

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXIII ◦ Septiembre-Octubre 1987 ◦ Núm. 582

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

- D. Carlos M. Hernández Crespo.
- D. Juan-José Benayas y Sánchez-Cabezudo
- D. Pío Cabanillas Gallas.
- D. Antonio de Leyva y Andía.
- D. José Luis Lacruz Berdejo.
- D. Juan Vallet de Goytisolo.
- D. Aurelio Menéndez Menéndez.
- D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
- D. Manuel Amorós Guardiola.
- D. José Antonio Nortes Triviño.
- D. José María Chico Ortiz.
- D. Fernando Muñoz Cariñanos.
- D. José Manuel García García.
- D. Juan Manuel Rey Portolés.
- D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

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

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

- «Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción», por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG 1311
- «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código Civil», por MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ 1431

DICTAMENES Y NOTAS:

- «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA 1463

ACTUALIDAD JURIDICA:

- Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN 1549

JURISPRUDENCIA:

- I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS 1563
- II. Resoluciones de la Dirección General, por ALFONSO PRESA DE LA CUESTA, JUAN PABLO RUANO BORRELLA y JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ 1573
- III. Sentencias del Tribunal Supremo:
1. Derecho civil:
- b) Obligaciones y contratos, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI 1605
- c) Arrendamientos rústicos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ. 1619

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

«Derecho administrativo (organización y empleo público)», de José RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1631
«Curso de práctica registral», de ANTONIO PAU PEDRÓN, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1635
«Jurisprudencia registral», de M. AMORÓS GUARDIOLA y A. PAU PEDRÓN, por JORGE SALAZAR GARCÍA	1637
«Tierra y sociedad en Castilla. Señores, 'poderosos' y campesinos en la España del siglo XVI, de DAVID E. VASSBERG, por MARIANO PESET ...	1639
«Multipropiedad: Confronto a più voci». Actas del Seminario de la Facultad de Derecho de Bari celebrado en mayo de 1984, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ	1642
«Código de las normas autonómicas del País Vasco», de MIKEL BADIOLA GONZÁLEZ, por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ	1647
«La hipoteca en garantía de letras de cambio», de JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, por ANTONIO MANZANO SOLANO	1650
REVISTA DE REVISTAS , por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1663

ESTUDIOS

Cesión de la acción reivindicatoria, escritura e inscripción

SUMARIO: Propósito.—I. *Compra al propietario desposeído documentada en escritura inscrita*. Un problema y dos soluciones: 1.ª Compra de la cosa poseída por un tercero y principios registrales de fe pública y de legitimación. 2.ª Compra de la acción reivindicatoria, excepción necesaria, objetiva y finalista, al principio general de transmisión por compra y entrega (art. 36, 2, LH). Escritura e inscripción: conocimiento manifestado de la desposesión, conocimiento no manifestado, desconocimiento; jurisprudencia (art. 1.462, 2, CC). Precisiones conceptuales: compra de cosa o compra de derecho de propiedad incorporal y controvertido; elección. Precisiones históricas: Roma, Glosa, Codificación.—II. *Sinopsis de las normas fundamentales*. Principio general: voluntad dispositiva, contrato y entrega (art. 609). Excepción: cesión de la acción reivindicatoria (art. 1.526); cosa y acción, derecho y acción; compra especial, efecto traslativo no condicionado, forma y prueba, efectos contra tercero. Obtención judicial de la posesión (art. 41 LH). Carácter general de la cesión. Doble cesión (art. 1.473 CC).—*Conclusión*.

PROPÓSITO

Antecedente de este estudio (al que remiten las citas de páginas, p., y de notas al pie, n.) es el denominado «Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria» (publicado por la *RCDI* en 1980, núm. 537, marzo-abril, págs. 257-384; núm. 538, mayo-junio, páginas 557-598; núm. 539, julio-agosto, págs. 802-857).

Para argumentar el significado, así como la evolución histórica y vigencia de la cesión de la acción reivindicatoria, de tal modo que el lector pudiera, con cierta facilidad, analizar algunos de los textos utilizados y deducir su propia opinión, se transcribieron extensamente bastantes de ellos, sobre todo los de más difícil consulta, no traducidos con anterioridad (IHERING, pág. 314 y sigs.; CARRELLI, pág. 338 y sigs.); pero con tan larga exposición de antecedentes normativos y doctrinales no se llegó a concretar el alcance práctico del estudio, su aplicación a la realidad,

confirmada por la jurisprudencia, y quedó desdibujado el comentario de las normas fundamentales vigentes, aspectos ambos que este estudio adicional, pero preferente, se propone precisar, desde un punto de vista notarial y registral, con referencia a la compra al propietario desposeído (artículo 1.426 CC), documentada en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 36, 2, LH), y al criterio de la jurisprudencia (art. 1.462, 2, CC.).

1. COMPRA AL PROPIETARIO DESPOSEIDO DOCUMENTADA EN ESCRITURA INSCRITA

a) El contrato de compraventa *ordinaria* obliga al vendedor a entregar la cosa al comprador (arts. 1.445 y 1.461), es decir, a «poner en poder y posesión» (art. 1.462, 1), a ceder (art. 460, 2) o transmitir la posesión de la cosa; en el estado físico y jurídico en que se halla al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 1.468, 1), e inmediatamente, «desde luego» (art. 1.113, 1), si el comprador entrega el dinero (artículo 1.466); a menos que la compra no sea pura y simple, porque se convino plazo o condición para una u otra entrega, de la cosa o del dinero.

Por causa de la compra ordinaria, la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa se realiza «mediante» (art. 609) y «desde» (artículo 1.095) la entrega, que es condición legal del efecto transmisivo contratado, de modo que son simultáneas la transmisión de la posesión y la transmisión del derecho de propiedad. Se transmite la cosa, el señorío de derecho y el señorío de hecho, el derecho y la posibilidad de su ejercicio normal, el derecho y la apariencia posesoria.

b) El propietario que perdió la posesión y está desposeído porque otro es el poseedor en concepto de propietario desde hace más de un año (art. 460, 4), si quiere conservar el derecho de propiedad y no perderlo también, ha de ejercitar la acción reivindicatoria para recuperar o recobrar la posesión perdida antes de que el poseedor adquiera la propiedad por usucapión. Entretanto, el poseedor, el aparente propietario, puede vender y entregar la cosa, y el que afirma ser propietario desposeído puede tratar de vender pero no puede entregar la cosa, de modo que, para él, la venta ordinaria es, en la actualidad, una venta imposible objetivamente, por ser en la actualidad imposible su objeto inmediato, el cumplimiento de la obligación de dar; y en el futuro continuará siendo imposible a menos que se logre recuperar la posesión (arg. art. 1.272). Así, «no hay contrato» de compra ordinaria (arg. art. 1.261, 2.º), aunque pueda haber contrato de compra *especial*.

El problema que existe, la imposibilidad de contratar válidamente

una compra *ordinaria* por su objeto inmediato (que es la compra de una cosa poseída por el vendedor, la compra del derecho de propiedad y de la posesión, que obliga a realizar la prestación de dar, a entregar la cosa, en la actualidad, salvo pacto), se resuelve si se contrata una compra *especial* en la que se considere la actual necesidad y probabilidad de recuperar la posesión de la cosa y la futura restitución o devolución por el poseedor, mediante su reivindicación por el propietario, sea el vendedor como actual propietario hasta la entrega (arts. 1.445, 609 y 1.095), sea el comprador como actual propietario desde la compra (art. 1.526), por excepción al principio general de la necesidad de la tradición (artículos 609 y 1.095).

1. Estas dos compras especiales, las dos soluciones contractuales, que son alternativas, se denominarán, en adelante, «solución *primera*» y «solución *segunda*», exclusivamente en atención al orden de su aparición en la evolución histórica del Derecho romano, pues la segunda es la solución nueva en aquel Derecho, y al carácter excepcional de la segunda, aunque es la más aconsejable si se consideran los normales fines e intereses de las partes contratantes en los casos para los que fue concebida, y es la prioritaria en nuestro Derecho vigente (arts. 1.526 y 1.460, 2).

2. También se denominarán, respectivamente, en atención a su objeto especial, compra de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero, o bien «compra de la *cosa* poseída por un tercero», y compra de la acción reivindicatoria de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero, o bien «compra de la *acción* reivindicatoria».

3. Cuando se compra la cosa poseída por un tercero, sin perjuicio de que el vendedor continúa siendo propietario hasta la entrega y ha de reivindicar para recuperar y entregar la posesión, se puede convenir por pacto adicional, simultáneo o posterior a la compra, la autorización para el ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor, incluso con facultad para ocultar la autorización, instrumentada normalmente como un mandato representativo, y esta compra con autorización ocultable se denomina cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria o cesión no traslativa o cesión impropia, porque se contrapone a la cesión, propiamente dicha, traslativa, de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad del que deriva la acción. Así, este estudio se referirá especialmente a la contraposición entre las dos compras especiales, de la cosa o de la acción, enmascarada como contraposición entre cesión del ejercicio de la acción y cesión traslativa de la acción, entre

«*cesión impropia*» y «*cesión*», es decir, entre apariencia y realidad de la adquisición del derecho de propiedad por compra al propietario desposeído.

Se usan, pues, expresiones elípticas y de un significado no evidente, que conviene precisar, lo que se hará a la vez que se estudian las consecuencias notariales y registrales de la aplicación de una y otra solución a un caso supuesto, para simplificar la exposición del tema, sin perjuicio de resumir, más adelante, el objeto y la naturaleza jurídica de cada una de estas compras especiales.

El tema esencial de este estudio se resume así:

1.º Es imposible la compra ordinaria al propietario desposeído, pero son posibles dos compras especiales, ya que el derecho de propiedad o la acción reivindicatoria para recuperar la posesión puede atribuirse al vendedor, cuando es propietario hasta la entrega, o al comprador, cuando es propietario desde la compra.

2.º Es importante distinguir una y otra solución al interpretar las normas vigentes: los contratantes han de elegir y someterse a las consecuencias correspondientes a una o a otra, ambas legales.

En cambio:

1.º La opinión hoy común, la de IHERING y sus seguidores, con diversos matices, considera que sólo es posible legalmente la solución primera, porque estima subordinada la realización del efecto de la cesión de la acción reivindicatoria al principio general de la transmisión de la propiedad por compra y entrega, en todo caso, sin excepción alguna. Sólo estima posible como cesión la del ejercicio de la acción o cesión impropia, a la que denomina cesión, sin adjetivo calificativo alguno, lo que da lugar a cierta confusión.

2.º Otro estado de opinión se inclina a admitir la legalidad de la solución segunda, de la transmisión por compra de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad de pertenencia controvertida, pero al interpretar los textos normativos romanos no advierte que son posibles dos soluciones radicalmente alternativas y considera concurrentes, en cualquier caso concreto, la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario, con lo que involucra o confunde la llamada cesión impropia con la cesión propiamente dicha. Así ocurre desde que la *Glosa* interpretó el Derecho romano en la Edad Media, sin los recientes conocimientos de crítica de textos, de carácter histórico, sustantivo y procesal a la vez.

Por otra parte, se suelen referir estos conocimientos a la cesión de créditos pero no a la cesión de la acción reivindicatoria, objeto de este estudio, fundado en textos normativos y opiniones que parece son inconciliables pero que se pueden conciliar desde un punto de vista histórico, coherente con los fines e intereses humanos que eran y son idénticos en su esencia, sin que esto suponga aplicar el método dialéctico hegeliano, labor de síntesis superdota de las contradicciones, si se considera la importancia de la reivindicación para la recuperación de la posesión, a la que se ha de referir la posibilidad teórica y legal no de una sino de dos soluciones, distintas conceptualmente y alternativas por su aplicación, que sólo en este sentido son contradictorias.

I. La primera parte de este estudio expone la aplicación práctica de ambas soluciones para precisar los conceptos y el origen histórico.

II. La segunda parte resume el comentario de las normas fundamentales que rigen la segunda solución, la cesión de la acción reivindicatoria.

UN PROBLEMA Y DOS SOLUCIONES

Como se ha dicho, parece conveniente analizar un caso supuesto, en que el propietario necesita urgentemente vender y cobrar el precio, sin esperar a recuperar la posesión para entregar la cosa y recibir el dinero, en relación con cada una de las dos soluciones, para reconsiderar la jurisprudencia a continuación; este caso puede ser el siguiente, por ejemplo:

En Madrid vive V. (vendedor), de sesenta y cinco años de edad, viudo, con un solo hijo, técnico industrial, de posición económica media, que algunos años atrás heredó de su padre unas buenas fincas rústicas, de secano, cereales, dispersas en el término de su pueblo de origen, para él prácticamente lejano y del que se marchó siendo muy joven; no obstante, se preocupó de formalizar la escritura particional de la herencia y de registrarla. Administra las fincas un pariente que vive en otro pueblo próximo.

V. ha de ser intervenido quirúrgicamente de una dolencia cerebral, con grave riesgo de muerte o incapacidad, y como su hijo vive en Nueva York piensa ir allí a que le operen, para luego quedarse a vivir con él.

V. está en tratos muy avanzados con su hermano C. (comprador), agricultor, que no vive en el mismo pueblo, para venderle todas las fincas, por un precio alzado que cobrará al contado inmediato, ya que necesita disponer del dinero de la venta lo más pronto posible.

C. realiza algunas gestiones en el pueblo y, por las manifestaciones de un cultivador colindante, llega a conocer que la mejor de las fincas

la trabaja P. (poseedor), quien dice es el propietario, desde hace casi dos años. Pero C. teme que sean más años y decide no preguntar directamente a P. por si V. pudiera resultar perjudicado.

Los dos hermanos desean que el problema aparecido se resuelva fraternalmente, considerando que V. no quiere pleitos ni puede esperar a que termine el prácticamente inevitable litigio, y está dispuesto a rebajar el precio en la medida adecuada, aparte de que C. quiere ayudarle, sin olvidar su interés propio, pero ha de saber en qué condiciones puede comprar y pagar inmediatamente el precio que se calcule en atención a los riesgos y gastos que asuma. Deciden consultar las posibles soluciones al abogado de V. (el señor don J. GONZÁLEZ IHERING, de ilustres apellidos) y al abogado de C. (el señor don P. GÓMEZ DE LA SERNA Y CARRELLI, también con apellidos ilustres), acompañados de un hijo de C., que está terminando sus estudios de Derecho.

Para exponer el tema, en adelante, con la palabra caso se aludirá al descrito, al hecho de la desposesión y al consiguiente problema de la necesidad de reivindicar para recuperar la posesión, y se distinguirán los supuestos del conocimiento y del desconocimiento de la desposesión del vendedor, del caso conocido y del caso desconocido, paralelos a los de mala fe y buena fe frente a la usucapión consumada (art. 36, 1), pero no equiparables, por referirse a la posesión apta para la usucapión por un tercero, en la que no cabe hablar de mala fe del comprador sólo por el hecho de que conozca la desposesión del vendedor (art. 36, 2).

Así, se estudiará la escritura en que se manifiesta la desposesión conocida y la escritura en que no se manifiesta la desposesión, escritura ésta que será de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, bien porque es conocida la desposesión pero no se manifiesta, más o menos conscientemente, o incluso se oculta, disimula o silencia, y parece que es desconocida la desposesión («conocimiento no manifestado de la desposesión»), o bien porque verdaderamente es desconocida la desposesión al contratar («desconocimiento de la desposesión»).

SOLUCIÓN 1.^a COMPRA DE LA COSA POSEÍDA POR UN TERCERO
EN CONCEPTO DE PROPIETARIO Y PRINCIPIOS REGISTRALES
DE FE PÚBLICA Y DE LEGITIMACIÓN

El abogado de V. informa lo siguiente:

Se plantea el caso de un pretendido propietario desposeído, que ha perdido la posesión porque ya no puede recuperar la cosa ejercitando el interdicto de recobrar (arts. 460, 4, y 1.968, 1.), pero que, al parecer, aún no ha perdido el derecho de propiedad por usucapión consumada

y ha de recuperar la posesión judicialmente. Además, en este caso hay que buscar una solución urgente, atendidos los fines de las partes y los intereses en juego.

Principio general civil

El derecho de propiedad del propietario poseedor se transmite por la compra y desde la entrega o transmisión de la posesión (arts. 609, 1.462, 1, y 1.095), a la que equivale el otorgamiento de la escritura pública, salvo pacto (art. 1.462, 2); pero el propietario desposeído que quiere transmitir su derecho vendiendo tropieza con la imposibilidad de dar cumplimiento normal a la obligación de entregar, exigible inmediatamente después de la compra si el precio ha sido pagado o se aplazó su pago (art. 1.466 y otros): de modo que podrá vender, pero de momento continuará siendo el propietario, puesto que si no se transmite la posesión de la cosa no se transmite el derecho de propiedad (art. 1.095): sólo si, eventualmente y con mayor o menor probabilidad, recupera la posesión en concepto de dueño, por avenencia con el poseedor o ejercitando en procedimiento judicial su derecho a poseer o la acción reivindicatoria, es decir, sólo si vuelven a concurrir la propiedad y la posesión en la misma persona, podrá entregar la cosa, y desde que efectivamente la entregue, aunque sea por acuerdo de interversión posesoria. *brevi manu* o por *constituto posesorio*, se transmitirá la posesión y la propiedad al comprador. Todo esto porque legalmente se estima conveniente que la posesión y la propiedad no se disocien y se transmitan simultáneamente, para que coincidan la apariencia y la realidad de la pertenencia del derecho de propiedad, que en este caso están disociadas, situación anómala que conviene cese.

Aplicación notarial y registral

A) Conocimiento manifestado de la desposesión.

a) Antes de que el propietario recupere la posesión es improcedente autorizar la normal escritura de adquisición de la propiedad por compra mediante entrega (inmediata) por el otorgamiento: la escritura sería prematura. Si acaso llegara a autorizarse una escritura de la que resulte que el vendedor no es poseedor, el Registrador no practicaría la inscripción, porque consta documentalmente que aún no se ha transmitido el derecho de propiedad al comprador, quien sólo tiene un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem* (arts. 1.º y 2.º, *a contrario*, LH, y 9.º RH). Así pues, se ha de diferir el otorgamiento de la escritura de compra y de entrega, ya que ésta sería aparente pero no real.

b) Sin embargo, puede contratarse la transmisión del dominio por compra y entrega, aunque serán dos momentos no inmediatos entre sí, sino distantes en el tiempo, el de la perfección de la compra con la simultánea adquisición del *jus ad rem*, y el de la efectiva entrega con la simultánea adquisición del *jus in re*.

1. Se puede suscribir un documento privado de compra sin entrega inmediata, que exponga el caso y precise los acuerdos alcanzados respecto a la cuantía del precio, la reivindicación obligada para recuperar la posesión y cumplir el deber de entregar, las diferidas entregas de la cosa y del dinero, incluso la forma de entrega, el incumplimiento y sus consecuencias, obligación de saneamiento, etc.

Si las partes contratantes lo desean, porque el vendedor no quiere litigios en la medida de lo posible y porque al comprador también le interesa ayudarle, en el documento de compra, además de los pactos expresados, se incluirá uno referente al inmediato otorgamiento de una escritura pública de mandato representativo, de un poder notarial, en interés propio del vendedor y también del representante comprador, que será irrevocable por esta causa, en virtud del cual, con los condicionamientos acordados, el vendedor actuará, en adelante, representado por el comprador, quien, autorizado por el vendedor, se encargará, como mandatario en interés propio (según se dice), de gestionar la solución del caso y, muy especialmente, de proceder en juicio contra el poseedor para recuperar la posesión, ejercitando la facultad de poseer y la acción reivindicatoria del vendedor, que es inseparable de su derecho de propiedad, en el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41 LH) mejor que en juicio declarativo ordinario, con intervención de abogado y procurador. Si en el procedimiento se obtiene resolución estimatoria, seguirá la toma de posesión por el vendedor, representado por el comprador. Desde entonces es posible realizar la entrega al comprador.

2. Si la compra incluye pacto de entrega *brevi manu*, el comprador que obtiene judicialmente la posesión en nombre y como representante del vendedor, inmediatamente, en virtud de dicho pacto, por inversión o interversión posesoria, cambio del concepto en que se posee, pasa a poseer en concepto de propietario, es decir, recibe del vendedor la posesión y adquiere el derecho de propiedad.

Pero tal pacto se presume cuando se ha convenido otorgar escritura pública de compra y de entrega por el otorgamiento para poder registrar la adquisición.

Previendo que el vendedor no pueda otorgar la escritura personalmente, por estar ausente (pero no difunto o en situación de incapacidad sobrevenida), incluso puede pactarse, en la compra y en el mandato referidos,

que en dicha escritura intervenga el comprador en nombre propio, como comprador, y en nombre del vendedor, como apoderado con facultades de autocontratación.

De este modo, la documentación de la transmisión comprende un documento privado de compra, con una adicional escritura pública de mandato, y una escritura pública de compra (ya contratada antes) y de entrega por el otorgamiento.

Así, la escritura que inicialmente quedó diferida se otorgará después de obtenida la resolución favorable y la posesión, cuando el problema inicial ya no existe porque ha sido resuelto.

Esta escritura accederá al Registro de la Propiedad concurriendo a favor del vendedor la presunción civil de pertenencia de la propiedad al poseedor (art. 448) y las presunciones registrales de pertenencia de la propiedad al titular registral y de posesión por el mismo (art. 38, 1, LH), cuando ya no hay discordancia entre posesión y Registro o inscripción, entre apariencia o publicidad posesoria o real y apariencia o publicidad registral o formal, con sus respectivas presunciones, cuando el comprador es propietario, por compra y entrega, cuando ya no cabe hablar de desposesión declarada.

Pero esto ocurre después de transcurrido un lapso de tiempo más o menos largo, desde la perfección de la compra, lo que no responde a los intereses de las partes contratantes.

B) Conocimiento no manifestado o desconocimiento de la desposesión.

En el caso planteado por los dos hermanos, si C. no hubiera realizado las gestiones que le hicieron conocer la desposesión de V. se habría autorizado la escritura de compra y de aparente entrega por el otorgamiento y se habría registrado sin dificultad, porque el vendedor inscrito es presunto propietario y poseedor (art. 38, 1) y de la escritura nada consta en contrario.

Al tiempo de comprar hay discordancia entre la apariencia registral, con la presunción correspondiente de pertenencia del derecho de propiedad al vendedor titular registral, más la presunción de posesión por el mismo (art. 38, 1), y la apariencia posesoria, con la presunción correspondiente de título adquisitivo del derecho por el poseedor (art. 448), y tal discordancia entre la legitimación registral y la legitimación posesoria ha de ser resuelta.

a) Según una opinión, cuando es desconocida la desposesión la discordancia se resuelve legalmente haciendo prevalecer la apariencia registral, las presunciones registrales, o sea, el principio de exactitud del

Registro, extendiendo la normal protección del principio de *fe pública registral* al ampliar el concepto de buena fe al desconocimiento del hecho (o de las consecuencias jurídicas del hecho) de la posesión en concepto de dueño por persona distinta del titular registral (art. 36, 1 y 2), de tal modo que el comprador que desconoce ese hecho e inscribe su título de compra adquiere el derecho de propiedad y así prevalece su adquisición frente al poseedor, sea éste ya propietario por usucapición consumada, que pierde la propiedad usucapida, o sea solamente poseedor usucapiente, puesto que, pese a su posesión y a la correlativa falta de posesión del vendedor, el comprador adquiere el derecho de propiedad sin haber obtenido la posesión. En cierto modo, la inscripción, o mejor dicho el efecto adquisitivo de la fe pública registral, suple la falta de los dos presupuestos de la transmisión por compra y entrega que son la propiedad y la posesión del vendedor, y suple el efecto traslativo de la entrega actual imposible.

