las dos versiones de la fiducia *cum creditore*, en función de garantía, y aquella destinada a ejecutar un encargo, principal motivo de la *cum amico*.

Esta fiducia romanista no aparece al exterior y se caracteriza por la posición de plena titularidad *erga omnes*, complementada con un interno *pactum fiduciae* que desconocen los terceros. La versión germana sí que se manifiesta, y no sólo con los vínculos personales, sino en ciertos supuestos, como los de fallecimiento del fiduciario, ejercicio abusivo, etc., como una verdadera condición resolutoria que refuerza considerablemente la posición del beneficiario.

GRASSETTI elude el *numerus clausus* en los derechos reales con la construcción de los negocios con efectos reales y adiciona la *causae fiduciae* a las clásicas *solvendi*, *credendi*, *donandi*. Esto no lo admiten muchos autores, como PUGLIATTI o MORELLO. Pero GRASSETTI nos habla de la propiedad instrumental como las enajenaciones *sub modo*, la del mandatario que adquiere por cuenta ajena e incluso de supuestos de derecho de familia, como los matrimonios que se contraen para eludir una persecución u obtener una nacionalidad, que son reales matrimonios, no simulados, pero con una finalidad atípica.

MORELLO coincide con GRASSETTI en numerosos puntos y hace constar que el negocio fiduciario podía funcionar muy bien cuando la distinción entre título y modo era diáfana, pues la base de la transmisión es un acto abstracto; rechaza la innovación de la *causae fiduciae*, como hemos dicho, y señala que la fiducia es fundamentalmente una categoría socioeconómica, no jurídica; los elementos metajurídicos, honestidad, confianza, etc., fueron ya destacados por LIPARI. Pero dado el reconocimiento de la fiducia con su naturaleza bifronte por la jurisprudencia, realiza una sutil y profunda separación de la misma de otros institutos próximos como simulación o mandato sin representación, así como las distinciones entre fiducia estática y dinámica y los problemas de la *post mortem*. La regulación de las sociedades fiduciarias en Italia, los contratos de administración fiduciaria y su confusa naturaleza y las sociedades de

inversión, los Fondos y la *Agency Scrow*, depósitos en garantía. El Tratado de La Haya de 1 de julio de 1985; el Coloquio de París en el que se diseñó un proyecto de Ley, los legales modales; la Fundación Francia que permite dar cumplimiento a voluntades liberales, bien mediante servicios fiduciarios especializados o mediante el *trust*, que no es un contrato, sino una institución peculiar que en ocasiones se utiliza para la multipropiedad, en especial en los casos que se complementa con servicios hoteleros, que son la mayoría, son analizados en forma atractiva, con leves trazos magistrales.

El *Trust y el sistema italiano* es el título de la aportación de MAURIZIO LUPOI, a la que siguen otras de TONDO, PICCOLI, GRIMALDI, GALIMARD, que examina con detalle el viejo problema de las *mortis causae* y las *post mortem*; SCOCA, SANTANGELO, VOIELLO, PROVAGGI, centrada en la *Agency Scrow*, BARONE en la responsabilidad notarial, concluyendo con un estudio de FABIO MARCHETTI que destaca la importancia del tratamiento tributario en estos temas. No es posible examinarlas con detalle y además ello daría lugar a múltiples reiteraciones; pero tal vez sea ocasión de recordar que hace diez años se celebró en Madrid una Convención sobre el tema, organizada por el Banco de Bilbao y el de México, donde la institución se denomina *fideicomiso*, en la que se llegó a la conclusión de que las únicas entidades jurídicas susceptibles de la confianza suficiente para desempeñar el cargo de fiduciarios eran los bancos. Esta propuesta del Banco Nacional de México es la aceptada por otros países iberoamericanos.

Aunque una de las ponencias hace referencia a las interesantes instituciones francesas, no hay alusión alguna ni a los *community trusts* americanos ni a instituciones similares creadas en Quebec, Japón, Etiopía o Liechtenstein.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

PETTARIN, GUIDO GERMANO: *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Giuffrè, Milano, 1992.

Aunque las pequeñas empresas tienen muchos aspectos positivos y las excesivamente grandes muchos riesgos, el momento histórico económico actual se caracteriza por las concentraciones empresariales mediante unificaciones, alianzas o colaboraciones, en muchos casos internacionales, pues el mundo ha quedado reducido a una pequeña población con la rapidez de comunicaciones y transportes. Con ello se trata de obtener el máximo rendimiento económico aun teniendo que sortear las normas *antitrust* que, en defensa de los pequeños consumidores, se dictaron en Norteamérica, primero, y han sido seguidas por la CEE y los Estados en ella integrados.

Nuestro autor recuerda que en Italia, después de veinte años de desinterés, en 1990 y 1992 con solo dos leyes se recibieron más de 200 normas de la CEE, de ellas seis Directivas societarias, pues otras tres están en estado de propuesta y una en la de proyecto.

La vitalidad de la economía se manifiesta en el constante trasiego de estructuras y titularidades empresariales que revisten infinitas modalidades tanto en la esfera de participaciones directa en los riesgos, en el área empresarial, como en la de coordinación de actividades productivas o comerciales, que PETTARIN trata de analizar concentrándolas en las típicas y más destacadas: adquisición, fusión y escisión de sociedades, pues las empresas de cierta en-

vergadura adoptan esta forma jurídica. La obra epigrafiada procede a su análisis con extremo detalle citando, en el curso de sus respectivos procesos, abundante bibliografía para cada estación, concretando en muchas ocasiones las correspondientes páginas, con lo que su obra adquiere un considerable valor práctico.

Los aspectos fiscales, de tanta trascendencia, están presentes a lo largo de los capítulos, aunque concretados a la legislación italiana.

**ADQUISICION.** Las perspectivas psicológicas, económicas o fiscales incitan u obligan a adoptar múltiples estrategias o combinaciones: arriendo, *leasing*, cesión o aportación, adquisición de acciones o participaciones que permitan un cierto o total control, *joint ventures*, consorcios, carteles y los procesos conocidos en América, pero ya practicados en Europa, con los nombres de *Leveraged buyouts* y su variante de *Merger leveraged buyout*, consistentes, esencialmente, en adquirir el control de una sociedad (*targer company*) mediante financiación de terceros y fusionarla con otra de nueva creación (*newco* o *shellco*), satisfaciendo los créditos con parte del patrimonio de la sociedad controlada y normalmente absorbida. El control puede adquirirse mediante la obtención del paquete de acciones necesario para alcanzar la conformidad de la Asamblea extraordinaria o a través de un lento *ramassage* o la puesta en marcha de una OPA. Todo ello puede presentar delicados problemas éticos y de legitimidad.

No nos entretenemos en el análisis de los restantes procedimientos de adquisición, aunque sí queremos hacer constar que en diversos puntos de la obra se plantea la naturaleza del contrato consensual o real de la adquisición de acciones, con detalle de los autores y sus respectivas posturas, predominando los de la solución del contrato real, criterio que también acepta la escasa jurisprudencia.

Las negociaciones precontractuales dan lugar no sólo a las llamadas *letter d'intento*, sino también a las cláusulas *non shop*, que protegen al posible vendedor en relación a las informaciones facilitadas, las *standstill*, por las que se obligan a no realizar negociaciones paralelas o aquellas que prohíben hacer ofertas a empleados de la posible vendedora.