Así, la confianza o creencia del comprador en la exactitud del Registro, su buena fe registral, no ya sólo respecto a la pertenencia del derecho al titular inscrito, a la que ha de referirse la usucapición consumada, sino también en cuanto a que el titular registral posee la finca como dueño (artículo 38. 1), es determinante del efecto adquisitivo del derecho de propiedad por compra al titular registral que realmente no posee, cuando el poseedor ya era propietario por usucapición consumada y el vendedor no era propietario ni poseedor (art. 36, 1) y, con mayor razón, cuando el poseedor aún no es propietario por usucapición y el vendedor es propietario no poseedor (art. 36, 1, en cuanto a la usucapición que podría consumarse dentro del año siguiente a la compra, y art. 36, 2, en cuanto a la posesión apta para la usucapición aún no consumada al interrumpirla).

Pero no queda protegido registralmente por dicho principio el comprador que tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer dicha posesión, aunque no la conozca y así lo manifieste; el Juez apreciará dichos medios y motivos, en cada caso, como cuestión de hecho, aunque se presume el desconocimiento y no se pruebe el conocimiento. Se equipara al conocer el desconocer legalmente inadmisibles o indebidos (caso ignorado por culpa o negligencia inexcusable para la ley).

Además, el comprador ha de interrumpir la posesión dentro del año siguiente a la compra para que, por efecto de dicho principio, prevalezca ésta frente a la usucapición ya consumada al comprar o consumada dentro de dicho año y antes de la interrupción; se le concede un año de gracia para que pueda llegar a conocer y a interrumpir la posesión (art. 36, 1, b)).

La posesión quedará interrumpida desde el acto de conciliación si es seguido de demanda en plazo de dos meses (art. 1.947) o desde la citación

judicial al poseedor demandado (arts. 1.945 y 1.946), sin perjuicio, claro está, de la improbable interrupción por el reconocimiento del poseedor (artículo 1.948).

Se podría ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor en juicio declarativo ordinario, pero, por lo que se dice a continuación, es más aconsejable el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41) en que el comprador inscrito pretende obtener la posesión ejercitando el derecho o facultad de poseer que corresponde al dueño, al amparo de la presunción de pertenencia del derecho de propiedad resultante de la inscripción de la compra (art. 38, 1). El poseedor en concepto de propietario, pese a la presunción de título adquisitivo del derecho de propiedad que a causa de la posesión le concede el Código Civil (art. 448), sólo puede oponerse, contraredecir la instancia e impedir dicha ejecución posesoria, por cuatro causas, que ha de probar en cada caso, la más importante tener derecho a «poseer la finca por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito (comprador), según el artículo 36» (art. 41, 6, causa 2.^a); de este modo queda limitada la posibilidad de oposición por el poseedor e invertida la carga procesal de la prueba de la pertenencia del derecho, que normalmente corresponde al no poseedor (art. 448), ya que ahora el poseedor tendrá que probar que tiene derecho a poseer, por título o por usucapión, y así resulta prudentemente debilitada la defensa del poseedor sin derecho frente al titular registral, en relación con la que podría oponer en el juicio declarativo ordinario.

1. Podrá impedir la ejecución el poseedor en concepto de propietario que pruebe título adquisitivo de la propiedad (compra y entrega, en su caso), derivado de un titular registral de la misma finca, o que pruebe usucapión consumada por él, y además, que el comprador no es de buena fe, porque conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al perfeccionarse la compra, el hecho de la posesión en concepto de dueño por el contradictor y no por el vendedor (art. 36, 1), realidad que debió inducirle a poner en duda la exactitud del Registro en cuanto a la pertenencia del derecho de propiedad.

2. También, según la opinión que se expone, podrá impedir la ejecución el poseedor que no logre probar la consumación de la usucapión pero pruebe que el comprador no es de buena fe, si el poseedor alega que, registralmente, la falta de buena fe del comprador (tanto en el caso conocido, aunque silenciado, como en el caso desconocido por negligencia) impide el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral, y añade que, civilmente, el comprador no podía reivindicar y obtener la posesión

porque no ha adquirido la propiedad, ya que no se ha realizado la entrega exigida por el artículo 609 (art. 36, 2, por su remisión al art. 36, 1, y artículo 41, 6, 2.^a, por su remisión al art. 36). Así, el titular registral es un aparente propietario; el verdadero propietario es el vendedor, y contra él se continúa poseyendo. La apariencia posesoria ha de prevalecer sobre la apariencia registral, excepto si la apariencia registral está amparada por el principio de fe pública registral.

b) Según otra opinión, que parece la más acertada y es la que acepta el letrado informante, dejando aparte otras varias, el principio de fe pública registral, con su exigencia de buena fe, sólo se refiere a la usucapación consumada, a la pertenencia del derecho, pero no a la posesión apta para usucapir (art. 36, 1).

La simple falta de posesión del vendedor propietario, titular registral, y la consiguiente falta de tradición al comprador que inscribe, no ha de ser suplida por el principio de fe pública registral, con su exigencia de la buena fe del comprador, según dos normas importantes. Una norma (artículo 36, 2) da por supuesta la adquisición de la propiedad por dicho comprador inscrito, al permitirle interrumpir la posesión incluso después del año siguiente a la compra, y, a la vez, no condiciona a su buena fe la eficacia de la interrupción dentro de dicho año (ya que el art. 36, 2, al referirse al art. 36, 1, sólo alude al plazo de un año y a la forma del no consentimiento, expreso o tácito). Y otra norma (art. 41, 6, 2.^a) permite que el poseedor deje de poseer sin que pueda alegar eficazmente frente al comprador inscrito la falta de posesión del vendedor, puesto que exige al poseedor la prueba de su derecho a poseer, adquirido por título derivado de un titular registral o por usucapación consumada (art. 36, 1), según constante jurisprudencia de apelación ante las Audiencias (v. CABALLERO GEA, J. A.: *Desahucios. Procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Pamplona, 1985, págs. 93 y sigs.)

Se opina que el principio de *legitimación registral*, con sus presunciones de pertenencia y de posesión (art 38, 1), mediante el procedimiento de ejecución posesoria sumaria (art. 41, 6, 2.^a) ampara suficientemente al aparente y presunto propietario, al comprador inscrito que compró a un propietario inscrito desposeído, pues el vendedor desposeído pudo fácilmente, antes de vender, recuperar la posesión mediante el procedimiento de ejecución posesoria sumaria y el comprador inscrito merece tanta protección como pudiera tener el vendedor inscrito, para garantizar el tráfico jurídico de derechos.

Pero —dice el letrado— sinceramente no acabo de comprender el fundamento legal de esta opinión si se entiende que la adquisición de la

propiedad es consecuencia de la obtención de la posesión mediante dicho procedimiento, pues queda sin explicar la situación anterior a la obtención de la posesión.

No obstante, el letrado, consecuente con su opinión, propone a los dos hermanos consultantes que otorguen la compra en escritura pública, en la que oculten, disimulen o silencien la desposesión de V. y la autorización o mandato conferido, para que C. pueda inscribir y proceder a la ejecución posesoria sumaria como titular registral, con lo que podrá obtener fácilmente la posesión y, al mismo tiempo, la propiedad (art. 41). Esta proposición la complementa de modo adecuado para su aplicación práctica con el correspondiente documento aclaratorio, aunque ahora no parece necesario exponer detalles, sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, al comprar esta solución con la segunda.

SOLUCIÓN 2.^a COMPRA DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA
DE LA COSA POSEÍDA POR UN TERCERO EN CONCEPTO
DE PROPIETARIO; EXCEPCIÓN NECESARIA, OBJETIVA
Y FINALISTA, AL PRINCIPIO GENERAL DE TRANSMISIÓN
POR COMPRA Y ENTREGA

A su vez, el abogado de C., después de ser informado de cuanto dijo el abogado de V., manifiesta que éste ha explicado la solución conforme al principio general del artículo 609, la compra al propietario desposeído de la cosa poseída por un tercero, para recibir la posesión y adquirir la propiedad después de la eventual recuperación de la posesión por el propietario desposeído al tiempo de perfeccionarse la venta, y que también ha explicado el letrado su aplicación registral en la práctica. Según la opinión hoy común, esta es la única solución al problema de la posesión perdida.

Excepción al principio general civil

Pero, conforme a la interpretación histórica, lógica, teleológica y sistemática del principio general del artículo 609, según la interpretación tradicional y clásica, es posible y necesaria, además, la solución excepcional a dicho principio de la denominada cesión de la acción reivindicatoria (artículo 1.526), que significa la compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, con su inseparable acción reivindicatoria, derecho que se transmite al comprar, por lo que será el mismo comprador quien, como propietario no poseedor, derechohabiente del propietario desposeído, podrá obtener la posesión judicialmente, sin entrega por el vendedor. Cuando la propiedad y la posesión están diso-

ciadas es posible y lógico que la situación de disociación, que impide la normal entrega, se haga cesar por el vendedor o por el comprador, según se acuerde en el contrato de compra especial, aunque la ley considera acordado que la recuperación se ha de realizar por el comprador propietario, si no se contrata otra solución (art. 1.460, 2).

Aplicación notarial y registral

A) Conocimiento manifestado de la desposesión.

Como ya dijo el abogado de V., es muy difícil que se autorice una escritura de compra a un vendedor que se declara desposeído y vende o cede la acción reivindicatoria, o, lo que es lo mismo, vende o cede el derecho de propiedad de la cosa que posee un tercero, el derecho sin la posesión. Aunque se autorizara tal escritura, es prácticamente imposible que se llegue a inscribir en el Registro de la Propiedad si se tiene en cuenta el arraigo de la opinión hoy común.

B) Conocimiento no manifestado o desconocimiento de la desposesión.

Asimismo, conforme a la opinión del letrado de V., en el caso planteado por los dos hermanos consultantes, el vendedor desposeído y el comprador que conoce el hecho de la desposesión pueden convenir que el vendedor manifieste o declare poseer la finca si en la Notaría se le pregunta al respecto, y que no manifieste o declare, que oculte, silencie o disimule, su desposesión si no se le ha preguntado pero en la escritura consta y se lee que es poseedor porque así se ha de presumir. No manifestada la desposesión se podrá autorizar una escritura de compra y aparente entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2) y se logrará que se registre. Nada impide que en documento privado complementario se concreten los pactos que no se pudieron incluir en la escritura de compra para no desvelar la falta de posesión del vendedor, pactos que normalmente serán obligacionales y no registrables.

El comprador, amparado por el principio de legitimación registral, actuando como propietario por compra, en nombre propio, podrá instar la obtención de la posesión en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria (art. 41). Como el poseedor, por hipótesis, no tiene título adquisitivo de la propiedad derivado de un titular registral de la misma finca y no puede probar el tiempo necesario para que resulte consumada la usucapión, es inaplicable la causa segunda de oposición si la alega en su «demanda de contradicción» de la instancia de ejecución.

De este modo, el propietario por compra obtiene la posesión sin tener

que acudir al juicio declarativo ordinario, en el que el poseedor habría podido alegar la desposesión del vendedor, forzando al comprador propietario a probar la posibilidad legal y la aplicabilidad a su compra del efecto de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del controvertido derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído.

Antes de comprar hay discordancia entre el Registro y la Posesión, entre la apariencia y presunción registral de pertenencia del derecho de propiedad al vendedor titular registral (art. 38, 1) y la apariencia y presunción posesoria de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor (artículo 448), entre legitimación registral y legitimación posesoria. Esta discordancia se resuelve en cuanto a la usucapión consumada conforme al principio de fe pública registral, y en cuanto a la posesión apta para la usucapión aún no consumada porque la compra transmite el mismo derecho que tiene el vendedor conforme a una norma civil (art. 1.526), sin necesidad de inscribir. En cambio, para el abogado de V. la discordancia se resolvía, en todo caso, registralmente, por el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral en cuanto a la usucapión consumada, y por efecto, no bien aclarado, del principio de legitimación registral respecto a la posesión apta para la usucapión.

a) El principio de fe pública registral protege al comprador de buena fe, inscrito, frente a la discordancia provocada por la usucapión consumada antes de la compra, o, incluso, dentro del año siguiente, en el año de gracia. La presunción registral de pertenencia del derecho, primero al vendedor al tiempo de vender y luego al comprador inscrito, prevalece sobre la contemporánea o simultánea presunción de título adquisitivo del derecho por el poseedor, por el efecto adquisitivo de la compra con buena fe, una vez inscrita (art. 36, 1).

Pero frente a la posesión apta para la usucapión, contra la que existe la acción reivindicatoria, el comprador inscrito no necesita que se produzca el efecto adquisitivo del derecho por aplicación del principio de fe pública registral, que quedaría condicionada a su buena fe, o sea, al desconocimiento de dicha posesión, porque ya civilmente es propietario por el efecto adquisitivo del derecho que resulta de la cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído, con independencia de su irrelevante desconocimiento o conocimiento de la desposesión al perfeccionarse la compra.

b) El comprador tampoco necesita de un hipotético efecto adquisitivo, por consecuencia procesal del principio de legitimación registral, en su aspecto de presunción de pertenencia del derecho al vendedor, como simple presunción que admite prueba en contrario, porque ya es propietario por y desde la compra, antes de obtener la posesión, aunque

se puede aprovechar de dicha presunción a efectos probatorios del derecho del vendedor inscrito.

Es decir, para nada tiene que suplir el Registro la falta de posesión del vendedor y la falta de tradición, porque la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del vendedor se realiza, civilmente, por y desde la compra, antes de obtener la posesión, sin entrega del vendedor. Así se desvanecen todos los problemas conceptuales que tanto preocupan a quienes rechazan la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo del derecho de propiedad incorporal y controvertido, y se simplifica la interpretación de algunas normas, incluso de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 que parece haberse olvidado de dicha posibilidad.

1. La necesidad de tradición para la transmisión del derecho de propiedad por compra queda reducida a sus justos límites, referida a la entrega actualmente posible, cuando el vendedor es poseedor al vender, o a la entrega que en el futuro resulte posible si se logra recuperar la posesión perdida, sin perjuicio de que se convenga alternativamente la actual cesión de la acción reivindicatoria, como compraventa especial por su objeto inmediato. De este modo no es preciso exigir más de lo que pueden ofrecer, a la inscripción, a las presunciones registrales y a los principios de fe pública y de legitimación registral.

2. El comprador cesionario de la acción reivindicatoria no necesita apoyarse en la inscripción y en la presunción registral de la posesión (artículo 38, 1) para adquirir (fe pública) o para que parezca que ha adquirido (legitimación), ya que realmente adquirió el derecho, incorporal y controvertido, aunque la realidad posesoria sea contraria a la presunción registral de posesión; que aún será de utilidad para el Registrador que califica y para los contratantes (mientras se interprete que no es legalmente posible la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo del derecho del propietario desposeído), cuando se trata de inscribir una escritura de compra y (aparente) entrega por un vendedor desposeído (salvo art. 1.460, 2).

3. La norma que regula la colisión entre posesión e inscripción (artículo 36) tiene una interpretación sencilla. Su punto primero (art. 36, 1) se refiere a la usucapión, consumada al perfeccionarse la compra o dentro del año siguiente. Su punto segundo (art. 36, 2) se refiere a la posesión apta para la usucapión, aún no consumada al interrumpirla.

El comprador que conoce al comprar, o que llega a conocer dentro del año siguiente a la compra, la desposesión del vendedor, puede dudar y temer que el poseedor ya ha consumado la usucapión o que podría

llegar a consumarla antes de terminar dicho año. Según el precepto (artículo 36), si en forma civil y procesal adecuada se opone a la posesión e intenta su interrupción dentro de dicho año, frente al propietario por usucapión queda protegido por el principio de fe pública registral y, siempre que el comprador sea de buena fe, prevalece su compra y adquiere el derecho comprado (art. 36, 1); frente al poseedor que aún no ha adquirido por usucapión consumada, civilmente queda interrumpida y abortada la usucapión, aunque el comprador conozca, al comprar, la desposesión del vendedor, porque el comprador cesionario de la acción reivindicatoria es propietario por la compra y desde la compra y no necesita amparo alguno del principio de fe pública registral (art. 36, 2).

Si el comprador deja transcurrir el año siguiente a la compra sin oponerse a la posesión, se expone a que quede consumada la usucapión después de la compra, dentro de dicho año o después de él, porque la inscripción, por sí sola, no interrumpe la posesión, no la deja sin efecto, y el tiempo transcurrido se computa contra el comprador y, en este sentido, le perjudica (art. 36, 2).

Este perjuicio no impide que se interrumpa la posesión cuando la oposición se formaliza antes de que la usucapión se haya consumado. Si la oposición se formaliza dentro del año de gracia sólo hay que contar el tiempo transcurrido desde la compra para saber cuándo termina el año, sin que importe el tiempo transcurrido desde que empezó la posesión apta para la usucapión. Pero si la oposición se formaliza después de dicho año hay que computar y contar o calcular el tiempo transcurrido desde que empezó la posesión en concepto de propietario apta para la usucapión hasta el momento de la oposición, para averiguar si ha transcurrido o no el tiempo necesario para la adquisición por usucapión.

4. La segunda causa de oposición a la instancia de ejecución registral (artículo 41, 6, 2.^a) se refiere a una usucapión consumada, que puede prevalecer contra el comprador (art. 36, 1); el poseedor tendrá que probar no sólo el transcurso del tiempo necesario para la usucapión, sino, además, la mala fe del comprador, que conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, al perfeccionarse la compra, la posesión en concepto de dueño ejercida por el contradictor.

Pero dicha causa segunda no se refiere a la posesión apta para la usucapión, aún no consumada, de modo que el poseedor no puede impedir la ejecución posesoria, porque no puede probar que ha transcurrido tiempo suficiente para la usucapión alegada, aunque pruebe que el comprador conocía la posesión del tercero; es decir, que no le basta alegar y probar la posesión propia y la ahora mal denominada mala fe del comprador. La oposición por causa de posesión no habría sido admisible frente al titular

registral del dominio que ha vendido si éste hubiera instado la ejecución antes de vender, porque se regula el procedimiento de ejecución registral (artículo 41), principalmente, contra el poseedor en concepto de propietario sin derecho a poseer, opuesto al titular registral del derecho de propiedad, mas tampoco cabe oponer tal posesión frente al comprador inscrito, porque dicho procedimiento es aplicación procesal del principio de legitimación registral, de la presunción de pertenencia del derecho, al vendedor hasta la venta y al comprador desde la compra, siempre que esta presunción no conste formalmente contradicha al comprar ni al actuar procesalmente (art. 38, 2); el procedimiento no es aplicación procesal del principio de fe pública registral, aunque en él pueda alegarse por el contradictor la mala fe del comprador cuando éste pretende ampararse en el principio de legitimación registral (art. 41) y en el de fe pública registral (art. 36, 1, en relación con la causa 2.ª de oposición) contra el poseedor que ya es propietario por usucapión y no sólo poseedor no propietario.

El poseedor tampoco puede oponer que, civilmente, el comprador no es propietario porque no recibió la entrega, ya que el vendedor estaba desposeído, pues esta es una cuestión de interpretación del efecto traslativo de la compra, sea mediante la tradición o entrega de la cosa poseída por el vendedor, sea por cesión de la acción reivindicatoria para recuperar la cosa poseída por un tercero, en su caso, que sobrepasa los límites estrictos de las causas de oposición a la instancia de ejecución y que sólo cabe alegar, aunque sea sin éxito, en juicio declarativo ordinario. Las resoluciones de las Audiencias, en apelación contra la resolución del procedimiento de ejecución posesoria sumaria, se apoyan en que la finca, presuntamente, ha sido adquirida por el titular registral en virtud de la compra a un titular registral anterior, sin excluir, no obstante, la ejecución a favor del inmatriculante.

Al titular registral del derecho de propiedad, el poseedor sólo puede oponer, prácticamente, que tiene derecho a poseer, adquirido por título derivado de un titular registral o por usucapión, y lo ha de probar.

En principio, se puede formalizar la contradicción antes de que se consume la ejecución o efectuación posesoria, entablando demanda de nulidad o cancelación de la inscripción del comprador (art. 38, 2), en juicio declarativo ordinario plenario (art. 42, ap. final), que podrá ser objeto de anotación preventiva de demanda (art. 42, 1), pero no oponiendo simplemente una demanda de contradicción a la instancia de ejecución en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria.

Es evidente que este efecto procesal de la protección del principio de legitimación registral al titular del derecho según la inscripción vigente favorece decisivamente al que compró al titular desposeído e insta la eje-

cución de su derecho a poseer (art. 41) para obtener la posesión, no la propiedad que le pertenece civilmente, porque, al limitarse las causas de oposición e invertirse la carga de la prueba del derecho a poseer, no tiene que probar la posibilidad en el Derecho español de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del derecho de propiedad del propietario desposeído, y la aplicación del efecto a su propia compra por disposición legal (art. 1.460, 2), pese a que la voluntad contractual parece referirse, exclusivamente, a la compra de cosa con entrega inmediata, si bien la jurisprudencia facilita la solución al interpretar el artículo 1.462, 2 (Sentencias de 21 de diciembre de 1905 y 20 de enero de 1912, que se analizan más adelante).

Fines e intereses de los contratantes

Comparadas las dos posibles soluciones del problema en el caso propuesto, para elegir entre ellas hay que tener en cuenta no sólo el azar (alea) que conlleva toda controversia jurídica, en este caso la probabilidad de que se pierda la propiedad discutida, sino también el tiempo, el momento del cumplimiento de las recíprocas obligaciones de los contratantes, dada la imposibilidad actual de realizar la entrega inmediata de la posesión de la cosa y dada la necesidad actual que el vendedor tiene de recibir la entrega inmediata del dinero, de cobrar el precio sin dilación, con urgencia, antes de que se recupere la posesión de la cosa; de este modo se rompe el equilibrio de intereses del cumplimiento simultáneo de las prestaciones recíprocas.

En consecuencia, por ser prácticamente inviable, en el caso planteado queda excluida la pseudosolución de esperar a que el vendedor recupere la posesión para que el comprador la reciba y, simultáneamente, adquiera el derecho de propiedad y para que sea exigible el pago del precio, conforme a la normal simultaneidad del cumplimiento o pago por ambas partes contratantes, conforme a la normal y simultánea entrega de la cosa y del dinero (arts. 1.100, 3; 1.466 y 1.500, 2).

Incluso la aplicación práctica de esta solución merece ser desechada porque la ocultación de la desposesión del vendedor y de la autorización o mandato adicional para actuar como si se tratara de la compra de cosa poseída por el vendedor (art. 41) deforma la realidad y se presta a confusiones, aparte de los matices que podrían calificarse como fraudulentos, que rozan el fraude a la ley.

1. En el mismo caso propuesto, si el comprador paga el precio inmediatamente después de la compra y no adquiere la propiedad hasta recibir la posesión de la cosa, desde una perspectiva económica no sólo asume

el riesgo y el coste inicial de la recuperación eventual, el riesgo y el coste del litigio, sino que también asume otros riesgos y los costes adicionales, ante la posibilidad de que acaezcan futuros eventos que afectan a la probabilidad del cumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar, como son la muerte, la incapacidad, la ausencia, e incluso la voluntad de no cumplir, adicionales riesgos y costes que son muy difíciles de cuantificar.

Económicamente, la cuantía del precio ha de corresponder al actual valor de mercado de la cosa y a una reducción proporcional a los riesgos y gastos que prácticamente asume el comprador, pero es evidente que, en todo caso, el precio será mayor si los riesgos y gastos asumidos son menores, y que el precio mayor, el que conviene al vendedor, corresponde al supuesto en que el comprador asume sólo el riesgo inicial. La lógica económica impone que al comprador que ha de pagar tal precio inmediatamente después del contrato, le conviene pagarlo después de adquirir el derecho incorporal y controvertido para litigar como propietario, no como simple autorizado por el propietario vendedor, respecto al cual tendría un derecho personal a la cosa.

2. La realidad impone como única solución viable la excepción al principio general de adquisición del dominio por compra y entrega (artículo 609) inmediata al pago del precio (art. 1.466), cuando ya existe la disociación entre la pretensión de propiedad y la posesión, que el legislador quiere evitar llegue a existir, porque es imposible entregar la cosa mientras no se recupere la posesión perdida y es urgente cobrar el precio sin esperar hasta la entrega de la cosa.

Desde el punto de vista del Derecho constituyente, la solución no puede ser otra que plegarse a la realidad de la existencia de la disociación entre el Derecho y la apariencia, entre la propiedad pretendida y la posesión, y excluir en este caso la aplicación del principio general conforme al cual el derecho se transmite a la vez que se transmite la posesión, porque este principio se refiere lógicamente al vendedor poseedor y es ilógico aplicarlo cuando el vendedor no es poseedor, cuando ya no trata de impedir el nacimiento de la disociación, sino de facilitar que cese, sin forzar la realidad, sin imponer legalmente una obligación de hacer, de litigar, para recuperar la posesión (arg. art. 1.468, 1).

Además, al que pretende ser titular no es justo dificultarle innecesariamente la transmisión de su derecho actual, aunque sea controvertido, si lo transmite dando a conocer la situación en que se encuentra, la desposesión, la controversia existente; y más injusto es hacer económicamente incalculable el precio, que llegaría a ser irrisorio si hubiera que considerar

todos los riesgos adicionales posibles y su probabilidad y los gastos correspondientes a cada uno.

3. Si el poseedor puede transmitir, por venta y entrega de la posesión de la cosa, su «derecho» controvertido por el pretendido propietario desposeído, no es justo exigir que éste no pueda transmitir su «derecho» controvertido por el poseedor, hasta que obtenga la posesión.

4. Con este criterio, es decir, si se admite que la transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído puede no ser simultánea a la transmisión de la posesión, cuando ésta es actualmente imposible, se mantiene el equilibrio del simultáneo cumplimiento de las recíprocas prestaciones del vendedor y del comprador, aunque con la diferencia respecto al caso normal de que, al no ser necesaria la adicional entrega, la eficacia traslativa del contrato es simultánea a su perfección y el pago del precio ha de ser inmediato a la perfección del contrato, en vez de ser inmediato a la entrega.

La finalidad observada en la argumentación anterior es la misma que, según opinión de los autores, fue considerada para la formulación jurisprudencial en Roma de la teoría de la cesión de acciones, tanto de las acciones personales que se confunden con los derechos de crédito correspondientes y defienden su pertenencia al acreedor, como de la acción reivindicatoria, acción declarativa y de condena que defiende la recuperación de la posesión por el propietario para el normal ejercicio de su derecho y que es inseparable del derecho del que deriva al ser vulnerado. Sobre todo en atención a la posibilidad del fallecimiento del vendedor o del comprador, con los consiguientes problemas sucesorios y fiscales, o de la incapacidad sobrevenida a cualquiera de ellos, aparte de la revocación del mandato, que podría estimarse irrevocable por su causa, y de las posibilidades de incumplimiento de un derecho personal a la cosa, salvadas las diferencias entre la cesión de un derecho de crédito y la cesión de un derecho de propiedad controvertido.

Prácticamente no se puede esperar a que el vendedor recupere la posesión y es urgente que el vendedor cobre el precio y el comprador adquiera el derecho del vendedor, para quedar el vendedor desligado del comprador, y viceversa, en la medida posible. Se recomienda, pues, decidirse por la compra de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, de modo que el comprador, en el procedimiento de ejecución posesoria sumario actuará como propietario que es, por y desde la compra, y obtendrá judicialmente la posesión que el vendedor no podía entregarle cuando se convino la compraventa.

Siendo así, se ha de otorgar no sólo la escritura de compra registrable,

sino también el documento complementario, bien coordinado y coherente, que regule lo convenido, pero que ha de quedar silenciado en la escritura para lograr la inscripción, como lo referente a la desposesión del vendedor, al pago del precio reducido y a la renuncia a la garantía en caso de evicción o a la moderación de ésta. Además, podría ser conveniente añadir un mandato representativo para que el vendedor, representado por un mandatario que no sea el comprador, pueda colaborar con éste en el procedimiento para la obtención de la posesión, al igual que si el comprador, propietario por compra a vendedor propietario y poseedor, después de recibir la entrega fuera demandado por acción reivindicatoria (artículo 1.482; p. 581, al final).

ESCRITURA E INSCRIPCIÓN

A) *Conocimiento manifestado de la desposesión*

Desde luego, si se entiende que la solución primera es la única solución, que el artículo 609 basta interpretarlo gramaticalmente y que el derecho de propiedad sólo se transmite por compra desde el momento en que se transmite la posesión del vendedor al comprador, sin excepción alguna, es evidente que no se puede inscribir una hipotética escritura de compra en la que se manifiesta que el vendedor no es poseedor, que no puede entregar y que, por tanto, no lo hace pese a la presunción de entrega por el otorgamiento (art. 1.462, 2).

Pero si se estima que la solución segunda también es posible, que el artículo 609 ha de ser interpretado gramaticalmente, pero con criterio histórico, lógico y sistemático, sin olvidar los fines e intereses económicos de los contratantes, y que es posible la cesión del derecho de propiedad incorporado y controvertido del propietario desposeído, la cesión de la acción reivindicatoria, traslativa del derecho desde la perfección de la compra (artículo 1.526), supuesta la sentencia estimatoria de la pretensión del reivindicante, hay que considerar el tema con mayor atención.

a) Inmediatamente después de la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861, GÓMEZ DE LA SERNA, colegislador y comentarista auténtico de la Ley, venía a decir lo siguiente, con otras palabras (pp. 574-580):

Al Registro no han de acceder derechos dudosos y el derecho del cesionario de la acción reivindicatoria es un derecho controvertido, por lo que no es posible practicar inscripción de inmatriculación por título de compra o cesión de la acción reivindicatoria.

En cambio, si el vendedor es titular registral, aparente y presunto

propietario, al parecer injustamente desposeído, ya que el poseedor no ha contradicho registralmente la presunción a favor del titular registral (hoy art. 38, 2), el comprador cesionario adquiere el mismo derecho que ya está inscrito a favor del vendedor y podrá reivindicar para recuperar la posesión, al igual que podía hacerlo el vendedor inscrito. Por ello, la compra de la acción reivindicatoria al titular registral del dominio se puede inscribir cuando la escritura se refiere a la desposesión del vendedor.

Además, esta compra se ha de poder registrar para evitar que la protección registral llegue a perjudicar al primer cesionario con título no inscrito porque no se le permitió inscribir la escritura de compra en la que se manifiesta la desposesión del vendedor, frente al segundo cesionario con título inscrito porque en su escritura de compra no consta la desposesión del vendedor.

Obsérvese que el cesionario de la acción reivindicatoria tiene título de adquisición del derecho controvertido del propietario desposeído que no es esencialmente distinto del título de adquisición por compra y entrega por el propietario poseedor, porque, supuesto el derecho del vendedor, lo esencial es la voluntad de los contratantes, el contrato de compra, aunque la tradición sea requisito adicional a la compra para que no se disocien el derecho de propiedad y la apariencia posesoria cuando se vende el derecho poseído. Por esto se puede entender que la Ley Hipotecaria no alude para nada a la tradición al referirse al título inscribible, pese a que el de compra es el más frecuente, con mucho; porque es título de adquisición por transmisión del derecho de propiedad y, por tanto, título inscribible, lo mismo el de compra y entrega cuando el vendedor es poseedor, que el de compra sin entrega cuando el vendedor no es poseedor, pues ha sido desposeído por un poseedor que se atribuye el derecho inscrito a favor del vendedor.

b) Desde los orígenes del actual Registro, la opinión del legislador (GÓMEZ DE LA SERNA), favorable a la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, contratada expresamente por el vendedor inscrito (p. 577), tropezó con la oposición de insignes juristas, como GALINDO y ESCOSURA, oficiales letrados de la Dirección General de los Registros (pp. 577 y 581), aunque otros juristas insignes entendieron que su criterio era acertado, entre ellos MANRESA, que fue Director General de los Registros (p. 581). Pero más tarde, aproximadamente desde 1925, se empezó a perfilar (J. GONZÁLEZ, en la *RCDI*, cuando ya era Subdirector de los Registros y del Notariado), y luego prosperó entre los más ilustres publicistas, como opinión, que civilmente sólo es posible la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, pues no es posible

la cesión traslativa al comprador de la acción reivindicatoria inseparable del derecho, al dar como válido en el Derecho español histórico y en el Código civil el criterio interpretativo de IHERING referente al Derecho romano que como Derecho común estaba vigente en Alemania antes de la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900, y al desenfocar el sentido de la jurisprudencia referente al artículo 1.462, 2, en relación con el desahucio por precario (p. 583).

La reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 parece inspirada en el mismo criterio de IHERING, aunque, según lo que ya se ha dicho, no impide aplicar el criterio de GÓMEZ DE LA SERNA a la inscripción de la escritura en la que no se manifiesta la desposesión del vendedor, pues el efecto traslativo de la cesión de la acción reivindicatoria explica, sin duda ni inconveniente alguno, lo que dispone la Ley a propósito de la posesión *contra tabulas* (art. 36, 2).

c) Pero si la escritura manifiesta la desposesión del vendedor parece que contradice la presunción de posesión del titular registral (art. 38, 1, punto segundo) y, lo que es peor, parece que deja en entredicho la presunción de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38, 1, punto primero), o sea que se opone al fundamental principio de exactitud y de legitimación registral, quedando dañado el de fe pública registral, con lo que se perjudica la seguridad del tráfico jurídico para la que se instituyó el Registro de la Propiedad en 1861 y se reformó en 1862 la actuación notarial, condicionada por la conveniencia de que la inscripción se practique. Resulta, pues, necesario examinar tales apariencias y matizar algunas afirmaciones.

1. En primer lugar, la declaración o reconocimiento por el vendedor de que no es poseedor se opone a la presunción de posesión, pero no implica el reconocimiento de que el poseedor es el propietario. El poseedor tiene a su favor, a efectos probatorios, la presunción, resultante de la apariencia posesoria, de que tiene título adquisitivo del derecho de propiedad (artículo 448), mientras que el titular registral tiene a su favor la presunción, resultante de la apariencia registral, de que le pertenece el derecho de propiedad, por su título inscrito, como causahabiente de los titulares registrales anteriores.

Si el titular registral se limita a reconocer que no es poseedor, reconoce el hecho en que se funda la presunción de posesión titulada, derivada de la apariencia posesoria, pero ni reconoce la consecuencia legalmente deducida en principio, que el poseedor tiene título adquisitivo, ni reconoce que esta consecuencia implique una prueba incontrovertible, sin posibilidad de prueba contraria, como si se tratara de una presunción *juris et de jure*,

ni reconoce que tener título adquisitivo implique tener el derecho. Esto, tanto en juicio declarativo ordinario como en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria.

Además, se puede reconocer que existe un detentador, con o sin vicio posesorio, y no reconocer que ha prescrito el interdicto de recobrar o el de retener o que el poseedor lo es en concepto de propietario; reconocimiento que se puede realizar exclusivamente al efecto de graduar la garantía en caso de una eventual y más o menos improbable evicción de posesión o de dominio, etc.; cuestiones todas que el Registrador no puede entrar a calificar por referirse a un hecho posesorio, cualquiera que sea su determinación (art. 5.º LH).

2. El poseedor puede esperar a que el titular registral le demande para actuar desde la cómoda posición del demandado (art. 448), pero cabe que el poseedor, pese a la menor comodidad procesal, demande al titular registral y se anote la demanda de propiedad (art. 42, 1) y de contradicción formal del Registro (art. 38, 2) en la que pretenda se declare que le pertenece, por usucapión consumada o por título derivativo, el derecho inscrito a favor del titular registral, para evitar que la protección del Registro a un tercero adquirente de buena fe llegue a perjudicarlo (artículos 36, 1; 34 y 32; 69 LH), impidiendo así la eventual inoperancia de la sentencia declaratoria de su derecho, porque el titular registral vendedor no poseedor no era propietario al vender. Hay que pensar ahora en el poseedor que afirma e incluso cree tener el derecho de propiedad y no en el mero usurpador.

En tal caso, el titular registral podrá vender y transmitir su derecho, incorporal y controvertido, y el comprador podrá registrar la compra sin perjuicio de la efectividad de la sentencia correspondiente a la demanda anotada (art. 71 LH). Obsérvese que en este caso hipotético se trata de la compra a un vendedor desposeído y que con la anotación de la demanda queda registrada la causa de una posible declaración de la ineficacia transmisiva de dicha compra, de la inexistencia del aparente efecto; incluso podría constar la desposesión del vendedor, si resulta de la anotación de la demanda de contradicción del poseedor. No obstante, hay que advertir que GALINDO y ESCOSURA entendían que la compra debe registrarse mediante anotación.

3. De esto cabe deducir que no es muy lógico negar la posibilidad de inscribir una escritura de compra al titular registral desposeído cuando se solicita la inscripción antes de practicar, eventualmente, tal anotación de la demanda de propiedad y de contradicción del Registro (art. 38, 2), si se admite la posibilidad de inscripción de la misma escritura de compra cuando es solicitada después de practicada dicha anotación, sin desconocer

por ello la importancia de la anotación como asiento de contradicción de la exactitud del Registro.

Pero también se puede deducir que si no existe anotada a favor del poseedor una demanda de propiedad y de contradicción de la inscripción del vendedor, la escritura de compra al titular registral desposeído no se debe registrar mediante una inscripción o anotación que pudiera tener eficacia análoga a la de dicha anotación de demanda, que no se ha llegado a practicar porque el interesado en que pudiera practicarse no ha formulado la demanda que corresponde o no ha solicitado la anotación.

En consecuencia, lo procedente es practicar la inscripción solicitada de la escritura de compra pero sin referencia alguna a la situación de desposesión del vendedor.

Se ha de considerar, más en concreto, lo siguiente:

1. La constancia registral de acciones rescisorias o resolutorias o revocatorias (art. 37 LH), o de nulidad (ROCA SASTRE) o de ineficacia, ha de admitirse con cierta prevención, para evitar que las llamadas «escorias registrales» lleguen a «ensombrecer la nitidez de los asientos del Registro, sembrando la confusión en los libros, y puedan constituir verdaderas trampas para incautos, incluso para el Registrador que debe certificar de las cargas registradas» (ROCA SASTRE, ed. 1968, II, p. 738). Obsérvese que, según la opinión común, se trata de la inscripción de la constitución de un *jus ad rem*, pues no hay transmisión del derecho de propiedad hasta que se cumpla la condición legal de la tradición, que es condición suspensiva del efecto transmisivo de la compra, mientras que si se entiende que se registra la transmisión de la acción reivindicatoria, la sentencia desestimatoria de la acción ejercitada implica la inexistencia de la cesión y no sólo la resolución de su efecto, porque se trata de la inexistencia de un presupuesto de la adquisición, de la falta del derecho del vendedor que no ha sido subsanada.

2. Sería totalmente desorbitado obligar al Registrador a que prestara mayor atención a los intereses de un simple poseedor que la prestada por él mismo interesado, que dejó de anotar la demanda de declaración de su pretendido derecho de propiedad.

3. Es terminante la prohibición de registrar la posesión, el hecho de poseer (art. 5.º LH). Ni una posesión apta para la usucapión de una finca no inmatriculada, acreditada mediante expediente posesorio. Ni, aún menos, la declaración de un hecho posesorio, más o menos indeterminado, que pudiera resultar contrario a la presunción registral de posesión (artículo 38 ,1, final), y que sea perjudicial para la declaración de usucapión a favor del titular registral, cuando pudiera ocurrir que compre

a non domino y no sea aplicable la protección a la buena fe conforme al principio de fe pública registral (art. 34), al dificultar la prueba plena de la usucapión alegada en su demanda reivindicatoria en juicio declarativo (art. 35), o que sea perjudicial para la adquisición *a non domino* (artículo 34) del comprador que inscribe cuando el titular registral vendedor, que imprudentemente declara su desposesión, no es propietario porque existe un poseedor con usucapión consumada *contra tabulas* (artículo 36, 1).

4. Cuando el titular registral formula demanda de reivindicación no procede practicar asiento alguno obligadamente, sin perjuicio de que el demandado logre que se anote su posible demanda reconvenzional.

El procedimiento del artículo 41 se tramita sin que proceda registrar, mediante anotación, ni la instancia de ejecución ni la llamada demanda de contradicción de la instancia por el poseedor contradictor de la ejecución instada; tampoco mediante nota marginal, ni siquiera de expedición de certificación.

Por tanto, no se debe hacer constar una situación de controversia posesoria si no es por anotación de la demanda de contradicción del Registro.

Conviene aclarar que si acaso, indebidamente, se hubiera hecho constar en la inscripción del comprador el hecho de la desposesión del vendedor titular registral anterior, esta referencia podría ser cancelada por simple solicitud del titular actual del dominio, al igual que se hizo constar la referencia por simple declaración del mismo; sin perjuicio de la anotación de demanda por el poseedor, en su caso. Naturalmente, también podría ser cancelada en virtud de testimonio de la sentencia desesimatoria de la pertenencia del derecho al poseedor, recaída en juicio declarativo ordinario o en procedimiento de ejecución posesoria sumaria; mediante acta notarial de notoriedad referente al hecho de la posesión por el titular registral; en virtud de declaración en escritura de venta posterior a la registrada, etc.

B) *Conocimiento no manifestado de la desposesión*

En el caso analizado, los dos letrados exponen soluciones distintas al problema que plantea la desposesión del vendedor, pero para su aplicación práctica ambos sugieren o recomiendan otorgar en escritura una aparente compra de cosa, aparentar que se ha realizado la entrega, no manifestar o declarar la desposesión, sino ocultar, disimular o silenciar, la desposesión conocida, para que se pueda registrar el título de compra y conseguir la inmediata protección registral del principio de legitimación

en su aspecto procesal, con el fin de obtener la posesión lo más fácil y rápidamente posible.

El abogado de V. opina que no cabe excepción al principio general (artículo 1.095), y aunque considera la posibilidad de diferir el otorgamiento de la escritura de compra y entrega real, hasta después de recuperada la posesión, lo que propone es otorgar sin dilación escritura de compra y aparente entrega, por no manifestar en ella la desposesión, para poder inscribir. De este modo, civilmente, el comprador inscrito no es propietario y no lo será hasta que obtenga la posesión, es un acreedor a la entrega de cosa específica, titular de un derecho personal a la cosa, de un *jus ad rem*. Pero cuando puede actuar como representante del vendedor propietario, incluso en nombre propio, por autorización para el ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, por autorización o cesión impropia, autorización o cesión del ejercicio de la acción, o sea cesión no traslativa de la acción, que no es propiamente cesión, en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria actúa en nombre propio, como titular aparente y presunto del derecho real de propiedad adquirido por compra registrada (art. 38, 1), y así, en la realidad, el vendedor obtiene la posesión, la recupera, y luego la transmite al comprador, quien mediante la entrega adquiere la posesión y, al mismo tiempo, la propiedad; es decir, no obtiene la propiedad por efecto adquisitivo del principio de fe pública registral, que exige buena fe, o sea desconocimiento de la posesión por persona distinta del vendedor, ni tampoco obtiene la propiedad por un efecto adquisitivo del principio de legitimación registral, sino al obtener la posesión mediante un procedimiento judicial fundado en este principio, pero simulando que civilmente es propietario, porque realmente no lo es.

El abogado de C. opina que hay una necesaria excepción al principio general (art. 1.526) desde un punto de vista objetivo y teleológico, pero también propone otorgar la escritura de compra y aparente entrega, en la que se ha de ocultar, disimular o silenciar, la desposesión conocida del vendedor, para poder inscribir. Civilmente, el comprador es propietario antes de inscribir, y actúa en el procedimiento de ejecución posesoria sumaria como titular registral, aparente y presunto, del derecho de propiedad, por compra registrada (art. 38, 1); así, el comprador obtiene judicialmente la posesión, pero no la propiedad que ya le pertenecía por y desde la compra, sin mediar entrega por el vendedor.

1. Con una u otra aplicación práctica, en el procedimiento de ejecución posesoria sumario interviene siempre el comprador, que aparece como titular registral del derecho de propiedad, por compra registrada, porque no puede discutirse en dicho procedimiento si civilmente lo hace

en representación del vendedor aún propietario, para adquirir la posesión y la propiedad (autorización para el ejercicio de la acción o cesión impropia), o en nombre propio, por ser propietario, para adquirir la posesión (cesión). La aplicación práctica implica la ocultación del conocimiento de la desposesión, en una cesión impropia (solución 1.^a) o en una cesión (solución 2.^a).

Ahora bien, la diferencia esencial entre las dos soluciones se refiere al momento de la adquisición del derecho de propiedad por el comprador. Según la primera solución, fundada en el principio general, la cosa se adquiere en el momento de la entrega de la posesión (art. 1.095). Según la segunda solución, fundada en la excepción al principio general, el derecho de propiedad incorporal y controvertido se adquiere en el momento de la compra (art. 1.526) y la posesión se adquiere después.

Sin embargo, dos hechos pueden inducir a confusión. Por una parte, la realidad de la desposesión del vendedor queda oculta en las escrituras y en las inscripciones bajo la apariencia de compra de cosa poseída (de adquisición del derecho de propiedad por compra y entrega por el otorgamiento), cuando la desposesión se disimula o silencia o bien se desconoce. Por otra parte, en el procedimiento del artículo 41, con cualquiera de las dos aplicaciones prácticas, siempre es el comprador el que insta la ejecución en nombre propio, siempre sigue el mismo camino y llega a la meta de la obtención de la posesión con el mismo tiempo de recorrido.

Por esto, con la opinión común, se puede concluir erróneamente que es irrelevante o sólo tiene un valor teórico el definir si el derecho de propiedad comprado al vendedor desposeído se adquiere al tomar posesión de la cosa, conforme con la apariencia registral de compra de cosa poseída por el vendedor, o se adquiere desde la compra del derecho incorporal, lo que implicaría dar a la resolución judicial un efecto retroactivo innecesario.

Dicha conclusión es errónea porque olvida, ante todo, que el procedimiento del artículo 41 es de carácter ejecutivo y sumario, fundado en la apariencia registral y en la falta de derecho a poseer del poseedor real, porque se insta la ejecución por el titular registral, aparente y presunto propietario según la inscripción (art. 38, 1), contra el poseedor, aparente propietario, con presunción de título adquisitivo según la posesión (artículo 448), pero prevalece la prueba, la presunción, la apariencia formal y registral, sobre la prueba, la presunción, la apariencia posesoria, porque el titular registral prueba su derecho, al probar título adquisitivo propio y el del vendedor en su caso, mediante certificación registral, mientras que el poseedor, para impedir la ejecución, ha de probar, pero no por la presunción posesoria (art. 448), el derecho a poseer como propietario

que aduce al contradecir. Por el carácter ejecutivo del procedimiento no cabe que en él se declare el derecho de propiedad del comprador o del poseedor, o se resuelva sobre si el comprador lo adquirió por compra y entrega (como parece ser según la escritura, aunque resulta que no es así), o por compra y algún efecto registral, o por compra solamente.