Como en las acciones no se transmiten bienes del activo de la sociedad, no hay posibilidad en relación a éstos de evicción o saneamiento, pero pueden estipularse garantías, a veces sofisticadas y clasificadas en sintéticas y analíticas, respecto de la existencia de determinados bienes o inexistencia de deudas u otras fórmulas de tutela de los intereses de las partes. El *closing* del precontrato o contrato inicia la ejecución de lo convenido.

**FUSION.** Además de la completísima guía bibliográfica contiene el detalle de las modificaciones introducidas en el Código como consecuencia de las disposiciones receptivas de las normas de la CEE, así como las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del instituto cuyo carácter constitutivo-extintivo y sucesorio carece de la unanimidad doctrinal anterior. También hay discrepancias sobre la naturaleza contractual o no del acto de fusión, aunque prevalecen las posiciones contractuales; se reconoce la naturaleza constitutiva de la inscripción registral, que tiene lugar previa homologación, no permitiéndose la eficacia retroactiva, salvo en aspectos contables. La fusión italiana constituye un microsistema que no es totalmente armónico con el comunitario, en especial en temas de nulidad

ESCISION. Con anterioridad a la novela de 1991, la jurisprudencia, que se había pronunciado en dos ocasiones sobre el instituto, lo había efectuado contradictoriamente. La Corte de Génova, en aras a la autonomía privada y como síntesis de una reducción de capital por exuberancia la había aceptado; pero la de Verona, estimando que daba lugar a una constitución unilateral de sociedad, la rechazó. Parte de la doctrina (SANTINI, NOBILI, SANTAGATA...) se inclinaba por esta última postura, pero otra (PEDEMONTE, SIMONETTO, CARAFFA .) la aceptaba por considerar que la fusión y la transformación no son procedimientos excepcionales, sino meras ejemplificaciones de cómo puede ser modificado el acto constitutivo y tal naturaleza, y no la de una disolución/constitución, tiene la escisión.

La VI Directiva comunitaria, que no tiene carácter absolutamente vinculante, ha sido recibida por casi todos los países comunitarios, pero Alemania, Dinamarca y Holanda la han rechazado. Normalmente se han seguido las sendas trazadas por la Directiva, aunque en España se ha dispuesto que en el caso de escisión parcial debe serlo de una unidad económica, disposición algo imprecisa. En Italia las normas de fusiones y escisiones no se han limitado a las SpA, sino que se han extendido a todas las sociedades y las cooperativas. Ello ha planteado serios problemas prácticos dado que las sociedades personalistas no están sujetas a las normas de publicidad y registración de los capitalistas, Pero el tema es específicamente italiano, por lo que nos limitamos a terminar estas notas con otra alusión a la bibliografía que se detalla, de gran interés dada la novedad de la materia, que debe completarse con otra interesantísima publicación coetánea de EMMANUELE CUSA, editada por la propia Giuffrè en 1992 con el título *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, algún dato de la cual figura en las precedentes notas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CRISCUOLI, GIOVANNI. *Il testamento (norme e casi)*, CEDAM, Padova, 1991.

Me ha parecido particularmente atractivo el título de este libro y me he adentrado en su lectura con gran placer, ya que la figura jurídica del testamento es una figura central del Derecho de sucesiones y del Derecho privado en general particularmente tratada por los Notarios y teniendo en cuenta además que el Derecho sucesorio no es la parcela más extensamente estudiada por la doctrina jurídica y tampoco la que da lugar a litigios de los que se pudiera obtener interpretaciones jurisprudenciales, quizá porque el control de la legalidad y el consejo de los Notarios que intervenimos en su redacción evita las causas que pueden producir el litigio.

En primer lugar, quiero dejar constancia de que, para mí, una recensión no consiste en un resumen del libro propio de una mente poco imaginativa y que si está bien hecho puede incluso hacer inútil la lectura del libro. Para mí la recensión consiste en una explicación, no de lo que el libro contiene, sino de la materia de la que trata el autor del mismo, sin resumir lo que se dice, haciendo al propio tiempo una crítica de la obra objeto de estudio.

El profesor CRISCUOLI científicamente es un personaje interesante, porque no solamente en esta obra, sino en otras, manifiesta una amplia cultura literaria y dominio de los idiomas francés e inglés, y supongo también que del castellano. Algunas de sus citas en inglés o de sus expresiones en fran-

cés indican que no está encerrado en el Derecho italiano como una isla sin puente de escape a conocimientos más universales y podríamos decir europeos.

Antes de continuar quiero hacer algunas observaciones: A pesar de que se trata del testamento, y en el mismo, normas y casos, al término de cada materia señala una importante bibliografía que curiosamente se ciñe solamente al Derecho italiano y a autores italianos, porque con estas citas basta y sobra para el empeño fundamentalmente didáctico de la obra. Podría decirse que esta obra es también un señalamiento de lecturas recomendadas para adentrarse muy amplia y profundamente en el estudio de las materias tratadas. Y además, frente a la concepción de los juristas españoles que consideramos normalmente el testamento como un negocio de Derecho sucesorio, contenido en varios tipos de documentos, y parece que aquí termina el estudio del testamento en la doctrina española, para el profesor CRISCUOLI la materia se extiende a lo que podríamos llamar en Derecho castellano el contenido de la sucesión voluntaria, que contiene quizás más del cincuenta por ciento de lo que constituye el Derecho sucesorio. A pesar de que apunta la idea de que la materia testamentaria es la céntrica del Derecho civil, evidentemente los conocimientos del profesor CRISCUOLI la redimen de esta triste condición, y la obra que estoy comentando es un pequeño tratado del testamento como documento, como negocio y como estudio de las instituciones que se acogen a la forma testamentaria o que se derivan de la misma o bien que el presunto causante inserta en un negocio testamentario para desviar o corregir el itinerario que imprimiría a la herencia la aplicación de las normas de la herencia legal o legitimaria.

Algo que hay que hacer resaltar en la obra que comento es que cada materia va seguida de sentencias de los distintos Tribunales de casación que se refieren a la materia que se acaba de tratar, y son sentencias tan expresivas que denotan la influencia que el profesor CRISCUOLI experimenta del estudio del Derecho inglés, porque se parece mucho al estudio de lo que en los libros jurídicos ingleses se llama *leading cases*.

En el capítulo I, que sirve de introducción al estudio de la materia, se pueden distinguir varios apartados, y yo recuerdo a los lectores que cada uno de los apartados va seguido de una bibliografía o lecturas recomendadas, sin perjuicio de la bibliografía general que se señala al principio de la obra. En este capítulo I estudia el testamento como fenómeno político y como institución social, distinguiendo también en la palabra «testamento» lo que es el puro escrito físico o documento y el negocio testamentario, que es la declaración programática que el testador hace de lo que pretende que ocurra después de su muerte en lo que ha dejado de ser su esfera jurídica como ser vivo, esfera jurídica de la que dispone dentro de los límites que la Ley le permite. Dentro de los epígrafes de este capítulo es interesante el epígrafe que se refiere a la destrucción y a la reconstrucción del escrito físico que contiene el testamento, y que en italiano se llama *scheda*, planteándose el problema de cómo se reconstruye la expresión de la voluntad del testador cuando el testamento se ha perdido o ha sido destruido, problema que tiene particular dificultad en el testamento ológrafo.

El último epígrafe de este primer capítulo se ocupa de los defectos del documento y de la invalidez del negocio testamentario. El documento no es propiamente nulo o anulable, sino más o menos defectuoso o imperfecto,

mientras que los términos de nulidad y anulabilidad se aplican fundamentalmente al negocio testamentario.