2. En cambio, cuando se actúa en juicio declarativo ordinario, por la presunción legitimadora del poseedor (art. 448) el demandante ha de cargar con la prueba de su derecho de propiedad, y como prueba principal aportará la escritura de compra inscrita. Pero el poseedor puede desvirtuar la presunción *juris tantum* de pertenencia del derecho al titular registral probando que ya era poseedor al perfeccionarse la compra y entonces se revela la importancia que tiene formular la demanda con la expresión precisa y clara de si es el vendedor o es el comprador el que demanda porque pretende ser declarado propietario y obtener la posesión.

El titular registral puede actuar y manifestar que actúa como comprador titular de un derecho personal a la cosa y, además, «cesionario» (cesión impropia) del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor aún propietario, legitimado o autorizado para actuar como mandatario representante, con poder notarial.

Pero el titular registral también puede actuar y manifestar que actúa como propietario, en nombre propio, por título de compra del derecho de propiedad, derecho que el poseedor niega al vendedor titular registral anterior y niega el comprador titular registral actual, porque este comprador puede ejercitar en nombre propio la acción reivindicatoria inseparable del derecho de propiedad para obtener la posesión que el vendedor no le podía entregar, tanto según las leyes romanas (D. 6, 1, 63 y C. 4, 39, 9) como según las leyes actuales (principalmente arts. 1.526 y 1.460, 2) y la jurisprudencia que en tal sentido interpreta el artículo 1.462, 2 (SS 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912, que luego se analizarán).

Conforme a lo pedido en la demanda, según que el titular registral actúe como titular de un derecho personal a la cosa, por compra, pero ejercitando la acción reivindicatoria del vendedor, o actúe como propietario por compra, la sentencia condenará al poseedor, respectivamente, a que devuelva la posesión de la cosa al vendedor propietario o a que entregue o transmita la posesión de la cosa indebidamente poseída al comprador propietario. En todo caso, al ejecutar la sentencia se procederá a poner en posesión al que ganó el pleito (art. 926 LEC).

Conviene recordar, en cuanto a la *prueba* de la pertenencia controvertida del único derecho existente, que el Juez debe decidir entre los dos contendientes, a menos que la propiedad pueda corresponder a un tercero,

y para ello ha de convencerse de que el actor es el propietario y no sólo que tiene un mejor derecho a poseer, sea o no en concepto de propietario; de los hechos probados por los medios probatorios admisibles, y debidamente apreciados cada uno y su conjunto, deduce, concluye o decide y resuelve y declara que el demandante, frente al demandado, ha probado ser el dueño, por prueba mejor que la del demandado, con declaración absoluta pese a la relatividad de la prueba.

Los juristas medievales concibieron la doctrina de la *probatio diabólica* que impone al reivindicante, antes de que el poseedor necesite probar hechos impeditivos o extintivos (*commodum possessionis*), la prueba absoluta de los hechos constitutivos de su derecho y de los presupuestos de los mismos, es decir, no sólo la prueba de la compra y de la entrega, en su caso, sino también del derecho del vendedor y de los causantes de éste, en orden temporal regresivo, hasta quedar probada, con accesión de posesiones o suma de tiempos de posesión, la adquisición por usucapión, a modo de adquisición originaria. Algo que pudo ser lógico en el proceso formulario romano clásico, cuando la usucapión era de plazo breve, de uno o de dos años según se tratara de cosa mueble o inmueble, y cumplía la función de complementar el efecto traslativo de la tradición si lo precedente era la mancipación, pero no tan lógico en el proceso cognitorio romano justiniano y medieval, cuando los plazos para la usucapión eran largos, de tres años para cosa mueble y de diez años, al menos, para cosa inmueble, y era otra la función de la usucapión, desaparecida la mancipación.

La jurisprudencia actual, en España y en otros países, más bien se inclina a favor de una suavización de la prueba, a su relatividad, determinada por la defensa que oponga el demandado, quien incluso puede admitir la propiedad del causante del actor y aun la de éste, pese a estar inicialmente amparado en el *commodum possessionis* (*possideo quia possideo*), considerada la relatividad de la cosa juzgada entre partes determinadas individualmente.

El poseedor, reconocido como tal en la demanda, se ampara en la presunción de que tiene título adquisitivo de derecho a poseer, de que posee con justo título (art. 448), que habría permitido la usucapión en su caso; bien se entienda el título como causa o negocio por el que adquirió (como herencia o compra y entrega, o usucapión con o sin título), sin referencia alguna el derecho del causante (del fallecido o del vendedor) como presupuesto de eficacia del negocio adquisitivo, bien se entienda como fundamento del derecho a poseer, incluyendo la causa y el derecho del causante.

El demandante, que dice ser el verdadero propietario y pretende que

así se declare y se imponga, no puede fundar su pretensión en una posesión anterior de la que fue despojado él mismo o su vendedor en el caso de la cesión de la acción reivindicatoria, sino que ha de fundarla en su propio título, entendido como fundamento del derecho de propiedad, y así ha de probar suficientemente la compra y entrega a la que siguió el despojo o la compra solamente si es cesionario del vendedor, y, además, el derecho del vendedor o cedente que lo garantiza (*auctor, otor*), que incluye la prueba de su posesión en concepto de dueño tratándose de un vendedor cedente de la acción reivindicatoria que fue despojado o desposeído (artículo 460, 4).

Fin y naturaleza de la ocultación en cada solución

La aplicación práctica que propugnan los letrados, como se ha dicho, exige que el comprador no manifieste sino que oculte, silencie o disimule su conocimiento de la desposesión del vendedor y, así, simule que el vendedor es poseedor y ha realizado la entrega, simule, finja y aparente ser propietario por compra y entrega, para poder inscribir y proceder ejecutivamente (art. 41), al amparo de la presunción *juris tantum* de que la apariencia coincide con la realidad (art. 38, 1).

Ahora bien, esta ocultación, o simulación en sentido amplio, tiene finalidad última distinta en cada solución, en la autorización o cesión impropia y en la cesión propiamente dicha, y obliga a interpretar qué compra especial se ha querido contratar en cada caso, la de cosa o la de acción, pues con la primera se pretende inscribir un derecho personal, para adquirir la propiedad al adquirir la posesión, mientras que con la segunda sólo se pretende inscribir un derecho real de propiedad, incorporal y controvertido, adquirido por y desde la compra, para adquirir la posesión. La escritura disimula con la primera solución el conocimiento de la falta de posesión del vendedor y el carácter puramente personal del derecho del comprador, mientras que con la segunda solución la escritura tan sólo disimula el conocimiento de la falta de posesión del vendedor. La simulación se enfrenta, con la primera solución a un defecto civil, sustantivo, a la falta de tradición; con la segunda solución (ya que existe una cesión que en cierto sentido equivale o sustituye a la tradición, aunque en verdad la excluye), se enfrenta a una dificultad registral, al temor a la inseguridad que podría provocar la posibilidad de registrar un título adquisitivo de un derecho de pertenencia controvertida, algo que parece atentar contra el principio de exactitud registral (art. 38, 1).

El silenciamento del conocimiento de la desposesión, la ocultación, tanto con una como con otra solución, es causa de una inexactitud de

la escritura y de la inscripción, en amplio sentido; respecto a la primera solución en sentido más estricto, aunque sólo sea transitoria, hasta que se obtenga la posesión y simultáneamente la propiedad por cesión impropia.

a) Pero la conducta de los contratantes que simulan desconocer la desposesión parece que no puede calificarse como una simulación propiamente dicha, con el fin de engañar a terceros, porque sólo se simula un hecho, la posesión por el tercero, para disimular u ocultar otro hecho contrario, la desposesión del vendedor o mejor dicho el hecho del conocimiento de la desposesión. Aunque puede objetarse que se simula un negocio jurídico (que podría ser, según se trate de una u otra solución, la compra de la cosa poseída por un tercero y la autorización al vendedor o la compra de la acción reivindicatoria) para perjudicar al poseedor.

b) 1. Con la solución primera y la opinión común, ocultadas la desposesión y la autorización, se puede entender que la simulación implica un engaño en fraude de ley, con mala fe, al Notario que autoriza el hecho de las declaraciones de los contratantes, aunque no su veracidad o adecuación a la realidad, al Registrador que practica la inscripción, y al Juez que ha de resolver quién ha de ser poseedor, un engaño con el fin de obtener una protección registral y procesal que no merece, en cuanto él no es propietario y no actúa procesalmente en representación del vendedor y en nombre del mismo. Aunque puede aducirse que el vendedor propietario merece tal protección y el comprador actúa como representante indirecto al actuar en nombre propio, pero también tiene interés propio.

2. En cambio, con la solución segunda, se ha de considerar, en primer lugar, que el engaño tiene por finalidad única eludir las consecuencias del olvido de la vigencia de una norma de amparo, civil (art. 1.526), que es excepción necesaria de otra (art. 609), y, además, que las partes contratantes eluden la consecuencia de este olvido para lograr el amparo procesal de otra norma (art. 41, 6, 2.ª, en relación con el art. 36, 2) que, precisamente, tiene la finalidad objetiva de ayudar al propietario según el Registro a que recupere la posesión frente al poseedor en concepto de propietario que no pruebe que tiene derecho a poseer por título adquisitivo derivado de titular registral o por usucapión consumada contra el Registro, para lo que invierte la carga de la prueba del derecho a poseer en concepto de propietario, que por presunción civil corresponde al ejecutante (artículo 448). El comprador es propietario por cesión traslativa desde antes de inscribir (art. 1.526) y la norma registral de amparo procesal da por supuesta la adquisición del derecho de propiedad por el que compra al vendedor inscrito pero desposeído (art. 41, 6, 2.ª, en relación

con el art. 36, 2). Por tanto, se ha de estimar inadmisibile la opinión de que existe fraude de ley o mala fe oponible en el procedimiento de ejecución posesoria sumario si va unido al simple hecho de poseer en concepto de dueño, al no probar derecho a poseer.

Con la solución primera o de la compra de la cosa poseída por un tercero, conforme a la opinión común, se oculta y quiere engañar para que se registre un derecho personal, un *jus ad rem*, contra el terminante prohibición legal (arts. 1.º y 2.ª LH y art. 9.º RH); así, el *jus ad rem* camuflado se cuele y, luego, se transforma en *jus in re*. Con la solución segunda o de la cesión de la acción reivindicatoria no hay realmente voluntad de engaño en la ocultación porque se pretende tación jurisprudencial del artículo 1.462, 2; así, el *jus in re* prudente ingresa y, luego, toma posesión.

Con la aplicación registral de las soluciones primera y segunda, respectivamente, el *jus ad rem* camuflado se cuele, y el *jus in re* prudente ingresa, en los Registros; una vez dentro, a su amparo, el atrevido *jus ad rem* se «transforma» en *jus in re*, mientras que el prudente *jus in re* se limita a tomar posesión de la cosa que sin derecho a poseer tiene el poseedor (art. 41, 6, 2.ª), ejercitando el mismo derecho que tiene el vendedor (art. 38, 1), un derecho inscrito, controvertido posesoriamente (artículo 448), pero no registralmente (art. 38, 2).

A la desposesión disimulada se refiere la Sentencia de 21 de diciembre de 1905, anterior a la existencia del procedimiento del artículo 41, que más adelante se analizará.

C) *Desconocimiento de la desposesión*

En principio, la cesión de la acción reivindicatoria ha de referirse al supuesto en que, al tiempo de perfeccionarse la compra, la desposesión, en concepto de dueño, del vendedor es conocida por el comprador, tanto si se manifiesta como si se oculta en la escritura.

Pero puede ocurrir que el hecho de la desposesión del vendedor sea desconocido por el comprador al perfeccionarse el contrato de compra, al otorgar la escritura pública de compra y de aparente entrega por el otorgamiento, y que el comprador llegue a conocer la desposesión algún tiempo después de la perfección de la compra. En este caso, a la voluntad del comprador, de adquirir el derecho de propiedad y la posesión de la cosa, se opone la realidad actual de la posesión por un tercero, al igual que existe dificultad real y actual cuando se compra, sin saberlo, cosa ajena o cosa futura. Así, al problema derivado de la desposesión del vendedor se añade el problema de la interpretación de la voluntad de las

partes contratantes, enfrentadas a la realidad conocida después de contratar.

Como es natural, este problema ya se planteó a los jurisconsultos romanos, que lo resolvieron mediante un artificio jurídico ingenioso, por analogía con el supuesto de pérdida parcial de la cosa, considerando que la posesión de la cosa es como parte de la misma cosa y que, si se pierde, esta parte queda sustituida por la consiguiente acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, por lo que si resulta que el vendedor perdió la posesión de la cosa antes de venderla (o después de venderla y antes de entregarla) no está obligado a recuperarla, pero debe ceder al comprador la acción reivindicatoria para que la recupere él mismo, en vez de cederle la posesión de la cosa, al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) no debe reconstruir el edificio pero debe entregar el solar (*aream tradere debet*), como decía el jurisconsulto PAULO (D. 18, 4, 21; p. 315, n. 80); sin perjuicio de que más adelante se disponga por el pretor que el comprador adquiere la acción aún sin cesión adicional expresa, según el jurisconsulto PAPIANO (D. 6, 1, 63). Así lo viene a entender IHERING (p. 321).

En el Derecho español vigente, según la norma aplicable, similar a la romana citada (art. 1.460, 2), cuando el comprador llega a conocer la pérdida de una parte material de la cosa continúa queriendo lo que quería al comprar, cambiar la cosa, en el estado en que se encuentra al comprarla (art. 1.468, 1), por el precio proporcional a ese estado, de modo que los valores de la cosa y del dinero estén equilibrados.

Esto, sin perjuicio de que el comprador desista de la compra, al igual que pudo desistir de comprar si al tiempo de contratar hubiera conocido el estado real de la cosa. El comprador podrá desistir del contrato como si la cosa se hubiera perdido en su totalidad, de manera que quedará sin efecto el contrato (art. 1.460, 1), es decir, que, si lo pide, el contrato será declarado inexistente porque la prestación objeto del contrato es actualmente imposible, ya que la cosa contratada no existe en su integridad física jurídica (arts. 1.261, 2.º, y 1.272).

Así pues, el comprador de la cosa que después de la compra llega a conocer la desposesión del vendedor, habida cuenta de la imposibilidad del cumplimiento normal del contrato, por la imposibilidad de recibir inmediatamente la posesión de la cosa para disfrutarla, puede preferir no desistir de la compra sino obtener la posesión por sí mismo, como si el comprador hubiera conocido la desposesión del vendedor y se hubiera convenido el precio correspondiente al derecho del propietario desposeído, al derecho de propiedad incorporeal y controvertido, sin la parte del precio correspondiente al coste y riesgo de la recuperación judicial de la posesión.

El consiguiente trato con el vendedor para la reducción del precio puede acabar en que el comprador desista del contrato. El vendedor quizá sea propietario, es posible que le pertenezca el derecho, pero está desposeído, ha perdido la posesión de la cosa que permite el ejercicio normal del derecho, por lo que si no se reconsidera la cuantía del precio, en la medida que el comprador estime conveniente a sus intereses, puede desistir del contrato, al igual que pudo hacerlo sin cerrar el trato con el vendedor.

El vendedor no tiene esta facultad porque se puede entender que está interesado en que el contrato exista y se considere cumplido por su parte para cobrar el precio inmediatamente (art. 1.500, 2). Por tanto, la interpretación del contrato, como compra ordinaria o como compra especial de la acción reivindicatoria, queda a elección del comprador, al igual que en el Derecho alemán (p. 839, n. 273) y en el Derecho romano (D. 18, 4, 21).

Queda excluida la opción por la solución primera, la compra de la cosa poseída por un tercero, en cuanto obligaría al vendedor a reivindicar, según se verá.

Si el comprador opta por desistir del contrato, porque falta el objeto (artículo 1.261, 2.º), lo que desconocía al contratar, ha de manifestar en qué consiste la pérdida parcial y debe probar ésta; el vendedor, si se opone al desistimiento y pide el cumplimiento, ha de probar que la pérdida fue posterior al contrato (art. 1.214) o que el comprador la conocía al contratar, pues los hechos negativos como el desconocimiento no pueden probarse directamente, la buena fe se ha de presumir y corresponde al vendedor la prueba de la mala fe del desistimiento del comprador, que el Juez ha de apreciar, como cuestión de hecho.

A este respecto hay que tener en cuenta que si en la escritura de compra no se manifiesta la desposesión del vendedor *parece* que el comprador la ignora y habría que probar, en su caso, que, pese a lo que resulta de la escritura, el comprador conocía la desposesión del vendedor, pero se silenció el hecho para que se registrara la compra, lo que dificulta, aún más, la posesión procesal del vendedor frente al comprador. De aquí la importancia del documento complementario de la escritura en la que se oculta la desposesión para regular cuanto no pudo hacerse constar en la misma escritura sin desvelar la desposesión.

A la desposesión desconocida se refiere la Sentencia de 20 de enero de 1912, anterior a la vigencia del actual artículo 41, que se estudia a continuación.

Jurisprudencia: artículo 1.462, 2

Para el tema objeto de este estudio son de la máxima importancia dos Sentencias del Tribunal Supremo, recaídas en juicio declarativo planteado por el comprador frente al vendedor propietario desposeído, que interpretan el artículo 1.462, 2, dando por supuesto el efecto traslativo que se propugna, una que contempla el supuesto del conocimiento no manifestado de la desposesión (S. 21 diciembre 1905) y otra que se refiere al supuesto del desconocimiento de la desposesión (S. 20 enero 1912). Son harto conocidas, pero conviene reconsiderarlas desde el punto de vista de este estudio.

Previamente hay que centrar la cuestión jurisprudencial, aunque sin insistir en lo que ya se dijo con anterioridad (pp. 590-593, 596-598, 850; nota 292), para aclarar el sentido de algo que acaso no quedó bien expresado (p. 597).

La jurisprudencia, en cierto modo, «cristaliza» los criterios jurídicos de la doctrina nacional, y ésta se basa, al menos en gran parte, en las opiniones de los autores expresadas en libros y revistas jurídicas, por lo que si en una cuestión concreta, como esta, hay una opinión prácticamente unánime, que puede estar desorientada, pero que ciertamente está muy arraigada, es difícil que la jurisprudencia resuelva y diga la última palabra contra tal estado de opinión. Los Tribunales deciden según lo pedido y argumentado y si todos los abogados que piden argumentan con la misma opinión generalizada es difícil, por no decir imposible, que los Tribunales juzguen y resuelvan con otro criterio (p. 597). Todos estamos condicionados por nuestra circunstancia.

Además, normalmente, en un litigio se enzarzan varios problemas y a veces es difícil desenmarañar la cuestión esencial. Parece casi imposible que se plantee frontalmente, en un juicio declarativo, como única cuestión, sin más complicaciones, que el comprador demandante pueda o no pueda reivindicar fundándose en su compra a un vendedor no poseedor, porque —según el poseedor demandado— no le basta ser comprador y le falta un adicional poder del vendedor para ejercitar en nombre del vendedor la acción reivindicatoria de éste, dando por supuesto que no puede actuar exclusivamente en nombre propio como propietario, ya que la entrega no se realizó porque el vendedor no era poseedor (p. 596).

Pero también es sumamente improbable que el Tribunal Supremo, respecto a un juicio declarativo ordinario en que el comprador ejercitara la acción reivindicatoria en nombre propio, como propietario, frente al poseedor en concepto de propietario desde antes de la perfección de la compra, con una dirección letrada eficiente y con pruebas adecuadas,

llegara a fundar la sentencia en el principio general de los artículos 609 y 1.095 y en una jurisprudencia referente al artículo 1.462 en relación con el desahucio por precario, olvidando e interpretando erróneamente la excepción que implica el artículo 1.526, 1, e incurriendo así en los errores de la opinión pandectista pseudojurisprudencial (p. 583); asimismo, parece improbable que resolviera a favor del vendedor y contra el comprador si se planteara entre ellos la pretensión de que el vendedor fue propietario hasta que el comprador reivindicante obtuvo la posesión en ejecución de sentencia condenatoria a la devolución, aplicando la misma fundamentación de Derecho (p. 597, n. 201 y 202). Esto es lo que se quiso decir, aunque ciertamente no supone una argumentación jurisprudencial positiva.

Es de evidente importancia práctica el hecho cierto de que la jurisprudencia de las Audiencias al interpretar el artículo 41 deja inoperante la alegación por el poseedor de la desposesión del vendedor, porque el contradictor ha de probar su derecho a poseer y el titular registral prueba el suyo amparado en la presunción registral de pertenencia (art. 38, 1), que prevalece sobre la presunción posesoria de título adquisitivo (art. 448). Según la opinión común, ésta es, prácticamente, la única y suficiente protección para el titular registral en el caso estudiado.

Sin embargo, no es así, porque el titular registral, en el caso que se considera, además de la protección registral tiene la protección civil (artículo 1.526), que es anterior a aquélla y justifica y fundamenta la consecuencia procesal (art. 41, 6, 2.ª) de la legitimación registral (art. 38, 1), en cuanto permite referirla al propietario por compra, titular de un *jus in re*, y no sólo al comprador titular de un derecho personal a la cosa, de un *jus ad rem*, camuflado como aparente propietario por compra mediante entrega inexistente e imposible. Lo confirman las sentencias que se analizan a continuación.

A) *Conocimiento no manifestado de la desposesión,
en concepto de propietario*

La Sentencia de 21 de diciembre de 1905 (*Gacetas* de 13 y 14 de septiembre de 1906, pág. 143; ALCUBILLA: *Diccionario*, Apéndice 1906, página 832, núm. 78) se refiere a la compra inscrita de una casa vivienda. El comprador demanda al vendedor para que se le condene a la entrega de la casa y a indemnizar daños y perjuicios, porque la casa está habitada por un tercero, a título de dueño, no justificado. Pero se desestiman sus pretensiones porque cuando compró y convino la forma de pago del precio conocía esta circunstancia y «consintió las consecuencias de tal hecho,

incluso la del derecho de reivindicarla en virtud del título que le transfirió su dominio», y porque «D. (el tercero) y luego su mujer han seguido habiendo la casa alegando un injustificado... título de dueño y no es suficiente este mero hecho y (su) alegación para desconocer la eficacia y consumación de la venta de que se trata, con todos los derechos anejos a ella, incluso el de (saneamiento por) evicción, en su caso, contra el vendedor, y (así olvidar) el valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura a tenor de lo previsto en el artículo 1.462 del Código Civil».

Ante todo, obsérvese que se trata de una escritura de aparente compra de cosa (derecho de propiedad y posesión), porque la desposesión del vendedor, que es conocida por el comprador, no se manifiesta al otorgarse la escritura. La sentencia viene a resolver que se vende la acción reivindicatoria, con efecto traslativo del dominio desde la compra.

Esta sentencia la citan todos los autores al comentar el artículo 1.462. MANRESA opinaba que el otorgamiento de la escritura de venta por el vendedor que tiene su título inscrito en el Registro equivale a la entrega o traslación de propiedad, por lo que el comprador, que sabía que la casa estaba habitada por un tercero, como dueño, sin título conocido, no tiene derecho a exigir del vendedor la entrega de nuevo y de un modo material y puede dirigirse contra el tercero. Y CASTÁN deducía que el Tribunal Supremo permite el ejercicio de la reivindicatoria por el comprador con título inscrito que compra a un vendedor con título inscrito.

a) Pero la sentencia no se funda en la eficacia de la inscripción del comprador o del vendedor y sólo alude a que «la cosa objeto de la venta aparecía en el patrimonio del vendedor y como tal se hallaba inscrita en el Registro, y así pudo inscribirla a su nombre el comprador», para significar que el vendedor tiene título adquisitivo inscrito y parece ser propietario pero realmente posee un tercero, de modo que si el comprador lo sabe cuando compra e inscribe no puede argumentar en juicio que entonces creyó que se trataba de una mera tolerancia del dueño y que luego ha resultado que el poseedor alega título de dueño sin que se haya justificado.

b) Hay que considerar ahora si la sentencia se funda en la eficacia de la escritura y, si fuera así, en qué sentido.