El capítulo II está dedicado al estudio de lo que es propiamente documento testamentario, y es muy importante el estudio que hace del testamento ológrafo, que según el autor debe tener las notas de «autografía», expresión de la fecha, firma, sistema de depósito y de publicación en términos que entran en la lógica comprensible para el jurista del Derecho castellano.

Es curioso que nunca haya encontrado un estudio sobre el concepto de «firma» y sólo lo he encontrado en un libro francés que leí hace mucho tiempo sobre el testamento ológrafo y en el libro que estoy comentando, también con referencia al testamento ológrafo.

Siguiendo con el estudio del testamento, considerado como documento, se ocupa muy amplia y técnicamente del testamento notarial público, que allí llamaríamos testamento notarial abierto, del testamento secreto, que aquí llamaríamos testamento cerrado, y los testamentos especiales. En cuanto al testamento público o notarial abierto, hace referencia a la competencia y capacidad del Notario y de los testigos (posiblemente en Italia todavía no se ha llegado a la supresión de los testigos en el testamento público notarial); también estudia la necesidad de la presencia conjunta para el otorgamiento del testador, del Notario y de los testigos, y cómo se expresa oralmente la voluntad al Notario y cómo se convierte en una declaración escrita. Y asimismo se ocupa de la lectura del testamento mencionado que se han observado las formalidades exigibles. Otros elementos del testamento público notarial son la expresión del lugar, la expresión de la fecha y la suscripción. En lo que se refiere a las declaraciones del testador, la fe notarial asegura que el testador ha hecho esas declaraciones, pero no asegura porque no puede asegurar si hay una intención interna y distinta del testador. Y en lo que se refiere a la fecha, al parecer no se exige la declaración de la hora, pero sí que se exige que la fecha sea verdadera y no una fecha expresada pero que no coincida con la realidad.

No son muy diferentes los conceptos del documento del testamento del ciego, del sordo, del mudo, del sordomudo y del extranjero que no conoce el italiano.

En cuanto al testamento secreto, que nosotros llamaríamos cerrado. De la lectura de la obra se desprende que es más frecuente que en España (en treinta y cinco años de ejercicio de la función notarial debo confesar que nunca he visto un testamento cerrado ni he visto ningún protocolo de testamentos cerrados o de reconocimiento de hijos naturales, así como he asistido al práctico desuso del libro indicador). Se ocupa en materia de testamento cerrado de la incapacidad del invidente y de los requisitos de lo que podríamos llamar la forma documental física del mismo, así como de las formalidades ulteriores y la llamada conversión formal del acto, que es el mismo mecanismo que en el Código Civil español, es decir, que el testamento secreto al que le falte algún requisito para su perfección queda convertido formalmente en testamento ológrafo si, en efecto, reúne los requisitos del testamento ológrafo, tal como prevé el artículo 607 del Codice Civile italiano.

En cuanto se refiere a los testamentos especiales, estudia el testamento en caso de enfermedad contagiosa que es algo distinto al concepto de epidemia, calamidad pública e infortunio, entendiendo por infortunio un daño que impide otorgar un testamento normal a una persona cuando este daño afecta solamente a una persona, es decir, no es una calamidad pública. Estudia asimismo el testamento de los militares y asimilados a los militares y el tes-



tamento a bordo de una nave o de una aeronave. Por último hace una referencia suficiente a la institución italiana del registro general de testamentos.

Cuando he visto que en Italia se contempla el testamento en una aeronave, me he confirmado en la idea que yo ya tenía de que se ha desaprovechado en España, en la Ley de supresión de los testigos en los testamentos ordinarios, la posibilidad de regular el testamento en una aeronave. En efecto, es prácticamente imposible concebir un testamento en el caso de la explosión, incendio e inmediata caída de un avión de pasajeros. Pero no es impensable, ni mucho menos, que a un pasajero le ocurra una incidencia de salud durante un viaje transoceánico en una navegación aérea normal, y en este caso se debería haber previsto una regulación para el testamento de esa persona a bordo de la aeronave que no puede aterrizar o amerizar físicamente, pero que sí dispone de una tripulación a la que se podría capacitar para autorizar un testamento al menos de validez transitoria. Se me podrá objetar que para eso tenemos el testamento en peligro inminente de muerte, pero cuantos se hallan a bordo quizá no tengan la preparación jurídica necesaria para recibir la voluntad testamentaria; y si pensamos en un caso concreto, tenemos el caso de la muerte a bordo de un avión de Mary Sempere, que murió durmiendo, pero que pudo morir de un infarto y con deseo de testar.

El capítulo III de la obra que comento trata de lo que en Derecho español llamaríamos los caracteres del negocio testamentario como expresión de una voluntad que tiene que surtir efecto después de la muerte del testador, y también en este capítulo trata de lo que en Derecho español llamaríamos instituciones fundamentales de la herencia voluntaria, es decir, la herencia que ni se recibe por vía de freno a la libertad de testar (herencia forzosa por legítimas) o de la que se recibe por razón de ciertos vínculos con el causante por disposición de la Ley, es decir, la herencia intestada.

Empieza definiendo el testamento de una manera que encuentro muy atractiva y que no puedo resistirme a traducir dentro de las limitaciones de mi conocimiento del italiano. Después de afirmar que el testamento es una manifestación de voluntad con una finalidad y que tiene una relevancia objetivamente reglamentaria y que en el seno de la categoría general de los negocios tiene una tipicidad determinada, lo define descriptivamente de un modo muy atrayente: Es aquella regulación voluntaria con la cual el autor, disponiendo de un modo directo o indirecto de los propios valores de las cosas, determina programáticamente, además de unas ciertas disposiciones patrimoniales y la organización de intereses no estrictamente económicos, todo ello con vistas a un programa de futuro que explicita lo que quiera que ocurra en su esfera jurídica después de su muerte.

Esta definición descriptiva, que quizás adolece de poca claridad por culpa de mi incompleto conocimiento de la lengua italiana, va seguida de la enumeración de las notas que califican dicho negocio testamentario, y que son las siguientes: La patrimonialidad, en principio, y la tipicidad de las disposiciones en él contenidas; la característica de que está destinado a producir sus efectos después de la muerte del autor; su carácter programático, su carácter unilateral; el hecho de que es un acto rigurosamente unipersonal; la circunstancia de que es un negocio solemne en cuanto a la forma, y su carácter precario antes de la muerte del autor dado que es esencialmente revocable.

La descripción de cada una de estas características me llevaría a alargar excesivamente este comentario, y por ello quiero detenerme solamente en la nota de que es un negocio esencialmente revocable.

Al estudiar la revocabilidad, la contempla como un negocio jurídico entre vivos, dotado de eficacia inmediata, o como un negocio jurídico *mortis causa*, con eficacia diferida al momento de la apertura de la sucesión. Es un negocio jurídico unilateral no recepticio y en sí mismo, a su vez, revocable, que puede producir o no reviviscencias del testamento previamente revocado. Tiene una forma expresa y una forma tácita, y la forma expresa lleva la necesidad de una declaración personal ante Notario con la presencia irrenunciable de dos testigos. La revocación tácita se produce mediante un testamento posterior, con disposiciones incompatibles con la anterior o con la destrucción o retirada del documento del testamento cerrado. Es curioso que llame revocación legal a lo que nosotros llamamos en materia de donaciones posibilidad de revocación por la existencia o la aparición posterior de un hijo o descendiente.