La sentencia resuelve que si el comprador conoce el hecho de la desposesión del vendedor, por más que dudara acerca del alcance de la posesión del tercero, no puede pretender fundadamente que el vendedor no ha cumplido su deber de entregar, porque consintió las consecuencias de la desposesión y porque en tal caso, además, la venta se consuma por el otorgamiento de la escritura y surte todos sus efectos traslativos, de

modo que el comprador adquiere todos los derechos anejos a la venta, ante todo el derecho de reivindicar frente al poseedor, porque el título le transfirió el dominio, y también el derecho de garantía contra la evicción frente al vendedor. Por tanto, la sentencia no resuelve y declara directamente que el poseedor no puede oponerse eficazmente a la reivindicación por el comprador cuando el vendedor ha sido desposeído y no ha entregado realmente, pero da por supuesto, ante todo, que el comprador adquiere la propiedad, por lo que puede reivindicar en nombre propio, como propietario por compra, para obtener la posesión que tiene el tercero, y también considera que si es vencido por el poseedor puede exigir del vendedor el saneamiento por la evicción sufrida, aunque conoce la desposesión del vendedor (al igual que lo puede exigir cualquier comprador que hubiera recibido la posesión por entrega del vendedor y luego fuera vencido en juicio reivindicatorio por un tercero no poseedor, con título desconocido por el comprador y opuesto al título inscrito del vendedor).

La sentencia, literalmente, funda este efecto en «el valor legal que tiene el otorgamiento de la escritura, a tenor del artículo 1.462 del Código Civil», pero merece una consideración detenida.

1. Es opinión común que en la expresión «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega...» (art. 1.462, 2), la palabra «ésta» ha de referirse gramaticalmente a la escritura pública y el precepto al otorgamiento de la escritura en sí, a la lectura, consentimiento y firma de la escritura por los otorgantes y a la autorización por el Notario (sin perjuicio de que se denomine otorgamiento de la escritura bien al otorgamiento del contrato según la escritura autorizada o bien al acto único de este otorgamiento y de la autorización, acto al que parece aludir el artículo 1.455 al referirse al hecho del otorgamiento). Pero la palabra «ésta» ha de referirse lógicamente al otorgamiento de la venta mediante escritura pública, al consentimiento de los contratantes que perfecciona la compra (art. 1.450) y consta declarado en la escritura pública, en su parte referente al otorgamiento del contrato, que va seguida de la parte referente a la autorización de la escritura; es decir, la palabra «ésta» alude más al contenido que al continente. Así se deduce del mismo artículo cuando dispone que la equivalencia expresada queda desvirtuada por la voluntad contraria de los contratantes, por «lo contrario» que resulta expresamente o se deduce claramente (art. 1.281, 2) de la misma escritura (art. 1.251, 1). Se trata de una presunción probatoria deducida de un contrato que se ha formalizado en escritura pública a efectos de prueba, y que puede quedar desvirtuada en la misma escritura (artículos 1.218, 2; 1.219 y 1.230).

Los contratantes otorgan la compra en escritura pública, aunque suele decirse que otorgan la escritura de compra, porque «auctores», otorgantes del contrato son los contratantes y «auctor» u otor de la escritura es el Notario que la autoriza u otorga, en este sentido. El otorgamiento de la escritura es el hecho complejo de su formalización, principalmente el otorgamiento y la autorización en su unidad de acto, o es la parte de la escritura en la que consta el otorgamiento por los contratantes del contrato de compra que se documenta en la escritura que el Notario autoriza u otorga, como es sobradamente conocido y sería innecesario reiterar, si no fuera por el confusionismo aludido. De este modo, en vez de hablar de la escritura de compra más bien podría hablarse de la escritura de compra y de entrega por el otorgamiento del contrato de compra.

El precepto se limita a presumir, o sea a deducir, salvo voluntad contraria, del hecho de estar formalizado el contrato en escritura pública o del hecho de existir una escritura de compra, la existencia de un acuerdo de entrega o, mejor dicho, de un acuerdo de cesión de posesión por inversión o interversión del concepto en que se posee, que antes del Código Civil se formalizaba en cláusula de estilo según la cual el vendedor poseedor pasa a poseer como no propietario (*constitutio posesorio*) o el poseedor que compra pasa a poseer como propietario (*brevi manu traditio*). En tal sentido puede hablarse de una presunción o deducción derivada de la existencia de la escritura que documenta el contrato de compra y puede entenderse que se trata de un efecto más bien procesal, de prueba por presunciones, derivado de la escritura, aunque el efecto sustantivo corresponde al contrato formalizado en el documento, al contenido y no al continente.

2. Este acuerdo de entrega se considera legalmente como forma de entrega cuando la cosa es poseída por el vendedor o por el comprador, pero no puede ser forma de entrega cuando no puede haber entrega porque la cosa la posee un tercero en concepto de propietario, según interpretación unánime de la jurisprudencia y de la doctrina, de todos conocida.

Claramente, la equivalencia se refiere a la entrega propiamente dicha, a la transmisión de la posesión, porque el mismo artículo dispone, inmediatamente antes, que «se entenderá entregada la cosa vendida (de conformidad con el art. 1.461 y el 1.445) cuando se ponga en poder y posesión del comprador» (art. 1.462, 1), o sea, que la entrega realizada implica que el poder de hecho lo tiene el comprador y que este poder es una verdadera posesión de Derecho (o derecho de posesión) y no una mera situación de hecho que puede cesar frente a la acción posesoria de un tercero, que dé lugar a la tradicionalmente denominada evicción de la po-

sesión, que se diferencia claramente de la evicción del derecho de propiedad (art. 1.475, 1).

Además, procede recordar que el artículo 1.462 es de carácter general para toda clase de cosas y no limita las formas de entrega, pues sólo exige que efectivamente la cosa quede en poder y posesión del comprador (artículo 1.462, 1) e incluso la presume realizada por simple acuerdo de entrega mediante intervención posesoria, cuando la compra se formaliza en escritura pública (art. 1.462, 2), sea referida a cosa inmueble (artículo 1.462, 2), mueble (por remisión, art. 1.463) o derecho real parcial poseíble (por remisión, art. 1.464), sin perjuicio de definir algunas formas de entrega de cosa mueble (art. 1.463) o de derecho real poseíble (artículo 1.464) que pudieran considerarse dudosas. Y no se ha de olvidar que todos estos preceptos prácticamente ya existían en el Proyecto de Código Civil de 1851 (p. 795 y sigs), en el que la entrega sólo podía referirse a la transmisión de la posesión, porque la transmisión de la propiedad se producía por la compra solamente y no mediante la entrega. El autor y comentarista del proyecto, GARCÍA GOYENA, interpretaba el artículo correspondiente al hoy artículo 1.462, 2, en el sentido de que si el vendedor no era poseedor no había entrega, aunque la compra estuviese formalizada en escritura pública (p. 797).

Por todo ello, no puede decirse que el supuesto en que el vendedor no es poseedor está incluido en el artículo 1.462, 2, ni en el artículo 1.464, que al hablar de los derechos incorporales se refiere a los derechos reales parciales poseíbles y poseídos, conforme a lo dispuesto por el artículo 609.

c) 1. Al supuesto de desposesión del vendedor se refiere el artículo 1.526, que se analizará detalladamente, aunque aquí puede concretarse que respecto a la cesión de la acción reivindicatoria de cosa inmueble los contratantes pueden compelerse (art. 1.279) a que se formalice documentalmente en escritura pública (art. 1.526, 1, en relación con el art. 1.280, 6. y 1.º), a efectos de que ésta sirva como prueba del hecho de su existencia y del contenido documentado, desde la fecha de la escritura, frente a terceros (art. 1.526, en relación con el art. 1.228). Si, en efecto, la compra o cesión de la acción reivindicatoria consta en escritura pública, con ella se prueba, sobre todo frente a terceros, la existencia del contrato y el efecto traslativo producido por éste, referido al derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, efecto que se produce por y desde el otorgamiento del contrato, que consta convenido en la parte de la escritura autorizada dedicada al otorgamiento, sin adicional entrega, porque está ontológicamente excluida. Esta escritura, el documento, es de especial importancia, porque no tienen la posesión de hecho

ni el vendedor ni el comprador, falta el fundamento del acuerdo de entrega por interversión del concepto en que se posee, y la apariencia de propiedad corresponde al tercero poseedor, a diferencia de lo que ocurre cuando la escritura documenta la compra al propietario poseedor.

En este sentido, se ha de entender la sentencia en relación con los preceptos citados, porque con toda claridad dice que el efecto de dicho otorgamiento cuando el vendedor está desposeído es la «consumación de la venta (a favor del comprador), con todos los derechos anejos a ella», «incluso el derecho de reivindicar la (cosa) en virtud del título que le transfirió su dominio», e «incluso el de (saneamiento por) evicción, en su caso, contra el vendedor».

2. También hay que considerar, por una parte, que, según expresión tradicional, «la cesión de una acción equivale a la entrega», en el sentido de que la cesión produce efecto traslativo del derecho, al igual que lo produce la compra seguida de entrega, y, por otra parte, que en las escrituras tradicionales de compra siempre se incluía como cláusulas de estilo, la de *constituto posesorio* para el supuesto en que el vendedor fuera poseedor y la de cesión de la acción reivindicatoria (bajo la apariencia de un mandato *in rem suam*) para el supuesto en que el vendedor estuviera desposeído.

Por ello, puede muy bien entenderse que, a diferencia del precepto similar del Proyecto de Código Civil de 1851 (p. 789), el actual artículo 1.462, 2, dispone que del otorgamiento de la compra documentado en escritura pública se ha de deducir, por presunción *juris tantum*, la existencia de un acuerdo de *cesión de la posesión* o entrega por *constituto posesorio*, cuando el vendedor es poseedor, o de un acuerdo de *cesión de la acción reivindicatoria*, cuando el vendedor está desposeído, acuerdos que, por causa de la compra, producen el efecto de transmisión del derecho de propiedad: en el primer caso porque se adquiere la posesión y en el segundo porque se adquiere la acción reivindicatoria, derivada e inseparable del derecho de propiedad, que permite obtener la posesión judicialmente; si bien ambas presunciones quedan excluidas si de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario, y salvo lo dispuesto por el artículo 1.460, 2, para cuando el comprador desconocía la desposesión del vendedor y puede desistir del contrato, como se verá al estudiar la Sentencia de 20 de enero de 1912. El efecto del acuerdo es la transmisión del derecho. El efecto de la escritura es la presunción de que existe tal acuerdo.

En este mismo sentido debe ser interpretada la escritura de compra en la que se oculta la desposesión del vendedor conocida por el compra-

dor; el efecto es el mismo que si se formaliza una cesión expresa de la acción reivindicatoria (art. 1.526).

Hay que resaltar la importancia que tiene el conocimiento suficiente por el comprador de la desposesión del vendedor, porque le impide ampararse en el artículo 1.460, 2, para pedir la rebaja del precio o desistir de la compra, y, menos aún, exigir que el vendedor reivindique para cumplir el contrato y hacerle entrega material (art. 1.468, 1) como se verá.

En resumen, con uno u otro sentido, prácticamente, la escritura de compra, la de todos los días, ha sido y sigue siendo una escritura en la que se documenta la transmisión del derecho de propiedad por contrato de compra y mediante la entrega por acuerdo de cesión de la posesión cuando el vendedor es poseedor, o sólo por contrato de compra o cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído; es una escritura de transmisión de la propiedad por compra y entrega de la cosa o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria.

La compra de cosa poseída por un tercero con autorización o mandato representativo para la recuperación de la posesión, encubierta como compra de cosa poseída por el vendedor, ha de ser considerada anormal, con independencia de que tal autorización conste formalizada sólo como pacto del contrato de compra o, además, en adicional escritura pública de mandato representativo.

B) *Desconocimiento de la desposesión, en concepto de propietario*

La Sentencia de 20 de enero de 1912 (*Gacetas* de 16, 17 y 18 de abril de 1913, pp. 61 a 76; ALCUBILLA: *Diccionario*, Apéndice 1913, p. 218, Compraventa II) se refiere a una compra inscrita de varias fincas rústicas. El comprador (Félix Creus) demanda, por reconvenición, a la parte vendedora (viuda e hijos de Gurumeta) reclamando que algunas de las fincas, antes de la venta, habían sido entregadas en «permuta de explotación y cultivo» (no referente al dominio), y luego de la venta no se le habían entregado a él (por lo que se opone a la demanda de la parte vendedora, que reclama el pago de ciertos intereses por la parte aplazada del precio), y solicita el abono de varias cantidades por diferencias, pero no la nulidad (inexistencia) de la compra.

La Audiencia resuelve reconocer el derecho del comprador «a posesionarse de todas las fincas» compradas que antes de la compra hubiesen sido entregadas en permuta de explotación, «rescindiendo» (para ello) los contratos (de dicha permuta) que no estuviesen legalizados», y que por los contratos (de tal permuta) que no se pudieran rescindir se le indemnizase «en el precio fijado a cada finca (entregada en permuta), caso

de que no aceptase las que fueron objeto de (recepción por la) permuta» de explotación.

El comprador interpuso recurso de casación porque el fallo le obliga «a conformarse o con las fincas permutadas (las que el vendedor recibió por la permuta) o con la indemnización del precio de cada una» (de las que el vendedor entregó por la permuta), y, así, le priva del derecho que le concede el artículo 1.471 «de poder obtener la anulación del contrato (de compra) en el caso de que no se le pueda entregar todo lo que se comprende dentro de lo vendido, si opta por esta solución jurídica, no conformándose con dejar de percibir lo que no se le puede entregar»; además recurre porque —dice— se infringe el artículo 1.461 y el artículo 1.462, 2, en cuanto al fallo «exime a los recurridos de poner las fincas vendidas en poder y posesión del recurrente, toda vez que cuando el vendedor se limita a entregar simbólicamente la cosa vendida sin estar en posesión de ella, sino estándolo un tercero, no cumple con la obligación de entregarla haciéndolo simbólicamente por el otorgamiento de la escritura, sino que debe efectuar la entrega real y efectiva, liberándola de la posesión del tercero y poniéndola en la quieta y pacífica del comprador, y al no acordarlo así el fallo impugnado se olvida de que la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditando cumplidamente el derecho, y mal podría ejercitarla el recurrente no habiendo tenido jamás el dominio de esas fincas, porque el dominio está constituido no solamente por el título jurídico de propiedad, sino (también) por el hecho de la posesión que aquí falta a favor del recurrente, quien, por lo tanto, no puede ejercitar esas acciones reivindicatorias que sólo le asistirán cuando los vendedores le hubieren entregado de hecho las fincas vendidas, y de ellas hubiese tomado posesión como complemento del título de propiedad consistente en la escritura pública, no precisando poner de relieve la necesidad de anular una sentencia que pone al recurrente en el trance de ejercitar una acción reivindicatoria que no le asiste para tomar posesión de unas fincas que le vendieron y no le entregaron, obligándole además a que acepte pleitos en lugar de recibir las fincas por las que dio dinero saneado».

El Tribunal Supremo desestima el recurso, porque no es de aplicación el artículo 1.471, ya que «no se reclama la posesión de terrenos comprendidos dentro de los mismos linderos..., sino de fincas aisladas, de determinada cabida, y demarcada cada una de ellas por sus peculiares linderos», de modo que la Sala sentenciadora resolvió, «de conformidad con lo solicitado, que se ponga al hoy recurrente en posesión de las que fueron permutadas (entregadas) por los vendedores para su explotación y cultivo», pues conforme al artículo 1.461 «el vendedor está obligado a entregar al comprador la cosa vendida», y la Sala «añadió

como obligación subsidiaria, para el caso de ser imposible el cumplimiento de lo principal, la condena de abonar al comprador el valor señalado a las indicadas fincas», lo que pudo recurrir en casación el comprador y no hizo. Pero lo cierto es que «nunca (podía) alegar que se le privaba del derecho de anular la venta (declararla inexistente), puesto que semejante nulidad (inexistencia) ni principal ni subsidiariamente la pidió en la reconvencción». Obsérvese que no se alega el artículo 1.460, 2.

Además se considera «el precepto claro y terminante del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil, confirmado —dice la sentencia— por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, según el que, cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario..., porque habiéndose formalizado la venta de las fincas... por medio de escritura de la indicada clase, que a mayor abundamiento ha sido inscrita íntegramente en el Registro de la Propiedad, sin que de dicho documento aparezca reserva alguna referente a la entrega de las cosas vendidas, y expresándose, por el contrario, que serviría de tradición simbólica la copia de la escritura, es manifiesto que por la expresada tradición se trasladó lo vendido al comprador, el cual, por título singular, adquirió todos los derechos del vendedor, que podrá utilizar en el modo que estime conveniente a su derecho, reivindicando las fincas del que las detente, sin perjuicio de reclamar en su caso, y cuando corresponda, la indemnización procedente; reivindicación que no puede utilizar el vendedor, porque, como queda dicho, transfirió sus derechos de propiedad al comprador».

Ante todo, obsérvese que se trata de una escritura de aparente compra de cosa (derecho de propiedad y posesión), porque no se manifiesta desposesión al otorgarse la escritura. La sentencia viene a resolver que se vende la acción reivindicatoria, con efecto traslativo desde la compra, porque no se ha ejercitado la facultad de desistir de la compra, porque no se ha pedido la declaración de nulidad (inexistencia) de la compra (artículo 1.460, 2).

También esta sentencia la citan todos los autores al referirse al artículo 1.462, 2, y CASTÁN dice que permite reivindicar al comprador, con título inscrito (que compra a un vendedor con título inscrito).

Pero, en verdad, tampoco esta sentencia se fundamenta en la eficacia de la inscripción del vendedor o del comprador, sino «en el precepto claro y terminante del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código Civil» (la sentencia añade que el artículo está confirmado por el art. 41, de la Ley Hipotecaria de 1909, según el cual «quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles o derechos reales (el vendedor con

título inscrito) se presume a los efectos del Código Civil que tiene la posesión de los mismos...», pero ésta es una presunción *juris tantum*, según la opinión general).

Por ello, ha de darse por reproducido aquí todo lo que se dijo a propósito de la interpretación del artículo 1.462, 2, al analizar la Sentencia de 1905.

Además, la Sentencia de 1912 dice expresamente que el vendedor «no puede» reivindicar porque «transfirió sus derechos de propiedad (se trata de varias fincas) al comprador» de las fincas, con lo que deniega, de modo total y terminante, la petición del comprador dirigida a que el vendedor, «libere las fincas de la posesión del tercero», es decir, reivindicue, para ponerle «en poder y posesión», para «efectuar la entrega real y efectiva», «poniéndole en la quieta y pacífica posesión», porque el comprador entiende que «la acción reivindicatoria sólo puede prosperar acreditando cumplidamente el dominio», y «no le asiste (a él mismo) para tomar posesión de las fincas que le vendieron y no le entregaron», porque están en posesión de un tercero, ya que, según él, las acciones reivindicatorias «sólo le asistirían cuando los vendedores le hubieran entregado de hecho las fincas vendidas y de ellas hubiese tomado posesión como complemento del título de propiedad consistente en la escritura pública», pues lo contrario le olbigaría «a que acepte pleitos en lugar de recibir las fincas por las que dio dinero saneado».

Resulta claramente de la sentencia que al vendedor en modo alguno se le puede obligar a que reivindicue, y no puede reivindicar aunque lo desee, porque transfirió su derecho al comprador, el único que puede reivindicar.

El desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor le habría permitido, ante la imposibilidad actual de recibir la entrega, desistir del contrato y pedir la declaración de nulidad (inexistencia) de la compra (art. 1.460, 2). Pero, alegando falta de cabida o número de las fincas, sólo pide reducción del precio (art. 1.471, 2, al final). En consecuencia, ha de reivindicar si quiere obtener la posesión, sin perjuicio de reclamar, en su caso y cuando corresponda, la indemnización procedente, sobre todo en caso de evicción, si no logra «rescindir» la permuta de explotación convenida por el vendedor antes de la compra.

Complementaria de la Sentencia de 20 de enero de 1912 ha de considerarse la Sentencia de 12 de abril de 1890 (Colección legislativa de España. Sentencias del Tribunal Supremo en materia civil. Salas primera y tercera. Primer semestre de 1890. Madrid. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1891, p. 667, núm. 117), que se refiere a una escritura pública de compra de finca rústica otorgada el 11 de noviembre de 1882.

La vendedora (señora Carballido) tiene título inscrito de adjudicación particional de una finca olivar llamada Orán por fallecimiento de su esposo (señor Almagro), quien la adquirió por herencia de su padre, y los compradores (señores Corral y De la Rosa) inscriben su título de compra, con precio pagado. Al tratar de posesionarse se opone la poseedora (señora Guerrero), que dice ser dueña porque su difunto esposo la adquirió del difunto esposo de la vendedora hace bastantes años y la tiene amillarada a nombre de su esposo causante. Los compradores demandan a la vendedora y piden la «rescisión» de la compra y la devolución del precio pagado e indemnización de daños y perjuicios, porque la vendedora conocía la posesión de la señora Guerrero y la adquisición por el difunto esposo de ésta, lo que demuestra engaño y mala fe, aunque lo niega la vendedora, y «resultaba justificada la necesidad de sostener un pleito de reivindicación para obtener el olivar, a lo que no estaba ni podían considerarse obligados».

Declarado judicialmente «rescindido» el contrato, la parte vendedora recurre y el Supremo desestima el recurso porque «la vendedora aseguró transmitir su propiedad y posesión libre de toda carga y gravamen, y entregado el precio por los compradores, es indudable su obligación de ponerlos en la quieta y pacífica posesión de la finca; lo es también, que no habiéndolo hecho entonces ni podido hacer después ella y sus herederos, por hallarse en posesión un tercero, y aun en duda sus derechos dominicales, asiste a los compradores que pagaron el precio estipulado, el de reclamar la «rescisión» del contrato, con la devolución de lo entregado y la indemnización de daños y perjuicios...», puesto que «la tradición simbólica establecida por la Ley 8.^a, título 30, partida 3.^a, como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad (posesoria) del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón y siendo notorio que la vendedora no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que entregó a los compradores... no ha cumplido la obligación de entregar lo vendido».

Esta sentencia es interesante, aunque sea anterior al Código Civil, en cuanto se refiere a un supuesto de desposesión desconocida por el comprador, quien dice que la parte vendedora la conoce, pero no prueba su afirmación.

De ella resulta con claridad que quien vende una finca que posee un tercero, estando «en duda sus derechos dominicales», no puede poner al comprador «en la quieta y pacífica posesión» de ella sin «sostener un pleito de reivindicación», sin recuperar la posesión. Por ello, la tradición «simbólica», por entrega de la escritura de compra, como ficción legal, no puede ser forma de entregar lo que el vendedor no posee, quien

sólo con ella no ha cumplido la obligación de entregar», asumida en cuanto aseguró «transmitir su propiedad y posesión».

Esta imposibilidad de entregar la finca, después de «entregado el precio por los compradores», en principio, determina la nulidad (*inexistencia*) del contrato, por referirse éste a una prestación de cumplimiento imposible sin previa reivindicación, no exigible al vendedor, y no la rescisión de un contrato existente por incumplimiento voluntario de una prestación de cumplimiento posible; por esto, la expresión de la sentencia ha de entenderse referida no a la rescisión en sentido estricto, sino al *desistimiento* del contrato, con devolución del precio entregado e indemnización de daños y perjuicios (hoy art. 1.460, 2), porque los compradores «no estaban ni podían considerarse obligados a reivindicar», siempre que pidan la declaración de nulidad oportunamente, como ocurre en este caso, a diferencia de lo que ocurría en el caso de la Sentencia de 1912 analizada.