En la materia sustantiva del negocio testamentario estudia la voluntad testamentaria, especialmente la capacidad para testar, y los vicios de la voluntad testamentaria, con especial detenimiento en cuanto se refiere a la importancia del error en la formación de la voluntad.

Sigue estudiando el significado de las disposiciones testamentarias y tiene un concepto de heredero similar al que tiene nuestro ROCA SASTRE, es decir, es el que es llamado a la herencia con el *nomen heredis* y atribución de la totalidad o una cuota parte de la herencia, es decir, una disposición a título universal.

Luego estudia los legados y, dentro del concepto de legado, estudia el concepto del legado propiamente dicho, que grava al heredero; el sublegado, que grava a otro legatario, y el prelegado, que grava a la herencia y que ha de detraerse con carácter previo antes de proceder a la entrega del as hereditario. Estudia los legados con eficacia real y con eficacia obligatoria, pero no menciona el legado de parte alícuota del que tanto uso hacemos los Notarios españoles.

Una cosa curiosa es que considera el modo como una disposición testamentaria independiente que grava o recae como algo obligatorio para un heredero o para un legatario. Recordemos que en la doctrina española se diferencia el modo de la condición en materia sucesoria, en que la condición suspende pero no obliga, y el modo obliga al gravado, pero no suspende la adquisición.

En materia de término o plazo rige el principio de su admisión en las disposiciones testamentarias porque rige el principio romano «semel eres semper heres». Y estudia a continuación las diferentes formas de las condiciones.

Seguidamente se ocupa del perfil funcional de la causa y esto lleva a la reflexión de que aunque el testamento es esencialmente revocable puede devenir irrevocable si el testador, aún vivo, pierde la capacidad de testar, con lo cual la validez del testamento previo a la incapacidad queda inatacable. Desde un punto de vista doctrinal, siempre me he preguntado si un Juez podría declarar la invalidez de un testamento porque se hayan alterado las bases del negocio testamentario. Es un problema que está en el aire, y aunque quizá el Juez podría declarar la invalidez, con lo cual se abriría la sucesión legítima por ser el testamento un acto personalísimo, en ningún caso el Juez podría otorgar un testamento sustituyendo la voluntad del incapaz.

Estudia a continuación las diferentes formas de ineficacia del testamento y es muy pintoresco el tratamiento que da de la interpretación del testamento, discutiendo los medios intrínsecos y extrínsecos de interpretación, y hace dos citas de Derecho inglés que expresan la dificultad de prescindir absolutamente

de los medios externos de interpretación: «if one looks outside the will, the requirement that a will must be in writing is seriously threatened», o en otras palabras, «the requirement for a will to be in writing could then be made an empty formality».

Y no nos detengamos más en esta parte del libro.

La cuarta y última parte del libro se destina a estudiar la ejecución del testamento, aunque esto lleva consigo estudiar elementos del concepto de herencia en general, tales como son la apertura de la sucesión, la delación de la herencia y la aceptación de la misma. Aquí corresponde estudiar la capacidad para ser titular de la testamentificación pasiva, es decir, la capacidad para recibir por testamento: personas físicas, jurídicas, *nasciturus*. Diferentes incapacidades concretas, como los tutores, los protutores, el Notario autorizante, testigos e intérpretes que han intervenido en el acto del otorgamiento del testamento. Estudia también la indignidad sucesoria y la manera que tiene el testador de obviarla, así como la individualización o designación concreta de la persona instituida (por ejemplo, las herencias o las disposiciones destinadas a los pobres).

En esta fase de estudio también se ocupa de las sustituciones testamentarias, con particular aprensión y desconfianza hacia la sustitución fideicomisaria y, en alguna manera, su similitud con el *trust* del Derecho inglés.

Seguimos con la ejecución del testamento y estudia la adquisición negocial de la herencia mediante la aceptación ordinaria, así como la aceptación a beneficio de inventario. También estudia la adquisición forzosa de la herencia y la adquisición del legado, según la clase de legado de que se trate. Aquí se detiene en el estudio del legado en sustitución o a cuenta de la legítima y también individualiza el estudio de la disposición modal.

El último epígrafe interesante se titula *L'esecutore testamentario*, y llama la atención la similitud de la denominación con el *executor* del Derecho inglés. En esta figura del executor testamentario pueden incluirse las figuras españolas del albacea, contador-partidor, representante y administrador de la herencia, y no hay ningún inconveniente en que sea un coheredero o un legatario, salvo que tenga la facultad de realizar la partición.

Fiel a mi propósito, no he hecho un resumen del contenido del libro que haría inútil su lectura y defraudaría el interés del autor en ser leído directamente en su obra, y no me he extendido más porque creo que ya sería un abuso respecto de la extensión que debe tener el comentario de una obra jurídica de tipo monográfico, de una extensión de unas quinientas páginas. Pero lo que sí puedo decir es que la lectura me ha resultado provechosa, fácil y agradable y, sobre todo, me ha permitido regresar a la lectura de un libro monográfico de Derecho civil, cosa que en los tiempos en que vivimos, en que las leyes no son como el «café», como decía GONZÁLEZ PALOMINO (cortas, antiguas, flexibles y escasas), es un descanso poder escapar a un campo que ha sido nuestra vocación, refugiándonos en él y huyendo del árido e incómodo quehacer pseudojurídico diario.

VICENTE ESPERT SANZ

DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN: *El Justicia de Aragón, visto por. .*, Casa de Aragón en Madrid.

Cuando JOSÉ MARÍA CASTAN me obsequia con un ejemplar de esta primorosa publicación, me pide que haga una nota para la REVISTA CRÍTICA, y yo me quedo casi desamparado para decirle que no la iba a hacer. Pero después de haberme leído el libro, en el que colaboran muchas personalidades, la figura del Justicia de Aragón se va apoderando de mí y va agrandándose en el débil conocimiento que de ella tenía. Me lo pensé y me dije si el Justicia de Aragón es, en el fondo, un hombre que hace cumplir las leyes, algo de él tenemos los Registradores al ejercitar la facultad que emana del principio de legalidad. Sin pensarlo más me pongo a caminar al lado del Justicia para saber todo o casi todo de esta figura.

La publicación que contiene un conjunto de artículos de diversos autores está hecha para conmemorar el cuarto centenario de la decapitación de Justicia Juan de Lanuza y Urrea (Juan de Lanuza V «el Mozo») a manos del verdugo que envió el rey Felipe I de Aragón y II de Castilla. Con Felipe V la figura del Justicia en 1707 queda abolida, pero el Estatuto de Autonomía de Aragón de 10 de agosto de 1982 la restablece.

El prólogo de la obra corre a cargo del presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, EMILIO EIROA GARCIA, quien dice que desde que adquirió carta de naturaleza la figura en las Cortes de Egea de 1265, el Justicia ha sido siempre, y aún sigue siéndolo, «juez mediador entre el rey y los aragoneses», pero también defensor de las libertades, bastión ante los abusos de poder y respaldo de nuestra condición de hombres libres en el marco de la Constitución. La figura va tomando contenido y en la Introducción, que corre a cargo de Roberto Martín Villanueva, presidente de la Casa de Aragón en Madrid, quien nos dice que las estructuras estamentales y jerárquicas permitieron al Justicia de Aragón interpretar los fueros y ser juez de contrafueros, participe en pleitos de la nobleza, facultado para decidir, asesorado por un Consejo, a paralizar la acción judicial de todos los Tribunales aragoneses y amparar a las personas juzgadas injustamente.

El hoy Justicia de Aragón, EMILIO GASTÁN SANZ, examina la figura, retrotrayéndose a la historia y enfocando su actualidad, y dice que «por tozudez histórica de querencia de libertad, Aragón sufrió, en la persona del Justicia, uno de los mayores embates que debió soportar en su historia. Cuando Juan de Lanuza V fue mandado decapitar por Felipe II se mutilaba al mismo tiempo el espacio de libertades que Aragón quería para sí hasta 1711, en que la uniformidad del Estado absolutista acabará con toda traza de personalidad distinta. Hoy no tendría cabida una institución como la de los antiguos Justicias, pues responde actualmente a la definición de Defensor del Pueblo».

MARIANO NAVARRO RUBIO, Letrado del Consejo de Estado, aporta un estudio sobre la figura histórica y popular, para terminar con lo que, a su juicio, sería un Justicia ideal. Lo característico del Justicia era ser juez peculiar de contrafuero. Interventía en defensa de la Ley. Perseguía lo ilegal, no lo injusto. Una tropelía del rey o de la nobleza, por muy grande que fuere, no podía ser invocada ante el Justicia si no suponía un quebrantamiento del Fuero. Para el pueblo era el Vocero de Dios, defensor a ultranza de libertades, corrector implacable de los abusos de la autoridad suprema, oidor providente de toda suerte de agravios; árbitro de grandes poderes cuando la Ley se incumple; encarnación personal de la Justicia, sin fuerza propia ni más armas que la razón del Fuero.

JESÚS LÓPEZ MEDEL, miembro del Colegio de Aragón, no podía faltar a la cita que supone la figura examinada y bajo el título *El Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa* vuelca todo su enorme conocimiento de la obra de Costa para ofrecernos fragmentos en los que aquel ilustre autor diseñaba la figura del Justicia bajo el gran lema de que «Aragón no se define por la guerra, Aragón se define por el Derecho». Altero el orden de aparición de autores, pues junto con JESÚS LÓPEZ MEDEL hay otro que es JOSÉ MARÍA CASTÁN, que también recurre a otro autor para desentrañar las figura del Justicia. CASTÁN utiliza a JOAQUÍN ESCRICHE y su *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, y en él destaca lo que el autor entiende por Justicia. El magistrado supremo de aquel reino, que con el consejo de cinco lugartenientes hacía justicia entre el rey y los súbditos, y entre los eclesiásticos y regulares. Hacía en nombre del rey sus provisiones e inhibiciones, cuidaba de que se observasen los Fueros y quietaba las fuerzas

ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario de Madrid, hace unas reflexiones sobre la figura y, de una parte, destaca la amplitud y complejidad de funciones (juez medio, elemento de consulta de los suprajunteros, actuaciones en defensa de reos contra la tortura y embajador extraordinario o plenipotenciario) y, de otra, el control a que estaba sometido por los «jurados» o «judicantes» encargados de controlar la Justicia

ROMAN DE VICENTE JORDANA, académico de número y vicepresidente de la sección de Historia, Legislación y Deontología de la Real Academia de Farmacia, en un amplio trabajo nos cuenta todo el proceso histórico, que culmina con la ejecución del Justicia Lanuza. Tres o cuatro personajes: Felipe II, Antonio Pérez, Alonso de Vargas y el propio Justicia, junto con el Fuero de Juan II de 1461 (que condena a muerte a las gentes armadas que entren sin permiso en el reino para prender malhechores huidos de otros Estados de la corona de Aragón), y justo es Antonio Pérez quien al refugiarse en Aragón debe ser juzgado en Aragón y protegida su persona en la cárcel de los «manifestados»

JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo, ensalza la figura del Justicia a base de una serie de recuerdos que le permiten reconstruir la figura que se encuadra en una frase de Moneva, que cita: «Aragón produce verdad y justicia. Trigo también, pero no el que hace falta». JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, catedrático de Derecho agrario de la Universidad Complutense de Madrid, dibuja la figura del Justicia en la actualidad con esa vocación de antiguo opositor, distinguiendo su concepto (defensor de los derechos y libertades de los aragoneses), facultades, autoridad, tratamiento y responsabilidad, nombramiento y organización. Hace una concesión al Justicia en la historia y en el futuro.

MANUEL PIZARRO MORENO, presidente de la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid, mantiene una postura original al tratar de introducir la figura del Justicia en el mundo financiero: organización de consumidores, defensor del cliente, la mayoría financiera, etc. El último de los trabajos corre a cargo de RAIMUNDO SÁNCHEZ BUSTAMANTE, publicista y miembro de la Sociedad de Autores, quien aporta para el conocimiento de la figura la crónica de LUPERCIO LEANDRO DE ARGENSOLA del año 1604, que no apareció hasta doscientos cuatro años después en letra impresa. En él se relata el acontecimiento de la muerte del Justicia Lanuza con toda clase de detalles.

La publicación termina con una lista de todos los Justicias habidos, desde Pedro Jiménez en el año 1115 hasta Antonio Gavín en 1707. Un total de 68, aunque SANZ JARQUE señale solo 66. La figura, al haber pasado a la historia,

cobra el relieve de ser un hecho trascendental que difícilmente podría encajar en los momentos actuales con sus dimensiones históricas, pero es figura que cabe —dentro de unos límites— en todo Estado de derecho

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CAMBIASSO, S.: *La publicidad registral base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles: el Registro de la Propiedad como garante de dicha seguridad*, Montevideo, Uruguay, 1992

Este trabajo, cuyo ejemplar me llega especialmente dedicado por su autora, fue preparado para el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América y en él se contiene todo lo esencial del sistema uruguayo. Al traerlo a recensión no puedo por menos de agradecer a la doctora SUSANA CAMBIASSO las palabras de elogio hacia mi persona en el último Congreso Registral y lamentar muy de veras el no haber tenido el hueco necesario para poder corresponder a esa gentileza. Quiero con esta recensión rendir un recuerdo emocionado a la figura del profesor JULIO R. BARDALLO —recientemente fallecido—, con el que compartí un panel expositivo y muchas horas de charla seria, amena y divertida hace años en La Plata.

Voy a respetar los puntos en que la autora separa su exposición, y que van desde los antecedentes de la institución hasta el principio de publicidad, pasando por las bases fundamentales, las nuevas técnicas y los principios registrales. Anticipo —y en eso yo discrepaba con BARDALLO— que al ser un Registro enclavado en la Administración se perfila más como un «servicio público» que como una institución jurídica de cierta independencia, definiéndose la función registral como «función pública administrativa». Partiendo de ese punto de arranque que nos distancia, caben muchas analogías y coincidencias. Mientras en Uruguay el Registro es «un servicio público», en España a través del Registro se «presta un servicio público».

#### A) *Antecedentes*

El origen de lo que hoy es el Registro reside en la creación de oficinas registrales para actos y contratos mediante iniciativas aisladas que respondieron a inquietudes de publicidad diferentes. Así surgieron los Registros de Hipotecas, el antiguo Registro de Ventas, el Registro General de Arrendamientos, el de Embargos e Interdicciones, hasta llegar a la Ley vigente de 25 de septiembre de 1945. Se señala la necesidad de una reforma que ya en 1981 presentó el profesor BARDALLO, y que si bien se publicó como Ley ha sufrido ocho suspensiones. El deseo de la reforma es lograr una institución registral con la finalidad última de alcanzar la seguridad que exige el tráfico jurídico de inmuebles

#### B) *Bases fundamentales de la institución*

En estas bases se nos va explicando con plena claridad y precisión la

organización del mismo, a través del departamento de que depende, de la figura del Registrador y de la competencia territorial.