De no hacerlo así, se entiende que el comprador, al conocer la desposesión del vendedor, admite o acepta que el objeto de la compra es lo que resta de la cosa después de perder la posesión el vendedor, es decir, el derecho de propiedad incorporal y controvertido, con su inseparable acción para recuperar la posesión.

Conclusiones deducidas

De las dos sentencias fundamentales analizadas, la de 1905 y la de 1912, complementada por la de 1890, puede deducirse, *a contrario sensu*, que ningún poseedor ha conseguido, ni quizá intentado, que el Tribunal Supremo declare que, en juicio declarativo ordinario, el cesionario de la acción reivindicatoria ha de reivindicar en nombre del vendedor, como comprador cesionario o por mandato y poder del vendedor. La antigüedad de ambas sentencias, tan inmediatas a la entrada en vigor del Código Civil (quince años y veintidós años después, respectivamente), cuando pronto se cumplirá su centenario, permite deducir válidamente que al aplicar el Derecho vigente se considera que ambas sentencias constituyen, desde entonces hasta ahora, jurisprudencia indudable, según la cual, por aplicación del artículo 1.462, 2, la acción reivindicatoria de una finca inscrita se transmite por el contrato de compra cuando se otorga en escritura pública de aparente compra de cosa; aparente porque la desposesión del vendedor no se manifiesta o declara, ya sea porque es conocida, pero se oculta, disimula o silencia, ya sea porque es desconocida.

Ahora bien, no hay inconveniente alguno, ni en ella ni en el ordenamiento jurídico para que esta jurisprudencia pueda ser, a su vez, interpretada, como así debe ser, entendiendo que la compra del derecho de

propiedad del propietario desposeído es traslativa del mismo derecho, tal como pertenece al vendedor (art. 1.526), sin necesidad de la entrega actual, porque es imposible ontológicamente sin previa recuperación de la posesión, a la que no puede obligarse al vendedor; sin olvidar que, tratándose de fincas, la compra ha de formalizarse en escritura pública (artículos 1.526, 1; 1.218 y 1.280, 1.º y 6.º), sobre todo para que se pueda inscribir (arts. 2.º, 1, y 3.º LH), por lo que el otorgamiento o perfección del contrato de compra documentado en escritura pública equivale a la entrega en el sentido de que produce el efecto traslativo como si se hubiera realizado tal entrega, aunque en realidad la necesidad de la entrega queda excluida por la imposibilidad actual de entregar.

Por tanto, la compra al propietario desposeído documentada en escritura pública, según la última palabra que es la jurisprudencia, implica la posibilidad de que el comprador ejercite la acción reivindicatoria en nombre propio, como propietario que es, aunque *no por efecto de la escritura* (artículo 1.462, 2) *sino por efecto del contrato escriturado* (art. 1.526).

Las dos sentencias se refieren a escrituras en las que no se manifiesta la desposesión del vendedor y el efecto traslativo del título de compra (artículo 2.º, 1, LH) es el mismo tanto si el comprador conoce la desposesión del vendedor (Sentencia de 1905) como si la desconoce (Sentencia de 1912). En uno y otro caso el comprador puede reivindicar como adquirente, por compra, del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, de modo que el vendedor responde por la evicción si el poseedor vence al comprador, pero el comprador no puede obligar al vendedor a que reivindique, ni el vendedor puede reivindicar aunque lo desee. Ahora bien, si el comprador desconoce la desposesión del vendedor puede desistir del contrato, inexistente o «nulo», debido a la anterior pérdida parcial de su objeto, a la pérdida de la posesión (artículo 1.460, 2).

Aunque las dos sentencias se refieren a escrituras en las que no se manifiesta la desposesión del vendedor, nada impide que la misma solución de la sentencia de 1905 se aplique a la hipotética escritura en que se manifieste la desposesión del vendedor, porque lo importante en ella es que el comprador conoce la desposesión y resulta secundario el que su conocimiento lo manifieste o lo oculte.

En resumen, puede decirse lo siguiente:

El artículo 1.526, de carácter general, se refiere a todo caso de cesión de la acción reivindicatoria. Sobre todo al caso en que se contrata expresamente la cesión, en que se manifiesta el conocimiento de la desposesión. También al caso en el que parece se contrata la compra de una cosa poseída por el vendedor, porque no se manifiesta el conocimiento de la

desposesión o porque ésta es desconocida. Si se trata de una finca, el contrato debe constar en escritura pública a efectos de prueba.

El artículo 1.460, 2, de carácter especial, se refiere al caso de desconocimiento de la desposesión, en que el comprador puede desistir del contrato si no quiere ser cesionario de la acción reivindicatoria.

Pero se puede conciliar la *jurisprudencia* en el siguiente sentido.

El artículo 1.526, de carácter general, se refiere al caso en que se manifiesta el desconocimiento de la desposesión, es decir, a la cesión expresa de la acción reivindicatoria. Si se trata de una finca, el contrato debe constar en escritura pública a efectos de prueba.

El artículo 1.462, 2, se refiere al caso en que no se manifiesta la desposesión del vendedor, al caso de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, y del otorgamiento de la compra en escritura pública deduce la presunción de acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, a menos que de la escritura resulte o se deduzca claramente que se contrata la compra de una cosa poseída por un tercero (S. 21 diciembre 1905); obsérvese que cuando se trata de cosa poseída por el vendedor, la compra escriturada implica acuerdo de entrega o cesión de la posesión, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca lo contrario.

El artículo 1.460, 2, en tal caso de aparente compra de cosa poseída por el vendedor, dispone que si el comprador no conoce la desposesión en concepto de propietario del vendedor, cuando llegue a conocerla podrá optar por desistir del contrato si no quiere ser cesionario de la acción reivindicatoria (S. 20 enero 1912 y S. 12 abril 1890).

De la escritura de aparente compra de cosa poseída por el vendedor que resulta poseída por un tercero se deduce o presume que existe realmente un contrato de cesión de la acción reivindicatoria si el comprador conoce la desposesión y también si la desconoce, sin perjuicio de que al llegar a conocerla opte por desistir de la compra; pero la compra escriturada es la que produce el efecto de la transmisión o cesión de la acción reivindicatoria.

Inscripción de la escritura de cesión

1. El *Notario*, en su función de asesoramiento previo a la redacción de la escritura, al otorgamiento del contrato de compra y a la autorización del documento, ha de indagar la situación posesoria de la finca por diversas razones y muy concretamente por la aquí considerada, pues el vendedor ha de manifestar que le pertenece el derecho que vende y que posee la finca de su propiedad, y si acaso llega a conocer la situación de desposesión del vendedor tendrá que proponer la solución que pueda ser más conveniente, atendidas las circunstancias del caso concreto, y cui-

dar la formulación documental coherente, sin perjuicio de la posible intervención de un abogado si se ha de ejercitar la acción reivindicatoria.

2. El *Registrador*, a su vez, ha de calificar la compra y la entrega documentadas en la escritura y la solución de la cesión traslativa permite enfocar adecuadamente la problemática de la calificación de la tradición como requisito necesario para que se transmita el derecho de propiedad del vendedor.

En la inmensa mayoría de los casos, de la escritura no resultará que el vendedor está desposeído o que, por acuerdo de las partes, el otorgamiento no equivale a la entrega. La inscripción se practicará porque se presume que el propietario vendedor es poseedor y realiza la entrega, según resulta de la inscripción del vendedor (art. 38, 1 y 2) y de la escritura (art. 1.462, 2).

Aunque el vendedor haya sido desposeído, si no se manifiesta la desposesión en la escritura, porque se desconoce o porque se oculta, la inscripción se practicará, pues la apariencia documental es la misma que cuando el vendedor es poseedor.

Según la opinión común, si acaso en la escritura se manifiesta la desposesión del vendedor el Registrador tendrá que denegar la inscripción; sin embargo, supuesta la posibilidad de la cesión traslativa por compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, no es descabellado que se pueda practicar la inscripción, pero sin hacer constar en el asiento la situación o estado de desposesión del vendedor.

Ante todo conviene considerar la realidad registral, el hecho cierto de la inscripción practicada de la escritura en la que no se declaró la situación de desposesión del vendedor, cuando la desposesión era conocida por el comprador, pero no se manifiesta y se oculta, disimula o silencia en la escritura, para registrar la compra (el caso silenciado, el supuesto de «mala fe» en sentido impropio) y cuando la desposesión era desconocida por el comprador (el caso desconocido, el supuesto de «buena fe» en sentido impropio). Ambos casos son los verdaderamente importantes y a los que se refiere el presente estudio, porque en ellos, aunque no lo parezca, realmente consta registrada la compra al propietario desposeído, es decir, la cesión de la acción reivindicatoria, la excepcional adquisición del dominio por compra, sin entrega adicional por ser actualmente imposible, frente al principio general de adquisición por compra y entrega inmediata al pago del precio. Una vez más, al referirse a la inscripción en el Registro, contrasta la apariencia, de una tradición por el otorgamiento del contrato en escritura, con la realidad, de la transmisión de la propiedad incorporal y controvertida por el contrato solamente.

En resumen, hay una realidad que no cabe desconocer. El oponerse, conforme a la opinión común, a la inscripción de la compra a un vendedor desposeído, sin hacer constar en la inscripción tal desposesión, no impide el hecho real de la inscripción de las escrituras en las que no se manifiesta la desposesión, que el comprador desconoce o que el comprador oculta que conoce para lograr la inscripción y ampararse en el artículo 41 para lograr fácilmente la posesión, y hay que explicar la eficacia de tal inscripción.

No parece descabellado inscribir la hipotética escritura en la que se manifiesta la desposesión del vendedor, sin hacerla constar en el asiento, pero, de todos modos, la práctica imposibilidad de que se inscriba puede orillarse, pues basta no manifestar la desposesión del vendedor, lo que es perfectamente lícito, aunque decidir con cierta seguridad responsable este silenciamiento y las cautelas adecuadas exige una cuidadosa atención y no olvidar los vericuetos por los que se llega a la salida o final del laberinto.

PRECISIONES CONCEPTUALES

Solución 1.ª

1. La compra de una *cosa* actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero es una compra especial por su objeto inmediato, por la obligación contractual que impone al vendedor de gestionar la recuperación de la cosa en cuanto es necesaria para hacer posible el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y es una compra en que la exigibilidad de la obligación de dar está sometida a la condición suspensiva de la realización o cumplimiento de la recuperación efectiva, que es un suceso futuro e incierto.

La posesión actual del vendedor es condición necesaria, requisito o presupuesto ontológicamente necesario para su transmisión o cesión actual. La desposesión actual del vendedor determina la imposibilidad de la tradición o entrega actual. (en la actualidad, «desde luego»), y sólo la recuperación de la posesión hace posible la entrega futura, con un grado de probabilidad, certidumbre o seguridad, que depende, en parte, de los «azares de un pleito». Cuando la posesión de la cosa está perdida y es imposible entregar, hay que recuperar la posesión, evento más o menos probable, para que renazca la posibilidad de entregar. La recuperación de la posesión es condición necesaria o requisito necesario objetivo para la entrega futura.

Para desvelar una confusión muy frecuente hay que distinguir con claridad la compra de cosa poseída por el vendedor, con entrega actual

posible, pero que se aplaza o condiciona voluntariamente, y la compra de cosa no poseída por el vendedor, con entrega actual imposible, aunque en el futuro quizá pueda llegar a ser posible, que será exigible si se llega a recuperar la posesión.

Compras especiales por su objeto inmediato y análogas a esta última, o sea, a la compra de cosa que está en posesión ajena, son la compra de cosa de propiedad ajena y la compra de cosa futura o que puede ser reconstruida.

El vendedor queda obligado, por especial determinación de su libre voluntad contractual, no por obligación natural y propia del contrato de compra ordinaria de cosa (art. 1.468, 1), a gestionar la recuperación de la posesión, en los términos convenidos, incluida la actuación judicial con el ejercicio de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y poder transmitirla. El vendedor asume libremente, por su voluntad, la especial o adicional obligación de gestionar la recuperación, que es una obligación de hacer, para poder cumplir la esencial obligación de entregar, que es una obligación de dar. Como especial obligación de hacer, en los términos convenidos, exige realizar cierta actividad recuperatoria, sin que exista el deber de alcanzar el resultado deseado, propuesto y procurado obtener, porque este es un suceso futuro e incierto, que no depende de la voluntad del vendedor exclusivamente.

Pero, por pacto, la consecución de la posesión, la recuperación, el resultado gestionado y procurado, es condición suspensiva de la eficacia del contrato, de la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y, en su defecto, del cumplimiento forzoso y de la sanción por el incumplimiento.

El vendedor se obliga a gestionar la recuperación, pero no a recuperar necesariamente, porque es evento incierto o inseguro, y la recuperación es condición contractual suspensiva de la eficacia de la compra. Es una compra especial y sujeta a condición suspensiva: la especialidad de la compra hace exigible el cumplimiento de la obligación de gestionar la recuperación de la posesión perdida, y la condición suspensiva del efecto, de la exigibilidad de la obligación de entregar, queda cumplida al ser recuperada la posesión. Se trata de una compra de eficacia y cumplimiento futuro e incierto, condicional, sometida a condición suspensiva contractual.

2: En el litigio, por medio de Procurador judicial, puede actuar el vendedor propietario en interés y en nombre propio, pero también puede actuar el comprador en interés del vendedor (aunque tenga interés propio, pero no exclusivo, el comprador), si está autorizado para el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario vendedor, en nombre del autorizante. El pacto adicional, convenido al comprar o después, se puede

instrumentar formalmente otorgando una escritura pública de mandato representativo, un poder notarial, que incluya la facultad de litigar y designar Procurador en nombre del autorizante o representado.

Vencido y condenado el poseedor y declarado el derecho de propiedad del vendedor, el poseedor devolverá o reintegrará la posesión al propietario vendedor, representado por el comprador. Después de recuperar la posesión, el vendedor transmitirá o cederá la posesión recobrada al comprador, es decir, realizará la entrega (art. 1.462, 1) y se producirá el efecto simultáneo de la transmisión de la propiedad al comprador (art. 1.095). Esta tradición se efectuará, normalmente, mediante el otorgamiento de escritura pública, de compra (anteriormente convenida) y de entrega actual por el otorgamiento (art. 1.462, 2); en este caso, cuando el comprador ha ejercitado la acción reivindicatoria del vendedor y obtenido la posesión para el vendedor, la tradición por el otorgamiento implica un acuerdo de interversión posesoria y *brevi manu traditio*, mientras que si el vendedor actuó y obtuvo la recuperación personalmente implica un acuerdo de interversión posesoria y tradición por *constituto posesorio*.

3. El precio se debe pagar al tiempo de la entrega de la cosa (artículo 1.500), salvo pacto especial de anticipo del pago, parcial y a cuenta más que total. Los gastos del litigio se puede convenir que corresponden al vendedor, sobre todo si actúa personalmente, o bien al comprador, y que son deducibles del precio inicial bruto.

4. La compra será ineficaz y no será exigible la entrega si no se cumple la condición suspensiva de recuperar la posesión, para su entrega, el día o dentro del plazo convenido (art. 1.467).

El riesgo, normalmente, corre a cargo del vendedor, que en caso de cumplimiento de la condición pierde los gastos y no cobra el precio o devuelve lo que ha percibido, sin perjuicio del pacto en que se agrave su responsabilidad con la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios, como si se hubiera incumplido, más o menos gravemente, una obligación de entregar de cumplimiento actual posible.

5. Por último, hay que considerar que cuando se oculta, disimula o silencio, en la escritura, la desposesión del vendedor, a los efectos de que sea el comprador quien recupere en nombre propio, se dice que en el proceso actúa como mandatario en cosa propia, lo que merece alguna matización.

Desde luego, no puede entenderse que se alude al antiguo *mandatum* o *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano en el período clásico, que tenía especiales efectos procesales y sustantivos y fue la primera etapa de la evolución histórica de la cesión de acciones, porque desapareció a la vez que el proceso formulario, sin olvidar que el clásico

procurator in rem suam romano demandaba en nombre del representado, con representación indirecta (*actio reivindicatoria mandata*).

En cambio, el referido comprador actual, además de comprador, parece ser representante directo del vendedor, si bien actúa (art. 41) en nombre propio, facultado al efecto, de modo que no sólo en la escritura se oculta la desposesión del vendedor conocida por el comprador, sino que, además, en el procedimiento judicial se oculta la representación por mandato adicional a la compra; sin perjuicio de que el comprador también actúa en interés propio y no sólo en interés del vendedor representado (como ocurriría en una representación ordinaria), puesto que así toma posesión para el vendedor y luego la recibe de éste, por interversión posesoria, y adquiere la propiedad; es decir, aparentemente recibe la posesión para él mismo (art. 41), pero realmente, como representante directo pero oculto, recibe judicialmente la posesión para el vendedor, y luego, mediante interversión posesoria, el vendedor (representado por el comprador) entrega la posesión al comprador (representante del vendedor); sin que esto implique autocontratación porque sólo hay interversión del concepto en que se posee, en cumplimiento de lo acordado al comprar.

Naturalmente, la escritura de compra y aparente entrega se ha de complementar con un documento, previo o adicional, que defina claramente las anormales facultades del comprador autorizado para actuar en nombre propio.

No obstante, cuando se faculta al comprador para actuar judicialmente, tanto si ha de manifestar ser comprador con mandato representativo como si puede aparentar ser propietario por compra y entrega, cabe entender que no se le confiere una representación propiamente dicha, para gestionar un asunto ajeno en interés exclusivo del representado, sea la representación directa o indirecta por sus efectos, sea en nombre ajeno o en nombre propio y ocultando la representación, sino que se le confiere una autorización para el ejercicio de la acción ajena en interés propio del autorizado, que no excluye el interés del autorizante; compra con autorización que también se denomina cesión impropia de la acción reivindicatoria, porque hablando con propiedad no es cesión, pues tal autorización no transmite el derecho, aunque sea medio para su transmisión futura por tradición de la cosa, según la concepción de IHERING de la única cesión posible; sin perjuicio de que esta autorización sea convenida como pacto de la compra, o sea posterior y adicional a la compra y pueda documentarse como si fuera un mandato representativo, otorgando un poder notarial (p. 284, n. 21).

Solución 2.ª

1. La compra de la *acción* reivindicatoria de una cosa actualmente poseída en concepto de propietario por un tercero (art. 1.526) es la compra al que dice o afirma ser propietario desposeído, la compra de un derecho *incorporal*, de un derecho de propiedad incorporal, del derecho de propiedad sobre una cosa con todas sus facultades integrantes, entre ellas la facultad o derecho de poseer (*jus possidendi*) con la acción derivada del derecho por su vulneración. compra del derecho pero no de la posesión perdida. También es la compra de un derecho *controvertido*, porque se disputa la pertenencia del derecho entre el pretendido propietario desposeído y el poseedor que se atribuye la propiedad al amparo de la presunción de que tiene título adquisitivo (art. 448); la controversia puede ser extrajudicial o judicial y, en este caso, se trata de un derecho litigioso desde que se contesta a la demanda (art. 1.535).

En general, comprar es contratar la transmisión del objeto mediato de la compra a cambio de dinero y, en particular, comprar la adición reivindicatoria es contratar la transmisión o cesión de la acción reivindicatoria del vendedor al comprador, es acordar una compra especial por su objeto mediato, que no es una cosa corporal, sino un derecho de propiedad incorporal o, lo que es lo mismo, la acción que lo representa, es acordar un contrato de compra especial que se denomina cesión y que produce el efecto de la transmisión o cesión de la acción, simultánea a la compra, porque ningún condicionamiento legal suspende la realización del efecto traslativo querido y convenido (art. 1.526).

Se dice, con fines didácticos, que la cesión de la cosa incorporal *equivale* a la tradición o cesión de la posesión de la cosa (corporal), para significar que la compra, por sí sola, produce el efecto transmisivo del derecho del propietario desposeído, como si se tratara de la compra de cosa corporal y se hubiera realizado la entrega. Pero, en realidad, se contrata la cesión, que tiene por objeto mediato el derecho con la acción derivada, porque, al estar desposeído el vendedor, la entrega o transmisión de la posesión, la tradición, es objetivamente imposible, está ontológicamente excluida (por lo que no ha de ser suplida), y el acuerdo de cesión, al no estar su eficacia traslativa legalmente condicionada suspensivamente, implica el simultáneo efecto de transmisión o cesión de la acción, o sea del derecho del que deriva y del que es inseparable. Se adquiere el derecho de propiedad al perfeccionarse el contrato (art. 1.526), por excepción al principio general (art. 609 y 1.095) que es necesaria ontológicamente y atendidos los fines e intereses económicos de los contratantes.

Es una compra de convenido cumplimiento *actual*.

2. El pago del precio, la entrega del dinero, será inmediata a la perfección del contrato y simultánea transmisión de la acción reivindicatoria, conforme a la normal simultaneidad del cumplimiento de las recíprocas obligaciones principales de comprador y vendedor (art. 1.500), con lo que se atiende, de modo adecuado, a los fines e intereses de ambos.

3. El comprador, como propietario no poseedor, ejercerá la acción reivindicatoria en nombre e interés propio, personalmente o representado, y, si prueba su adquisición del derecho y vence en juicio declarativo, se declarará su derecho de propiedad, adquirido por y desde la compra, y se condenará al poseedor a que devuelva o reintegre la posesión al propietario, que es el comprador reivindicante, quien la recibirá y obtendrá por mediación judicial, sin mediación o entrega del vendedor.

4. Es fundamental para el comprador considerar la probabilidad de lograr la devolución o recuperación de la posesión y el riesgo de perder el litigio, porque se compra un derecho de pertenencia controvertida o litigiosa.

Se trata de una compra *aleatoria*, es la compra de un pleito, si el comprador asume el riesgo de perder el precio, pagado por el derecho de un tercero, en los términos contratados que excluyan la garantía de evicción, o por las circunstancias que la hagan prácticamente inviable.

5. Cuando se contrata la compra de una cosa desconociendo la desposesión del vendedor, el comprador puede optar por desistir de la compra, al ser imposible su objeto inmediato que es la prestación actual de la entrega de la cosa; pero si no desiste se entiende comprada la acción reivindicatoria, que es lo que se puede transmitir actualmente, y queda transmitida la acción, o sea, el derecho controvertido (art. 1.460, 2).

Derecho de propiedad incorporal y apariencia posesoria

Por cuanto el ejercicio normal del derecho de propiedad exige la posesión de la cosa y la posesión exterioriza el dominio, es apariencia del derecho, resulta normal y conveniente la situación del propietario poseedor, situación en la que a una misma persona pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa y la posesión de la cosa, y es anormal e inconveniente la situación controvertida o litigiosa del propietario no poseedor, de disociación entre propiedad y posesión, en la que son personas distintas el que dice o afirma ser titular del derecho de propiedad, pero no es poseedor y reivindica para recuperar la cosa, y el poseedor en concepto de propietario de la cosa, que también se atribuye la propiedad, por lo que el ordenamiento jurídico dificulta o procura evitar que se produzca

o nazca esta disociación, y cuando existe procura remediarla y facilita que cese o se extinga.