En materia de *organización* los Registros dependen del Ministerio de Educación y Cultura, donde existe una Dirección de Justicia y, en ella, una Dirección General de Registros. Todo ello lo apunto a grandes rasgos, ya que en el texto va con un mayor detalle difícil de incorporar a estas notas, ya que hay funciones delegadas, centralización administrativa y desconcentración técnica.

La figura del Registrador ya hemos apuntado es la de un funcionario público que actúa como agente de la función pública administrativa registral. Debe reunir una serie de requisitos, debiendo ser Escribanos con cinco años de ejercicio en la profesión. Se equiparan administrativamente a los miembros del Poder Judicial. Marginamos el tema de los escalafones y ese conjunto de derechos, sueldos, ajustes, compensaciones y beneficios. Lo mismo sucede con las obligaciones, las incompatibilidades, las prohibiciones y la responsabilidad. La figura se aparta sustancialmente de la del sistema español.

Quizá sea más importante destacar la esencia de la función registral. Este punto es donde la zanja de separación de sistemas se hace más profunda. Para la autora la función registral es de carácter público y administrativo. Reducir a este limitado campo la actuación nos puede llevar a un Registro «administrativo» más que jurídico o, más bien, a lo que apuntaba nuestra Exposición de Motivos: «Considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración conduce irremediabilmente a desconocer su carácter social, económico y civil y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

El contenido de esa función se va examinando a través del procedimiento inscriptorio, las formas de documentación, la confección del contenido de los asientos, la publicidad formal y la parte de impugnaciones y recursos.

El servicio registral según la *competencia territorial* se nos ofrece con un organigrama perfectamente comprensible donde se destacan nueve Registros en Montevideo (traslaciones, hipotecas, arrendamientos, prenda, poderes, vehículos, de comercio, inhibiciones, etc.) y dieciocho Registros departamentales y un Registro local en Pando. La autora va desarrollando el contenido de cada Registro, para terminar con el tema de las relaciones que los mismos ofrecen con el Catastro nacional. La coordinación se lleva a cabo mediante una identificación de la finca según el plano de medida, la remisión de fichas a la Dirección General Catastral y lo que llaman nomenclatura catastral (número de padrón), de utilización confusa.

### C) *Nuevas técnicas*

Se abordan los nuevos procedimientos de microfilmación, las computadoras, la telegestión, el folio real electrónico, etc. Todo ello parece que está iniciándose y que tardará algún tiempo en atravesar la meta que se persigue.

### D) *Principios registrales*

Se examinan los principios de inscripción, legitimación y fe pública registral, prioridad y oponibilidad. Claramente se dice que la transmisión de dominio y la constitución de derechos reales se realizan extrarregistralmente. La

inscripción tiene efecto declarativo, rige la teoría del título y el modo, y la inscripción despliega los efectos en una realidad jurídica que existe fuera del Registro, pero no es eficaz frente a terceros hasta tanto no haya sido publicada. Excepcionalmente se admite la inscripción constitutiva (hipoteca, prendas sin desplazamiento, minería, aeronaves y *sociedades civiles* de propiedad horizontal).

En suma, se trata de un Registro en el que el efecto más intenso de la publicidad es la oponibilidad. Creo que es importante destacar el problema que ofrece la *prioridad*, donde en principio funciona al igual que el español; pero en aquellos actos en los que el modo de adquirir es la tradición, sólo producen efecto contra tercero, sino desde la presentación del instrumento respectivo, «retrotrayéndose los efectos a la fecha del contrato» si éste se presenta dentro de los quince días a partir del siguiente al otorgamiento. Sistema criticado por BARDALLO ante ese período de clandestinidad.

#### E) *Derecho registral y publicidad*

La visión que la autora da a la esencia del Registro y a su publicidad se distancia de la nuestra y está referida específicamente al Derecho uruguayo, ya que se sitúa al Derecho registral como rama del Derecho público y parte especial del Derecho administrativo, siendo un derecho formal o adjetivo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

### Número 582 (marzo 1993)

- «La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 1259.
- «Prelación de créditos», por CAROLINA DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, pág. 1279.
- «Derecho y comportamiento jurídico», por JOSÉ MARÍA LUCENA BONNY, pág. 1319.
- «La valoración de la lengua cooficial en el acceso a la función pública autonómica», por RAFAEL S. MANZANA LAGUARDA, pág. 1361.
- «Consorcio de compensación de Seguros, cobertura y límites ante entidades aseguradoras en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra», por JUAN CARLOS CAMPO MORENO, pág. 1379.
- «Aproximación a los criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de derechos sociales y su desarrollo en el ámbito económico», por REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ, pág. 1405.
- «La drogadicción sobrevenida desde una perspectiva constitucional», por LORENZO JESÚS DEL RÍO FERNÁNDEZ, pág. 1423.
- «Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril», por JUAN MONTERO AROCA, pág. 1673.
- «Recurribilidad en casación de la sentencia sobre impugnación de acuerdos en sociedades anónimas (un comentario sobre el auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993)», por MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, pág. 1689.
- «El sobreseimiento en el proceso penal español», por MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO, pág. 1697.
- «Algunos aspectos sobre la prueba en el delito de quiebra fraudulenta», por JAVIER SÁNCHEZ MARTÍNEZ, pág. 1737.
- «El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: principios rectores», por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, pág. 1915.
- «Comunicación al II Encuentro Internacional del Grupo de Milazzo (julio de 1991)», por JAIME VIDAL MARTÍNEZ, pág. 1941.

### Número 583 (Abril 1993)

- «La última reforma del Código Penal en materia de drogas», por CATALINA VIDALES RODRÍGUEZ, pág. 2725.
- «Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción», por EDUARDO HUAS FERNÁNDEZ, pág. 2745.

- «La protección del medio ambiente, con especial referencia a las aguas continentales», por ANA GUDE FERNÁNDEZ, pág. 2757
- «El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optane», por MARIO E. CLEMENTE MEORO, pág. 2791.
- «Algunas consideraciones sobre la ejecución hipotecaria mediante subasta notarialmente controlada», por LUIS MEZQUITA DEL CACHO, pág. 2837.
- «El deber judicial de congruencia como manifestación del principio dispositivo y su alcance constitucional», por JUAN JACINTO GARCÍA PÉREZ, pág. 2879.
- «Incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento procesal español», por BLANCA PASTOR BORGONÓN, pág. 3181.
- «La política comunitaria del medio ambiente y su vertiente mediterránea», por ANTONIO VERCHER NOGUERA, pág. 3217.
- «El impacto de la unificación alemana en materia laboral una perspectiva comunitaria», por JUAN BAUTISTA DELGADO CANOVAS, pág. 3229.
- «Espacio Económico Europeo (EEE): los avatares judiciales de su nacimiento», por JOSÉ RAMÓN CANEDO ARNILLAGA, pág. 3241.
- «Últimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa», por G. SCHRICKER, pág. 3291.
- «Poderes públicos y Derecho de la competencia», por F. VICENT CHULIA, pág. 3313
- «Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación», por A. L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, pág. 3379.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Marzo 1993)

- «Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 211-225.
- «Teoría de la interpretación de E. Betti», por TERESA PICONTO NOVALES, págs. 226-246.

## (Abril 1993)

- «La legítima en el Derecho civil foral de Vizcaya y en el Derecho civil de Cataluña», por MARÍA DEL CARMEN DEL MOLINO Y NUÑEZ, págs. 315-354.
- «Licencia paterna y real permiso en la pragmática sanción de 1776», por JOSÉ MARÍA LAINA, págs. 355-378.

## REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO Número 4 (Octubre-Diciembre 1992)

- «La proyectada reforma de la legislación de arrendamientos urbanos. (Notas sobre su ámbito, su eficacia respecto de terceros, su formalización y su publicidad)», por ROBERTO BLANQUER UBEROS, pág. 9.

- «La administración de la sociedad anónima», por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, pág. 51.
- «La impugnación jurisdiccional de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por INIGO COELLO DE PORTUGAL, pág. 155.
- «El Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados a examen», por CARLOS PALAO TABOADA, pág. 171
- «Reflexiones sobre los dividendos *in natura* facultativos», por CÁNDIDO PAZARES, pág. 193.
- «El gravamen proporcional de actos jurídicos documentados en los regímenes de concierto y convenio», por RAMÓN FALCÓN TELLA, pág. 209.

## ACTUALIDAD CIVIL

### Número 14 (1993)

- «El sistema de fuentes del título preliminar del Código Civil y el Ordenamiento jurídico comunitario europeo», por MARÍA DEL CARMEN DÍAZ JIMÉNEZ.

### Número 15 (1993)

- «El arbitraje institucional: Breve comentario al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia», por JUAN MANUEL BADENAS CARPIO.

### Número 16 (1993)

- «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida», por MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE.

### Número 17 (1993)

- «La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida (y II)», por MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE.

### Número 18 (1993)

- «Nueva referencia a la propiedad intelectual (Ley 20/1992)», por TOMÁS MUÑOZ ROJAS.

### Número 19 (1993)

- «La venta de viviendas a consumidores: gastos que deben abonar los contratantes», por MARÍA TERESA FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ

### Número 20 (1993)

«La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo. Compatibilidad en las reclamaciones, en el orden social y en el civil y penal», por RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.

### Número 21 (1993)

«El llamado recurso de nulidad», por CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR.

### Número 22 (1993)

«Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial», por ENRIQUE FRANCO AVELLANAL.

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

### Número 132 (Marzo-Abril 1993)

«El urbanismo como competencia de los entes públicos territoriales», por ANTONIO T. VERDÚ MIRA, pág. 13.

«El régimen urbanístico del suelo no urbanizable en la Ley valenciana 4/1992, de 4 de junio», por LUCIANO PAREJO ALFONSO, pág. 49

«El aprovechamiento urbanístico en el régimen transitorio del nuevo texto refundido de la Ley del Suelo», por RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE, pág. 79.

«La impugnación de las medidas urgentes de protección urbanística en Aragón. Comentario sumario al Decreto 85/1990, de 5 de julio, de la Diputación General de Aragón», por JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, pág. 97.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

### Número 206 (Octubre-Diciembre 1992)

«Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal», por JOSÉ MAS-SAGUER, pág. 731.

«Las acciones sin voto y el valor del derecho de voto (Pequeña contribución a la crítica de las acciones sin voto)», por IGNACIO FERRANDO MIGUEL, pág. 767.

«El privilegio del acreedor al instante de la quiebra», por JOSÉ MARÍA GARRIDO, pág. 799

«La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de agencias de viaje», por ADOLFO AURIOLAS MARTÍN, pág. 819

«Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado», por ANXÓ TATO PLAZA, pág. 863

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

### Número 2 (Julio-Diciembre 1992)

- «De maximis non curat praetor...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie», por M. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, pág. 327.
- «Conflictos territoriales y uso de la fuerza en la práctica internacional», por J. A. GONZÁLEZ VEGA, pág. 351.
- «La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente», por A. MANGAS MARTÍN, pág. 381.
- «La actuación del Consejo de Seguridad de la ONU en el asunto Lockerbie: paradigma de incontrolable abuso de poder», por E. ORIHUELA CALATAYUD, pág. 395.
- «Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho internacional privado», por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, pág. 417.
- «Derecho económico internacional y relaciones privadas. la interdependencia funcional del régimen GATT y el Ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de normas de intervención comercial, con particular referencia al Derecho antidumping», por J. A. GARCÍA LÓPEZ, pág. 443.
- «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», por P. RODRÍGUEZ MATEOS, pág. 465.

## REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS

### Número 79 (Enero-Marzo 1993)

- «Derecho constitucional común europeo», por PETER HABERLE, pág. 7.
- «El proceso contra el Padre Mariana», por GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, pág. 47.
- «Un precursor de la monarquía parlamentaria: Blanco-White y el español (1810-1814)», por JOAQUÍN VARELA SUANZES, pág. 101.
- «Ciudadanos y sistema político: participación y cultura política de masas en Italia», por GIACOMO SANI, pág. 121.
- «Cuestiones simbólicas y Constitución española», por CESÁREO R. AGUILERA DE PRAT y JAUME VERNET LLOBET, pág. 139.
- «Colombia y su revolución pacífica. La nueva Constitución de 5 de julio de 1991. Inicio de un marco institucional dentro de un contexto político pluralista», por ELVYRA ELENA PABON TARANTINO, pág. 161.

## REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

### Número 48 (Octubre-Diciembre 1992)

- «Compatibilidad de un anuncio de oferta sucesiva con el reglamento de OPAS, estando en curso otra oferta pública», por ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS, pág. 935.
- «Defensa de la competencia, concentración empresarial y ofertas públicas de adquisición de acciones», por JOSÉ LUIS GARCÍA-PITA Y LASTRES, pág. 985.

## REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

### Número 15 (Agosto 1992)

- «Comentario a la reforma del proceso civil por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», por E. SALINAS VERDEGUER, pág. 7.
- «Comentario a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», por J. J. TASENDE CALVO, pág. 25
- «La reforma del proceso administrativo (Comentario parcial y urgente al capítulo III de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)», por J. GARBERI LLOBREGAT, pág. 37
- «Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos», por M. A. VICENTE MARTÍNEZ, pág. 59.
- «Convivencia de hecho y pensión de viudedad. una visión sobre la jurisprudencia», por J. JIMÉNEZ ESCOBAR, pág. 101.

## REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

### Número 2 (1993)

- «El relativo éxito de la Conferencia de La Haya en materia de venta: el Convenio sobre la Ley aplicable a la compraventa internacional de mercancías (1986)», por ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, pág. 303
- «La legislación sobre inversiones extranjeras», por RAMÓN MULLERAT y MIGUEL TORRES, pág. 323
- «Hacia la codificación del Derecho civil catalán. La reforma previa de 1984 (discurso de ingreso)», por AGUSTI M. BASSOLS i PARÈS, pág. 347.
- «Antonio Polo y su generación universitaria», por OCTAVIO PÉREZ-VITORIA MORENO, pág. 409
- «Memoria de las actividades de la Academia de Jurisprudencia y Legislación durante el curso 1991-1992», por ROBERT FOLLIA i CAMPS, pág. 415.
- «El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por órganos judiciales. Práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)», por JUAN CARLOS GAVARA DE CARA, pág. 423.
- «La división de censos conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de la Generalidad de Cataluña y la extinción civil de los mismos de no practicarse en el plazo previsto en la Ley», por LUIS TELLEZ CODORNIÚ, pág. 451.

## REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

### Número 829 (Mayo-Junio 1992)

- «Los clubes de campo. Su régimen jurídico», por MARCELA SANDRA MOLINA, pág. 189.
- «Complemento del Código Civil. Compraventa de inmuebles a construir. Proyecto (2.ª parte)», por NÉSTOR J. OTTONELLO, pág. 219.