1. Se procura evitar la disociación al disponer que el propietario puede transmitir por contrato de compra el derecho de propiedad y la posesión o apariencia del derecho de propiedad si ambas transmisiones son simultáneas, de manera que se entrega y recibe la posesión, la apariencia del derecho, y simultáneamente se enajena y adquiere el derecho de propiedad sobre la cosa objeto de la compra (arts. 609 y 1.095). Es peligroso que se transmita la propiedad por la compra solamente, pues aunque el vendedor quede como precarista, si no se contrata un negocio adicional que le faculte para poseer, aunque no como propietario (arrendamiento, usufructo, etc.), se facilita el que surja la situación de disociación, sobre todo si se vende y transmite la posesión por el vendedor a un tercero de buena fe.

2. La discordancia existe, claramente, desde que el propietario pierde la posesión ideal y queda desposeído, porque durante el plazo de un año no ejercita la acción interdictal para recuperar la posesión real perdida (arts. 460, 4, y 1.968, 1.º).

Desde esta pérdida real y sobre todo desde la pérdida de la posesión ideal, coexisten un propietario no poseedor, el que afirma ser propietario desposeído, al que se atribuye la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y que cese la disociación (art. 348, 2), y un poseedor en concepto de propietario, que se dice legitimado por la posesión, que se presume *juris tantum* que tiene título adquisitivo del mismo derecho de propiedad (art. 448), y que, si transcurre tiempo suficiente sin que se interrumpa la posesión, muy dudosamente porque reconozca no ser propietario y más probablemente por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario, por usucapión adquiere la propiedad, deviene nuevo propietario poseedor, de modo que pierde la propiedad el antiguo propietario y cesa la disociación entre propiedad y posesión (arts. 1.930 y sigs.).

3. Se procura facilitar que cese la disociación al fijar el plazo (correspondiente a cada caso) dentro del cual el propietario puede ejercitar la acción reivindicatoria para interrumpir el transcurso del tiempo necesario de usucapión y para recuperar la posesión, pues al terminar el plazo de desposesión pierde la propiedad porque la adquirente por usucapión el poseedor, que pasa a ser nuevo propietario poseedor. Sólo en este sentido se compele al propietario desposeído a que recupere la posesión y reivindique, en su caso.

El propietario desposeído puede vender pero no contratar una venta ordinaria porque no puede entregar y para entregar en un incierto futuro

probablemente tendría que litigar, a lo que no se le obliga legalmente. Si el propietario no quiere o no puede enfrentarse con el poseedor en un litigio y quiere remediar su situación vendiendo, cabe que recupere la posesión «ayudado» por el comprador o que el comprador le «sustituya» como propietario y sea él quien cargue con el problema de la recuperación. El ordenamiento facilita el remedio al disponer, con ciertos artificios de técnica jurídica histórica, que, excepcionalmente, se conozca o se desconozca la situación de desposesión del vendedor, el contrato de compraventa, con carácter especial, por sí solo, sin una entrega adicional que es actualmente imposible, transmite el mismo derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, en el que se incluye la derivada e inseparable acción reivindicatoria (art. 1.526), de manera que el comprador, ejercitando la acción reivindicatoria derivada del derecho o facultad de poseer puede obtener la posesión, y al obtenerla cesa la disociación inconveniente.

Es lógico y normal que el ordenamiento procure que no se origine la situación de disociación entre derecho de propiedad y apariencia posesoria y por ello disponga que, en la situación normal del propietario poseedor, por causa de compra, sólo al transmitir la apariencia, la posesión, se transmita, a la vez, simultáneamente, el derecho de propiedad sobre la cosa (art. 1.095). Pero cuando la situación anormal del propietario desposeído ya existe, no parece lógico y normal entender, como única solución para que pueda transmitir su derecho, que el ordenamiento le obligue a hacer cesar la situación anormal para volver a quedar en situación normal de propietario poseedor, es decir, que le obligue a recuperar la posesión, que vuelva a ser poseedor, lo que prácticamente le obliga a reivindicar, aunque sea con ayuda del comprador aún no propietario, si éste resulta autorizado para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor propietario desposeído; entonces, si se atienden los intereses en juego, parece más lógico que al propietario desposeído, mientras lo sea, la ley le permita transmitir inmediatamente su derecho, en el mismo estado de desposesión en que se encuentra al venderlo, como un derecho incorporal y controvertido o litigioso que es.

En el Derecho civil, sin interferencias de mala fe, la situación del poseedor que aspira a usucapir no resulta perjudicada o agravada si el propietario reivindicante no es el vendedor, sino el comprador, como tampoco si reivindicar el heredero y no el causante, o el donatario y no el donante; lo mismo que la situación del propietario no poseedor no resulta perjudicada o agravada si el poseedor vende y entrega la posesión real a un nuevo poseedor que continuará su posesión apta para usucapir. Parece que debe permitirse a una parte, al pretendido propietario des-

poseído, lo que se permite a la otra parte, al poseedor, para mantener un cierto equilibrio de intereses; ambos han de poder transmitir sus respectivos «derechos» o, mejor dicho, el derecho que cada uno dice tener, que es un solo derecho, que pertenece a uno o a otro.

En cambio se debilitaría la situación del pretendido propietario desposeído y resultaría fortalecida la situación del poseedor si cuando reivindica el comprador, pudiera oponer, eficazmente, el largo silogismo según el cual al comprador no le pertenece la acción reivindicatoria, inseparable del derecho de propiedad del que deriva desde que empezó la posesión corporal ajena, porque no es propietario, porque no se le hizo tradición, porque no puede hacer tradición el que no posee, porque poseedor no era el vendedor, sino el demandado, que continúa siendo poseedor. Para fundamentar esta argumentación, el poseedor intenta ampararse en una norma (arts. 609 y 1.095) y para ello la interpreta conceptualmente, olvidando la interpretación teleológica, sin concordarla con el total ordenamiento jurídico, y con otras normas concretas (arts. 1.526 y 1.460, 2, principalmente), que tienen una interpretación histórica secular, referentes al caso excepcional del vendedor propietario desposeído, que, en cuanto excepción, confirma la regla general. Le ayuda a lograr tal desequilibrio otra norma (art. 448) que le dispensa de la prueba de su manifestación de que tiene título adquisitivo de derecho que le faculta para poseer en concepto de propietario, y que obliga al comprador a probar que es propietario, porque lo era el vendedor y sus causantes hasta completar el tiempo necesario para la usucapión, según la opinión común, y porque él ha comprado y ha adquirido el derecho vendido sin necesidad de tradición, algo que puede parecer sorprendente a algunos, porque es excepcional y, como tal, conviene que se pruebe.

Desde luego, esta prueba no es sencilla, porque requiere precisar el sentido, no evidente, en el que se usan algunas palabras no unívocas y expresiones elípticas y figuradas que fueron usuales en la doctrina patria anterior y coetánea al Código Civil, pero al parecer olvidadas por la doctrina y técnica jurídica actual, a las que se refiere este estudio. Sin embargo, la jurisprudencia que interpreta el artículo 1.462, 2 (SS de 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912) ha permitido y permite orillar tal dificultad, aunque, a su vez, deba ser interpretada para aclarar que es coherente con la figura jurídica de la cesión de la acción reivindicatoria.

Derecho controvertido y declaración judicial

Hipotéticamente y a efectos expositivos, se habla de la venta por el propietario no poseedor o de la compra al propietario desposeído de la

cosa que un tercero posee en concepto de propietario, contra quien en juicio declarativo puede ejercitarse la acción reivindicatoria para recuperar la posesión, previa declaración de la pertenencia del derecho, porque se considera inicialmente cierta la afirmación o pretensión de pertenencia del derecho de propiedad al reivindicante, que se ha de probar.

Pero realmente, salvo un improbable reconocimiento por el poseedor de su falta de derecho, antes de recaer la sentencia firme sobre la acción reivindicatoria ejercitada judicialmente, es insegura, incierta, dudosa, la pertenencia del derecho de propiedad, controvertida entre el que es reivindicante, que afirma ser el propietario, gravado con la carga procesal de la prueba de su derecho de propiedad, del fundamento de la adquisición de su derecho, y el que es demandado como poseedor en concepto de propietario que lo niega, amparado en la presunción legitimadora de justo título de adquisición (art. 448), deducida legalmente de la apariencia posesoria de pertenencia del derecho de propiedad. Queda «sometida a los azares de un pleito» (GÓMEZ DE LA SERNA) la determinación por la sentencia de la realidad, de si dicha venta de cosa no poseída por el vendedor es una venta por el propietario no poseedor (venta de cosa propia poseída por un tercero) o una venta por el no propietario y no poseedor (venta de cosa no propia, sino ajena y poseída por un tercero). Hay aquí un componente de riesgo o azar (alea) que conviene no olvidar.

El grado de seguridad de la pertenencia del derecho al vendedor es, naturalmente, función directa del grado de probabilidad de la pertenencia al mismo, afectada por la posibilidad de prueba y, concretamente, por las presunciones legales, deducidas de la apariencia posesoria y de la apariencia registral, como medios probatorios.

En el caso considerado, la posesión y la inscripción son dos apariencias sociales que se refieren al único derecho que existe en la realidad. El poseedor es un aparente propietario y el reivindicante es un pretendido propietario, pero sólo hay un derecho controvertido, que pertenece a uno o a otro, o a un tercero. El poseedor tiene a su favor la prueba de la presunción de título adquisitivo del derecho de propiedad fundada en la posesión (art. 448), por lo que es el no poseedor quien ha de probar que el derecho le pertenece. Pero si el reivindicante es un titular registral también es un aparente propietario, pues tiene a su favor otra prueba, otra presunción, fundada en la inscripción, pero referida no al título adquisitivo, sino directamente a la pertenencia del derecho adquirido por el título registrado (art. 38, 1).

La apariencia posesoria y la deducida presunción de título adquisitivo (artículo 448), prevista a favor del propietario poseedor, se vuelve contra él si deja pasar el año durante el que puede ejercitar el interdicto de

recobrar. Pero la discrepancia entre la legitimación civil por la posesión (artículo 448) y la legitimación registral por la inscripción (art. 38, 1), con sus respectivas presunciones, de título adquisitivo del derecho, de adquisición titulada o fundada, de «justo título» para la posesión, o posesión titulada, por una parte, y de pertenencia del derecho por el título registrado a favor del titular registral por otra parte, prácticamente se decide a favor del titular registral en el procedimiento ejecutivo posesorio sumario (art. 41, 6, 2.^a).

Aunque aquí se habla de derecho controvertido, en amplio sentido, hay que entender que la controversia, la discusión entre las partes, puede quedar en controversia extrajudicial, pero en la mayoría de los casos se convertirá en una controversia procesal, en un litigio, y el derecho ha de considerarse litigioso «desde que se conteste a la demanda» (art. 1.535, 2). No obstante, quizá sea más real y práctico utilizar controvertido y litigioso como adjetivos sinónimos, con un sentido amplio, relativo a la situación que resulta de la vulneración del derecho y determina el nacimiento de la acción reivindicatoria.

Lo importante es que las apariencias sociales y las presunciones no deben prevalecer sobre los fines justos de los individuos que integran la Sociedad. Mediante la correspondiente prueba, la sentencia, en su caso, decidirá la justa realidad que resulta de los hechos y del Derecho.

Elección de la segunda solución

Cuando el vendedor es un propietario desposeído y se le compra la cosa (art. 1.445) la propiedad se adquiere al adquirir la posesión, conforme al principio general, por la compra y desde la entrega (arts. 609 y 1.095), al recibir el comprador la posesión, pero después de ser recuperada por el vendedor. En cambio, si al vendedor propietario desposeído se le compra la acción reivindicatoria, el derecho controvertido se adquiere al comprar, por y desde la compra (art. 1.526), y el comprador reivindicante adquiere la posesión más tarde, al recibirla del poseedor por mediación judicial, sin entrega del vendedor.

Ambas soluciones son especiales en relación con la compra ordinaria de una cosa poseída por el vendedor, pero la primera aplica el principio general de la transmisión por compra y entrega, aunque esta entrega queda sometida a la condición suspensiva de la recuperación, incluso cuando se cede al comprador el ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, es decir, cuando se acuerda una autorización para el ejercicio de la acción del autorizante, una cesión impropia. En cambio, la segunda solución es la nueva solución del Derecho romano clásico y postclásico, con una larga evolución, en la que, por excepción a dicho

principio general, se cede o transmite la propiedad controvertida por el contrato de cesión o compra solamente, sin entrega, como la compra-venta traslativa del Derecho francés actual, aunque a este resultado se llega, al final de aquella evolución, a través de ciertos artificios jurídicos, principalmente considerando que la compra al propietario desposeído implica cesión de la acción reivindicatoria, cesión de lo que queda de la cosa o cesión del derecho de propiedad controvertido y de lo que queda en lugar de la posesión, porque se estima que la desposesión equivale a una pérdida parcial de la cosa (D. 18, 4, 21), y entendiendo que si el comprador desconoce la desposesión del vendedor de la cosa adquiere la acción reivindicatoria de la misma, sin perjuicio de que expresamente opte por desistir de la compra (art. 1.460, 2), así como que la acción reivindicatoria deriva del derecho de propiedad, pero es inseparable de él de modo que al ceder la acción se cede el derecho.

Pero, conforme al Derecho vigente, las dos soluciones no son iguales en rango, sino que es preferente o prioritaria la transmisión actual del derecho (solución segunda) a la transmisión futura y condicional de la cosa (solución primera).

1. Se considera convenida la cesión de la acción reivindicatoria, la transmisión actual del derecho controvertido, y no la simple autorización para el ejercicio de la acción y la transmisión futura y condicional de la cosa, cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, sin perjuicio de su opción por desistir del contrato (art. 1.460, 2), y también, como es lógico, cuando parece que el comprador desconoce la desposesión porque se conoce, pero no se manifiesta y se oculta al otorgar la compra en escritura pública. Entonces, por excepción al principio general, la transmisión del derecho de propiedad del vendedor se realiza simultáneamente a la compra, tal y como es posible actualmente, sin transmitir la posesión pero sí la acción para recuperarla (art. 1.526).

2. Salvo pacto expreso, se excluye la solución primera, con la consiguiente aplicación del principio general, porque implica para el vendedor el asumir la obligación de gestionar la recuperación de la posesión, de reivindicar prácticamente siempre, que es una obligación especial de hacer, de cumplimiento previo al cumplimiento de la obligación esencial de dar, de entregar. Salvo pacto, legalmente no se impone el cumplimiento de una prestación que es imposible al perfeccionarse el contrato (artículo 1.468, 1). Así resulta de la citada Sentencia de 20 de enero de 1912.

La verdadera solución es comprar la acción reivindicatoria, o sea el derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeí-

do, porque, además de no ser posible el normal cumplimiento, actual y simultáneo, de las prestaciones recíprocas de las partes, no es conveniente, por razones económicas y jurídicas, esperar hasta que, en un futuro no inmediato al contrato, quizá sea posible dicho cumplimiento simultáneo, como se observa claramente en el caso propuesto en este estudio.

En principio, el legislador, al igual que el contratante, considera lo que es actualmente posible, el contrato puro y simple, referido a una prestación posible en el presente, no en el futuro. Si se trata de un contrato de transmisión de la propiedad, como la compra, se ha de referir a la transmisión actual de lo que es posible transmitir «desde luego», es decir, del derecho y de la posesión cuando el vendedor es poseedor de la cosa, o del derecho con la acción reivindicatoria para recuperar la posesión cuando el vendedor no es poseedor de la cosa. El contrato transmite lo que actualmente se tiene, sea la cosa (derecho y posesión) sea la acción (para recuperar la cosa), y el adquirente de lo que tiene el vendedor procurará completar lo que le falta, la posesión de la cosa, acallando la controversia sobre la pertenencia del derecho. Todo ello sin perjuicio de la especial voluntad contractual.

Nadie da lo que no tiene, pero a nadie se le ha de dificultar que pueda «dar» lo que sí tiene, actualmente, aunque sea un derecho controvertido (si se tiene), un derecho de propiedad sobre una cosa que no se posee porque otro la posee en concepto de propietario.

Si se autoriza y se registra la compra y aparente entrega por el otorgamiento del contrato en escritura pública, porque en el documento, más o menos consciente y voluntariamente o por desconocerla, no se manifiesta la desposesión del vendedor, que así parece ser propietario poseedor, la inscripción no suple a la tradición, ni se ha de deducir esto del artículo 1.473 y de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, y la escritura no equivale a la tradición o la suple, ni se ha de deducir esto del artículo 1.462, 2, porque la tradición de una acción o de un derecho de propiedad incorporal está ontológicamente excluida y, conforme a los fines e intereses económicos de los contratantes, la compra o cesión de la acción reivindicatoria transmite por sí sola el derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, aunque no la posesión en concepto de propietario que otra persona tiene (arts. 1.526 y 36, 2, LH, según la jurisprudencia, en Sentencias de 1905 y 1912, conformes y complementarias entre sí).

Pero la inscripción que se practica en virtud de escritura pública de compra facilita la adquisición de la posesión si se insta y actúa el procedimiento ejecutivo posesorio sumario, porque éste se funda en

la inversión de la carga de la prueba del título adquisitivo del derecho a poseer (arts. 41, 6, 2.^a, y 38, 1, contra art. 448), que impide al poseedor oponer al comprador, simplemente, la desposesión del vendedor, y libera al comprador de la prueba de la vigencia y aplicación al caso litigioso de la solución excepcional de la cesión de la acción reivindicatoria con efecto traslativo, simultáneo, del derecho de propiedad del propietario desposeído, facilitada, a su vez, por la interpretación jurisprudencial del artículo 1.462, 2.

En este sentido, la cesión de la acción reivindicatoria, el contrato, su perfección u otorgamiento (art. 1.526), no la inscripción ni tampoco la escritura que se ha de formalizar a efectos probatorios (art. 1.280, 1, 6.^o), suple a la tradición; es decir, si se entiende que donde se dice cesión de la acción se dice, también, compra del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído y que la inscripción practicada de la compra en escritura pública facilita al comprador propietario la obtención judicial de la posesión. Pero, hay que insistir, la cesión se aplica al supuesto de desposesión; en el que, por excepción objetivamente necesaria al principio general, la tradición actual queda excluida y, por tanto, no queda suplida.

La jurisprudencia confirma esta tesis al resolver que la escritura pública de compra, cuando el vendedor no es poseedor, implica que el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria, como propietario (Sentencias 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912); aunque esto es así no por el otorgamiento de la escritura, como parece que resulta de las sentencias que interpretan el artículo 1.462, 2, sino por el otorgamiento del contrato, que, en los casos contemplados por las sentencias, consta debidamente en escritura pública (conforme al art. 1.526, 1, en cumplimiento del art. 1.280, 1.^o y 6.^o), en la que no se manifiesta la desposesión, y que está inscrita (art. 36, 2, en relación con los arts. 38 y 41), tanto si la desposesión es conocida y más o menos conscientemente ocultada al contratar la compra documentada en escritura pública (S. 21 diciembre 1905), como si es desconocida al contratar (S. 20 enero 1912).

PRECISIONES HISTÓRICAS

Roma

Para facilitar el estudio de la cesión de la acción reivindicatoria y su evolución histórica, así como del Derecho español vigente, conviene recordar, siguiendo a KASER y a CARRELLI en general, que en el Derecho romano son muy diferentes el período clásico con el proceso formulario

(*per formulas*) y el período postclásico con el proceso cognitorio iniciado en el período anterior, y también que no fue bien conocida la diferencia entre ambos procedimientos, y sus consecuencias, antes de 1816, en que se descubrió el *palimpsesto* de Verona, que recoge las Instituciones de Gayo, de las que antes sólo era conocido un deficiente resumen visigótico (los textos que se citan están recogidos en la n. 80, p. 313. Se refieren especialmente a cosa mueble.)

A) En el *proceso formulario* hay que destacar algunos aspectos de la ejecución de la sentencia para recuperar la posesión.

La condena a la devolución de una cosa propiedad del demandante, tanto por acción reivindicatoria (D. 6, 1, 21, de PAULO) como acción personal (D. 19, 2, 58, 8, de GAYO, y D. 42, 1, 12, de MARCELO, para el depósito y comodato, o D. 25, 2, 22, de JULIANO), no se ejecuta forzosamente (*manu militari*), pero el poseedor demandado que se niega a devolver (*contumax*) es condenado por el juez en su sentencia a pagar la correspondiente indemnización o estimación del litigio (*litis aestimatio*) que el demandante fija bajo juramento y prácticamente es el precio de una venta forzosa para el «vendedor» (*similis venditione*, D. 6, 2, 7, 1, de ULPIANO).

a) Si la cosa está *presente (res praesens)* ante el magistrado o pretor (*in iure*) al tiempo de la *litis contestatio* en que da la fórmula del proceso, es decir, si el demandado como poseedor continúa poseyéndola al final de la fase *in iure* o de formulación de la *litis*, luego, ante el juez privado (*apud iudicem*) al pagar el precio (*litis aestimatio*) se realiza la tradición por intervención posesoria (*brevi manu traditio*) al «comprador», al final de la fase *apud iudicem* o de prueba y sentencia.

Cuando se trata de cosa *nec Mancipi* (un vestido en los textos citados) y el vendedor es propietario quiritarario, el «comprador» y *accipiens de la traditio* adquiere la propiedad quiritarria (D. 6, 1, 46, de PAULO, interpolado).

Pero cuando se trata de cosa *Mancipi* (un esclavo en los textos citados o un animal de labranza), aunque el «vendedor» sea propietario quiritarario, al no formalizarse la *Mancipatio* no se transmite la propiedad quiritarria al «comprador» y *accipiens* de la *traditio*, quien así adquiere la propiedad bonitaria y sólo llegará a ser propietario quiritarario por usucapión, en virtud de su posesión por compra, una vez transcurrido el plazo de un año si se trata de cosa mueble (un esclavo) o de dos años si se trata de cosa inmueble (un campo).

Sabido es que la clásica usucapión se ha de referir a la hoy denomina-

da usucapión ordinaria, fundada en la posesión titulada, obtenida por tradición (*traditio*), porque el tiempo purifica la falta de la forma civil (*mancipatio*) necesaria para transmitir la propiedad quiritaria; de manera que, prácticamente, el dominio quiritario se obtiene por compra, tradición y uso duradero, si la posesión no se interrumpe durante un plazo breve, y hasta entonces sólo se tiene la propiedad bonitaria y la acción *publiciana*, no oponible al propietario quiritario vendedor, sin perjuicio de la excepción o acción personal por compra; esto aparte de la aplicación de la usucapión para probar la adquisición a un propietario cuando de otro modo la prueba es insuficiente, y para adquirir por compra a un no propietario. La hoy llamada usucapión extraordinaria es de origen histórico posterior, como prescripción o pérdida de la acción reivindicatoria por falta de ejercicio durante un plazo largo, que determina la irreivindicabilidad de la cosa.

Si después de la entrega, pero antes de transcurrir el año posterior a la *traditio* necesario para consumar la usucapión, el «comprador» del esclavo pierde la posesión, como ocurre cuando el esclavo huye, hay que distinguir dos supuestos.

1. Si lo captura y posee un *tercero*, para recuperar la posesión el «comprador» no tiene acción reivindicatoria (nueva o distinta de la que tuvo contra él su vendedor) ejercitable contra el «tercero poseedor» (nuevo poseedor), ya que la acción civil reivindicatoria sólo se atribuye al propietario civil o quiritario. Ahora bien, el *Edicto* de los pretores (la más importante fuente de Derecho escrito) le concede la acción *publiciana* (D. 6, 2, 7, 1, de ULPIANO); acción ficticia, que está fundada, a efectos de la fórmula procesal del proceso clásico, en la ficción de que el «comprador» ya había adquirido por usucapión antes de perder la posesión, como si hubiera transcurrido el plazo de un año desde la compra; acción útil, de la misma utilidad que la reivindicatoria, por su efecto y por su tramitación procesal (*actio reivindicatoria utilis*); dirigida contra el poseedor actual, «tercero» que puede ser contumaz como lo que fue el que ahora ejercita la acción *publiciana*, con las mismas consecuencias antes dichas.