- «La mediación, nuevo instrumento de paz social», por ZULEMA WILDE y LUIS M GAIBROIS, pág. 237.
- «Las facturas notariales», por CARGAT, pág. 245.
- «Las organizaciones no gubernamentales (ONG)», por JOSÉ GUGLIETTI, pág. 255.
- «Lineamientos del Derecho de familia de la República Popular China (1.ª parte)», por LUIS GUILLERMO BLANCO, pág. 261.
- «XX Congreso Internacional del Notariado Latino Conclusiones aprobadas», pág. 287.

**BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO.**  
**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**  
**Vol. LXVI (1990)**

- «O krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva», por MARIO REIS MARQUES.
- «Legitimidad democrática y crisis de legitimación. El discurso ecologista», por AURELIO DE PRADA GARCÍA, pág. 47.
- «Quaestiones sine responsis», por EMILIO VALIÑO, pág. 81.
- «Grupos de sociedades e Direito do trabalho», por JORGE MANUEL COUNTINHO DE ABREU, pág. 123.

**REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO**  
**Número 3 (1990)**

- «Análisis constitucional del delito de amenazas Artículo 153 del Código Penal de Puerto Rico», por ROLANDO EMMANUELLI JIMÉNEZ, pág. 7.
- «La impugnación de los testigos imputados menores de edad mediante evidencia de sus adjudicaciones previas por faltas cometidas en violación de la Ley penal», por HÉCTOR D BALLESTER, pág. 41.
- «En torno a la negativa del conductor a someterse a pruebas químicas de sobriedad: enfoques en Puerto Rico y Estados Unidos», por GLADYS NEVAREZ ANDINO, pág. 63.
- «El arresto por personas particulares en Puerto Rico», por FELIPE CIRINO COLON, pág. 75.
- «La utilización de las barreras de detención policiaca para detectar conductores ebrios», por JAMES REYES FIGUEROA, pág. 107.
- «La legítima defensa de un tercero», por LUIS E BACO SÁNCHEZ, pág. 127.
- «Efectos del registro tipo inventario bajo la doctrina de Pueblo V Iris Rodríguez, 91 JTS 49 (1991)», por ANGEL PADILLA, pág. 139.

**REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL**  
**DE TUCUMAN**  
**Número 28 (1990). Tomo I**

- «La Constitución nacional ante el debate de su reforma. necesidad, oportunidad y pauta», pág. 11.

- «Divorcio vincular de cónyuges separados judicialmente», pág. 33.
- «Prescripción y proyecto de unificación», pág. 49.
- «La derogación del arraigo en los Códigos procesales argentinos», pág. 67.
- «El proceso penal como fenómeno del mundo jurídico», pág. 83
- «Responsabilidad de terceros en la quiebra», pág. 97.
- «Accidentes de trabajo *in itinere*», pág. 115.
- «Casación e instancia», pág. 131.
- «Civilización y barbarie», pág. 137
- «Reflexiones en torno a la Ley 21541 de ablación e implantación de órganos y material anatómico humanos y su reforma en el aspecto civil», pág. 143.

## Número 28 (1990). Tomo II

- «Bases para una legislación de contratos agrarios», por FERNANDO P. BREBBIA, pág. 11.
- «Límites a la atribución judicial de suplir el derecho erróneamente invocado o no invocado por las partes», por JOSÉ MARÍA ESTANISLAO PUCCIO, pág. 19.
- «El principio *curia novit iura* en el proceso administrativo», por TOMÁS HUTCHINSON, pág. 27.
- «El régimen jurídico de las aguas como bienes públicos», por ISIDORO H. GOLDENBERG, pág. 41
- «¿Es posible instituir la casación nacional sin necesidad de reformar la Constitución?», por MARIANO ARBONES, pág. 47
- «Nuevos perfiles de un secular régimen de enjuiciamiento», por FRANCISCO J. D'ALBORA, pág. 97.
- «La participación popular en la Justicia», por ROBERTO O. BERIZONCE, pág. 109.
- «La reforma del Código minero», por CARLOS ALBERTO ALMUNI, pág. 119.
- «Fronteras de la prueba», por ENRIQUE M. FALCÓN, pág. 135.
- «Sanciones procesales», por JORGE HORACIO ZINNI, pág. 159
- «Visión de las políticas legales sobre azúcar», por EDUARDO A. PEGRETTI, pág. 177.
- «La tipología en la victimología», por RAFAEL MIRANDA GALLINO, pág. 203.
- «Sobre la jurisdicción, la acción y el proceso como garantías constitucionales», por FERNANDO DE LA RUA, pág. 223.
- «La verdad y el procedimiento penal», por JULIO B. J. MAIER, pag. 239.

## NOTICIAS CEE

### Número 99 (Abril 1993)

- «La Directiva relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales», por GREGORIO ARRANZ PUMAR, pág. 11.
- «El Comité de Regiones: Una nueva creación del Tratado de Maastricht», por ANA GONDON VERGARA, pág. 17
- «Manipulación genética y Parlamento Europeo», por RUBÉN SAENZ GIL, pág. 21.
- «La nueva Ley de Mediación en Seguros Privados y el Derecho comunitario sobre la materia», por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 31.
- «El servicio público de Correos y la Comunidad Económica Europea», por MIGUEL BRAVO-FERRER DELGADO, pág. 43.

- «El derecho de patentes como parte integrante de la unidad de mercado comunitario», por ISAAC IBAÑEZ GARCÍA, pág. 51
- «El sistema legal inglés y la Comunidad Europea», por RICARDO DE OLAGUE Y NEGUERUELA, pág. 61.
- «Derecho constitucional inglés. aproximación al contexto», por JAVIER VIAÑA DE LA PUENTE, pág. 67.
- «Unidad contribuyente en el IRPF. La unidad familiar», por CARMEN JIMÉNEZ ARIAS y CARMEN BAYOD GUINALDO, pág. 77.
- «La inflación y las ganancias de capital», por CARMEN BAYOD GUINALDO, pág. 83

## Número 100 (Mayo 1993)

- «El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad», por GASPAR ARIÑO Y ORTIZ, pág. 9.
- «La nueva regulación comunitaria sobre circulación de capitales y su influencia en la calificación registral de los préstamos hipotecarios exteriores», por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, pág. 19.
- «Reflexiones sobre la Unión Monetaria Europea y el Sistema Europeo de Bancos Centrales», por TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, pág. 37.
- «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios de los abogados», por RAFAEL GARCÍA-VALDECASAS Y FERNÁNDEZ y JOSÉ M. MURIEL PALOMINI, pág. 43
- «Préstamos y avales y control de cambios», por FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, pág. 55
- «La recepción del Derecho comunitario europeo en la jurisprudencia española», por RAFAEL MENDIZÁBAL ALLENDE, pág. 79.
- «El Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre, que desarrolla la Ley de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras», por ENRIQUE PIÑEL LÓPEZ, pág. 85.
- «La Constitución de la Comunidad Europea», por GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, pág. 93.
- «El juez español, primer custodio e impulsor del Derecho comunitario», por FEDERICO C. SAINZ DE ROBLES, pág. 101
- «La sanción de las infracciones al Derecho comunitario», por GIUSEPE TESAURO, pág. 105.
- «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo acerca de la colisión del Derecho comunitario derivado con las normas de Derecho interno», por JUAN MANUEL TRAYTER, pág. 125.