2. Pero si el poseedor actual no es un tercero, sino el «vendedor», quien continúa siendo propietario quiritario, que ha logrado capturar al esclavo, al comprador no se le concede la acción *publiciana* pretoria porque no puede dirigirse contra el propietario civil, y sólo puede ejercitar la acción personal como «comprador» (*actio empti*) contra el «vendedor», propietario quiritario, de modo que el vendedor contumaz, que se opone a entregar la posesión, devolverá la *litis aestimatio* que percibió del comprador. Sin perjuicio de la *cautio* estipulada en la *litis contestatio*

como garantía adicional de que el vendedor entregará la cosa al comprador si acaso llega a recuperarla, o no obstaculizará la toma de posesión de la cosa por el comprador (D. 6, 1, 47, de PAULO), *cautio* que no implica garantía de un deber de recuperar o de reivindicar para entregar (D. 6, 1, 21), porque la recuperación es imposible si el poseedor demandado por acción reivindicatoria es contumaz, como ya se ha dicho.

Por eso, el comprador y *accipiens* de la *tradiitio*, desposeído por la fuga del esclavo, ha de considerar quien lo posee. Si poseedor es un *tercero*, pedirá al pretor y éste le concederá en su fórmula la acción *publiciana*, que podrá ejercitar después de pagar la *litis aestimatio* (D. 6, 2, 7, 1). Si poseedor es el *vendedor*, pedirá al pretor y este le concederá en su fórmula que el juez, después de la prueba e inmediatamente antes de la sentencia, conmine al vendedor a que se le entregue el esclavo que ha recuperado o que, si no cumple la conminación, le pague la *litis aestimatio* y se cumpla la *cautio* o garantía convenida (D. 6, 1, 47) (página 349).

Al hilo de la exposición conviene advertir que las *Instituciones* de JUSTINIANO regulan en particular (I. 3, 23, 3; p. 317, n. 313, al final) el supuesto en que el vendedor poseedor, *después de vender y antes de entregar*, pierde la posesión, sin dolo ni culpa propia, porque el esclavo se ha extraviado o perdido (concretamente porque ha huido), o ha sido sustraído, robado o hurtado (D. 18, 1, 35, 4, de GAYO); supuesto distinto del de compra por *litis aestimatio* cuando, al tiempo de formalizarse ésta y de pagarse la estimación o precio, el vendedor es poseedor y entrega mediante interversión posesoria. Se imputa al vendedor la carga del riesgo y pierde el derecho a cobrar el precio al comprador cuando se hubiera convenido la custodia hasta el momento de la entrega, porque, entonces, la pérdida implica culpa. Si no se convino la custodia, el vendedor tiene derecho a cobrar el precio (está a seguro), pero debe ceder por mandato al comprador la acción reivindicatoria (*vindicationem rei* o acción real) y la condición (acción personal restitutoria) y la acción de hurto (acción por delito), porque «el que aún no ha entregado la cosa al comprador es todavía su dueño» y si el vendedor hubiese conseguido algo con estas acciones debe entregarlo al comprador (D. 47, 2, 14, de ULPIANO).

En el proceso formulario del período clásico la acción reivindicatoria se cede expresamente mediante convenio adicional a la compra, por el que se confiere mandato procesal o *procuratio in rem suam*. La demanda se ha de plantear por el *procurator* reivindicando en nombre del cedente y mandante (*actio reivindicatoria mandata*), por lo que no se puede dirigir contra éste, y, prácticamente el efecto traslativo del derecho se

produce al formular la *litis contestatio* entre el *procurator in rem suam* y el tercero poseedor, por transposición de sujetos, de carácter novatorio (al igual que era novatoria la delegación de la acción personal, que fue la primera solución histórica respecto a un crédito).

b) 1. Si la cosa reivindicada *no está presente (res absens)* ante el pretor al tiempo de la *litis contestatio*, porque en el transcurso de la fase *in jure* del proceso el poseedor ha perdido la posesión por su *culpa* (pérdida culposa) y la tiene un tercero, como ocurre cuando el esclavo reivindicado se extravía o huye por falta de custodia o por negligencia (*culpa*) del poseedor demandado y lo captura un tercero, o cuando el esclavo es sustraído, hurtado o robado (*furtum vel rapinam*) por un tercero, asimismo por falta de custodia o por negligencia (*culpa*) del poseedor demandado, éste no puede ser condenado a la devolución, que es imposible si no se recupera la posesión, y ante el juez debe pagar la *litis aestimatio* al demandante «vendedor»; pero, como «comprador» por *litis aestimatio*, tiene derecho a que el vendedor le ceda su nueva acción reivindicatoria contra el «tercero» poseedor actual, mediante *mandatum ad agendum (actio reivindicatoria mandata)* (D. 6, 1, 21 y D. 6, 1, 63, 1.^a parte, de PAPIANIO). El que la cesión se formalice en el mismo juicio hace resaltar histórica y doctrinalmente la figura de la cesión de la acción reivindicatoria. Pero se ha de observar que la nueva acción cedida contra el tercero no es la vieja acción reivindicatoria contra el «comprador» (o la vieja acción personal contra el mismo) por la que se pagó la *litis aestimatio*.

Ahora bien, si resulta que el vendedor, después de la *litis aestimatio*, recobra el esclavo, contra él sólo cabe ejercitar la *actio empti*, para que lo entregue, y pedir el cumplimiento de la *cautio* de entrega, habida cuenta del significado contemporáneo de la cesión de la acción reivindicatoria, porque la demanda se interponía por el cesionario como mandatario representante procesal (*cognitor* o *procurator*) del cedente, en nombre del cedente, pero con representación indirecta, e *in rem suam*, de modo que la demanda, necesariamente, dice que el cedente es el propietario (si bien dejará de serlo desde que se formule la *litis contestatio*), demanda que, lógicamente, no puede dirigir contra sí mismo (p. 359).

2. Si la pérdida ha sido *dolosa* (p. 347) el comprador no tiene derecho a la cesión de la acción, ni a la reivindicatoria mandada (D. 6, 1, 69, de PAULO), ni menos a la acción *quasi publiciana*, de la que se hablará (D. 6, 1, 70, de POMPONIO).

3. Si la pérdida ha sido *fortuita* (D. 6, 1, 63, de PAULO, y p. 339) se absuelve al demandado que dejó de poseer, pero debe prestar caución, no de «perseguir» (reivindicar) al esclavo, sino de que si lo recupera lo

restituirá (y si había usucapido al esclavo antes de su huida debe ceder su acción reivindicatoria al demandante y entregarle los frutos percibidos durante su posesión). El demandante puede dirigir su nueva acción contra el nuevo poseedor.

B) En el *proceso cognitorio postclásico* (el proceso justiniano) la situación es muy distinta.

Ahora, la condena a la devolución se ejecuta forzosamente (*manu militari*) contra el demandado poseedor que se niega a devolver, pero cabe que durante el proceso, libremente, se convenga la compra del esclavo por el demandado poseedor, y en tal caso no se contrata una venta forzosa para el demandante, una *litis aestimatio* que ya no existe, sino una venta puramente voluntaria, y con la *traditio brevi manu* el comprador adquiere la propiedad del esclavo, porque para ser propietario frente al vendedor no necesita una usucapión, que ahora es de plazo más largo, tres años para cosa mueble y por lo menos diez para cosa inmueble. Por tanto, la propiedad de cualquier cosa (ya no se distingue *nec mancipi y mancipi*) se adquiere en virtud de una compra, fundada en una transacción durante el proceso, mediante *traditio brevi manu*, al perfeccionarse la compra (*statim*) (lo que impone las oportunas interpolaciones a los compiladores justinianos en el D. 6, 1, 46: pp. 339 y 348).

Ahora, si el demandado está desposeído, ha perdido la posesión y no puede devolverla, pero teme la posible condena a indemnizar, como transacción judicial puede convenir con el demandante la compra por precio libremente pactado (*ex voluntate actoris*). Esta compra puede tener distinto objeto, conforme al tema central de este estudio.

1. Puede convenirse (*ex voluntate actoris*) la compra de la cosa poseída por el tercero, de modo que la propiedad se adquiere por el comprador que paga el precio al tomar posesión de la cosa; bien sea sin necesidad de ejercitar acción alguna el comprador, por entrega que realiza el vendedor si logra recuperar la cosa, incluso reivindicando (porque ahora el poseedor contumaz ha de devolver la posesión *manu militari*) o al recuperarla el comprador sin reivindicar, lo que puede ser objeto de especial garantía (D. 6, 1, 47; interpretación más ajustada que la propuesta en p. 332, n. 103): bien sea al ejercitar el comprador la acción reivindicatoria del vendedor si está autorizado por mandato representativo (D. 6, 1, 63, 1.^a parte).

2. Puede convenirse la compra de la acción reivindicatoria, porque el *Edicto* del pretor concede al comprador, desde que paga el precio no aplazado, la acción llamada *quasi publiciana* (*actio reivindicatoria utilis*),

acción real, que se dirige *erga omnes possidentes*, incluso contra el vendedor que después de haber vendido el esclavo sin poseerlo llega a conseguir su captura o recuperación (D. 6, 1, 63, 2.^a parte), y porque el *Código* justiniano concede al comprador de la acción *real* el que útilmente la ejercite en nombre propio (C. 4, 39, 9). Se trata de la acción real por antonomasia, la acción reivindicatoria, adquirida no por compra y entrega, conforme al Derecho civil, sino por compra al propietario desposeído, «nuevo» supuesto de hecho considerado digno de protección por el Derecho pretorio, y de ahí la «nueva» denominación (p. 357).

En el proceso cognitorio del período postclásico, al final de la evolución de la cesión, la acción reivindicatoria cedida se adquiere por la compra y el pago del precio. Una vez desaparecido el proceso formulario y con él las ficciones formularias, cuando ya no procede hablar de una acción reivindicatoria útil en el sentido técnico estricto del Derecho clásico, la acción se ejercita por el comprador cesionario en nombre propio (*suo nomine agere*), quien demanda como sujeto activo de la acción, contra cualquier poseedor, incluso contra el vendedor que después de vender ha recobrado la posesión y se niega a entregarla al comprador.

Normas fundamentales en el Derecho justiniano y Derecho español vigente

Sabido es que el *Digesto* (con un fragmento del jurista PAULO, del período clásico tardío, de quien son otros fragmentos referentes a la reivindicación en el D. 6, 1) formula el *principio general* según el cual «*nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut alia justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur*» (D. 41, 1, 31, pr.), complementado por el *Código* justiniano al decir que «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*» (C. 2, 3, 20). Del primero resulta que el contrato de compra es causa de la entrega y de la transmisión del dominio, y de ambos resulta que para la transmisión del dominio ni basta sólo el contrato (*nudis pactis* del *Código*) ni basta sólo la entrega (*nuda traditio* del *Digesto*).

Como ya se ha dicho, un fragmento de PAULO (D. 6, 1, 47) aplica este principio general a la compra de la cosa al propietario desposeído por un tercero poseedor, de modo que el comprador adquiere la propiedad al tomar posesión de la cosa. Ahora bien, en el Derecho clásico, al que corresponde este fragmento, el vendedor poseedor queda obligado por el contrato de compraventa a entregar la cosa, pero el vendedor no poseedor no puede quedar obligado a dicha entrega porque es imposible si no recupera la posesión y la posesión no puede recuperarse reivindi-

cando si el poseedor es contumaz y decide adquirir la propiedad de la cosa pagando la *litis aestimatio*; por ello, el vendedor desposeído que vende la cosa debe garantizar (*cautio*) no que reivindicará, sino que entregará la cosa si la recupera (D. 6, 1, 21, también de PAULO) y que no obstaculizará la obtención de la posesión por el comprador (D. 6, 1, 47).

En cambio, en el Derecho postclásico, cuando la sentencia de condena se ejecuta *manu militari*, si el poseedor es contumaz y se niega a devolver la cosa, la garantía puede referirse al deber de reivindicar el vendedor, aunque no lo diga el fragmento clásico de PAULO (D. 6, 1, 47), que tampoco alude, para nada, a la posible cesión de la acción reivindicatoria, a la que se refiere el otro fragmento clásico de PAULO (D. 6, 1, 21).

Pero el principio general, al igual que otros principios generales, no es tan absoluto como parece, pues ha de ser conciliado con la realidad.

En relación con el mismo se han de citar otros dos preceptos fundamentales del Derecho romano, ambos del mismo jurisconsulto PAULO.

Por una parte, «...*si sine culpa desinit detinere venditor, actiones suas praestare debebit... nam... (venditor)... aream tradere debet exusto aedificio*» (D. 18, 4, 21; p. 315, n. 80), es decir, que si el vendedor perdió la posesión de la cosa vendida no está obligado a recuperarla, pero debe ceder al comprador la acción reivindicatoria, al igual que el vendedor de un edificio que se incendió (*exusto aedificio*) no está obligado a reconstruirlo, pero debe entregar el solar (*aream tradere debet*), y se ha de reajustar el precio. Lo recuerda NÚÑEZ LAGOS (pp. 355 y 585, nota 188), como IHERING (p. 321).

Por otra parte, «*is qui habet actionem ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*» (D. 50, 17, 15), es decir, que quien tiene la acción para recuperar la cosa, la acción reivindicatoria, se entiende que tiene (*habet*, posee) la cosa (p. 346, n. 100), aunque *es mejor tener la cosa que la acción* según otra regla general del Derecho atribuida a POMPONIO (D. 50, 17, 104). Lo recuerdan GÓMEZ DE LA SERNA (p. 574 y n. 163-168) y GARCÍA GOYENA (pp. 785 y 787), legisladores enfrentados en la cuestión de la subsistencia de la tradición como requisito adicional a la compra para la transmisión del dominio. Estos textos romanos son antecedentes históricos del actual artículo 1.460, 2, en tal sentido.

Pero, sobre todo, procede considerar con cierto detenimiento los dos preceptos más importantes para este estudio, un fragmento del jurisconsulto PAPIANO (contemporáneo de PAULO) referente a la denominada acción *quasi publiciana* (D. 6, 1, 63, 2.^a parte) y una ley o precepto del Código que se refiere a la venta de la acción *reivindicatoria* (C. 4,

39, 9), antecedentes históricos del artículo 1.526 en cuanto a la acción real, reivindicatoria.

1. El jurisconsulto PAPINIANO, al final del período clásico, dice (en versión libre del D. 6, 1, 63, deficientemente traducido en la versión de ALVARO D'ORS, p. 314) que «el demandado por acción reivindicatoria, si (después de la demanda y antes de la *litis contestatio*) ha perdido (sin dolo) la posesión, y por ello ha de soportar que se le condene (por el juez) a la compra de la cosa y pago del precio (la *litis aestimatio* jurada por el reivindicante), puede pedir y el pretor concederá que el demandante le ceda su (nueva) acción (reivindicatoria contra el nuevo poseedor); si bien ninguna actuación capciosa (del demandante vendedor que llega a ser poseedor contumaz) podrá afectarle (al demandado comprador) porque el (*Edicto* del) pretor le atribuye acción (auxilio, ayuda) contra cualquier otro poseedor, incluso contra el (demandante vendedor) que cobró el precio, y se desestimaré la (eventual) pretensión (del demandante vendedor) de devolver el precio (comprando la cosa)», acción que POMPONIO niega al demandado que con dolo perdió la posesión y que denomina acción *quasi publiciana* (D. 6, 1, 70).

Así pues, en caso de venta por el propietario no poseedor, el comprador, desde que paga el precio, es propietario, en cuanto tiene acción, (no cedida formalmente por el vendedor mediante *procuratio in rem suam* o *actio mandata*), concedida por el pretor (*actio utilis*), en nombre propio, contra cualquier poseedor, para obtener la posesión de la cosa, incluso contra el vendedor, que sería el propietario de la cosa si el *Edicto* no hubiera atribuido esta acción al comprador (p. 346).

Esta acción reivindicatoria concedida resulta más conveniente que la acción reivindicatoria mandada, cedida mediante mandato, que en el Derecho clásico era una *procuratio in rem suam* y en la *litis contestatio* determinaba una transposición de sujetos, novatoria, en cierto modo traslativa del derecho o acción, es decir, prácticamente una verdadera cesión, pero que en el Derecho postclásico pasa a ser una cesión impropia, es decir,^o una autorización o mandato para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor, de modo que al recobrar éste la posesión, por interversión posesoria se transmite al comprador mandatario y así adquiere el derecho de propiedad, lo que implica la regresión postclásica desde la solución nueva de la compra cesión traslativa de la acción a la solución vieja de la compra de la cosa poseída por un tercero.

Es fundamental, asimismo, el precepto del *Código* justiniano (C. 4, 39, 9; pp. 317, 361) según el cual «el comprador de una acción *real* (por antonomasia, que es la acción *reivindicatoria*) la puede ejercitar

útilmente en su propio nombre; al igual que el comprador de una acción personal puede ejercitarla útilmente en su propio nombre».

Así, el comprador de la acción reivindicatoria, desde que paga el precio (p. 351), adquiere el derecho de propiedad (al igual que el comprador de la acción personal identificada con el mismo nombre del derecho de crédito adquiere el derecho), y puede utilizar la acción reivindicatoria (como el comprador de un crédito puede utilizar la acción con la que se identifica). Esto sin necesidad de una adicional cesión expresa por mandato. Y, hay que entender, tanto si conoce la desposesión del vendedor como si la desconoce (arg. D. 18, 4, 21, antes citado; ver más adelante *sinopsis de normas*).

En resumen, según dos preceptos fundamentales (D. 6, 1, 63 y C. 4, 39, 9), cuando el vendedor es un propietario desposeído, el comprador, desde que paga el precio, adquiere el derecho de propiedad de pertenencia controvertida por el poseedor y puede accionar (reivindicar) en nombre propio (como propietario) contra cualquier poseedor.

Las disposiciones citadas, vigentes en el Derecho justinianeo y aplicadas desde su recepción medieval, estaban vigentes, como supletorias, al entrar en vigor el Código Civil, que ni modifica el principio general (arts. 609 y 1.095) ni se olvida de la excepción al mismo referente al caso del propietario desposeído que cede la acción reivindicatoria para recuperar la posesión (art. 1.526), ni del supuesto de desconocimiento por el comprador de la desposesión del vendedor (art. 1.462, 2). En este sentido es indudable la opinión del legislador P. GÓMEZ DE LA SERNA (pp. 572 sigs.). La jurisprudencia llega a la misma solución por otro camino, al interpretar el artículo 1.462, 2, en vez de los artículos 1.526 y 1.280 (SS. 21 diciembre 1905 y 20 enero 1912).

C) Se ha dicho (CUESTA SÁENZ, J. M.: *La acción publiciana*, Madrid, 1984, p. 68, n. 77) que GAYO alude a la acción *publiciana* como una de las acciones dotadas de fórmula ficticia (*Inst.* 4, 36), fórmula que, según DE SARLO, es «un aspecto posible de cualquier acción a la que falta un presupuesto para su ejercicio según el *jus civile*» (que en la *publiciana* es el transcurso del tiempo necesario para consumar la usucapión), y que el mismo GAYO enumera las acciones con fórmula ficticia e incluye entre ellas a la acción *publiciana* y a la que resulta de un fragmento de JULIANO (D. 25, 2, 22) en el que se califica como *actio in rem* la que se atribuye a la mujer casada que por *litis aestimatio* (por compra y pago del precio) obtiene la posesión (*traditio* por intervención), que luego pierde, de una cosa que su marido, divorciado, le reclama por acción personal porque se la había apropiado (*res amota*);

supuesto que, según DE SARLO, es asimilable a la propiedad bonitaria absoluta, como los demás supuestos de compra y pago de la *litis aestimatio* (de cosa poseída, e interversión posesoria). Se ha dicho, asimismo, que esta acción (la del D. 25, 2, 22) «recibe el nombre de *quasi publiciana* y también el de *publiciana utilis*, pero siendo esencialmente idéntica a la *publiciana* y habiéndose transmitido a la tradición (histórica) posterior como una faceta de aquélla parece conveniente no darle un tratamiento distinto». También se ha dicho que está en contra E. GIMÉNEZ ROIG, basándose en E. VALIÑO, al afirmar que no se trata de una acción ficticia ni derivada de la *actio publiciana*, sino de la *reivindicatio*.

Sin embargo, conviene matizar estas afirmaciones. Lo que se dijo (página 357) fue que «la acción *quasi publiciana* no es una acción útil o ficticia de la acción *publiciana*» y, a la inversa, que «la acción *publiciana* no ha de considerarse acción básica de la acción *quasi publiciana*», con fundamento en E. CARRELLI por lo que se refiere a la acción *quasi publiciana* muy especialmente, a la que, en varias ocasiones denomina *publiciana* útil o *reivindicatio utilis* (*ob. cit.*, p. 59), y en E. VALIÑO respecto al concepto de acción útil en general, quien entiende que no hay acciones útiles de otras acciones útiles.

Por eso, cuando se denomina *publiciana utile* a la *quasi publiciana*, lo que se quiere decir es que se trata de una *actio reivindicatoria utilis* similar (*quasi*) a la *publiciana*, que también es una *actio reivindicatoria utilis*.

La acción *quasi publiciana* sólo está nombrada en un fragmento (D. 6, 1, 70, en relación con el D. 6, 1, 63), según CARRELLI, que no es el fragmento al que se refiere DE SARLO al parecer (D. 25, 2, 22). Ambos fragmentos contemplan la compra (por *litis aestimatio*) de una cosa, reclamada por acción real o por acción personal, respectivamente, que realiza el demandado como poseedor que pierde la posesión, al que se le concede acción pretoria, que es la acción *publiciana* cuando pierde la posesión *después* de la compra (D. 25, 2, 22) y, en cambio, es la acción *quasi publiciana* cuando pierde la posesión *antes* de la compra (D. 6, 1, 63), es decir, cuando al comprar no es poseedor el vendedor ni lo es el comprador, por lo que no cabe interversión del concepto en que se posee y no hay *traditio* (a diferencia del supuesto de la *publiciana*). Si DE SARLO considera que dicho fragmento (D. 25, 2, 22) se refiere a una acción *quasi publiciana*, se puede conjeturar que lo hace porque el fragmento se refiere a un supuesto en que la (nueva) acción reivindicatoria contra el tercero poseedor se cede, por consecuencia de la *litis aestimatio*, a quien ejercitaba contra el «comprador»,

que fue demandado como poseedor, una (vieja) acción no reivindicatoria, sino personal.

En verdad, la denominación de acción *quasi publiciana*, aunque supone un cierto paralelismo o similitud con la acción *publiciana*, por cuanto ambas son acciones reivindicatorias útiles, no tiene un origen indudable. Puede entenderse relacionado con el precepto según el cual «*traditionibus et usucapionibus dominia rerum... transferuntur*», porque la *publiciana* era concedida como si hubiera *usucapión*, que no hay por falta de tiempo suficiente para ella, y la *quasi publiciana* como si hubiera *tradición* (previa a la *usucapión*), que no hay por falta de posesión del vendedor. También puede entenderse referida a que la acción *publiciana* del propietario bonitario no puede dirigirse contra el vendedor porque, después de la tradición, continúa siendo propietario quirritario, y la acción *quasi publiciana*, originariamente, en una primera etapa de su evolución durante el período clásico con proceso formulario, aunque concedida legalmente por el pretor (aunque no se trata de una *actio mandata*), sólo supone la adquisición de la propiedad bonitaria y no puede dirigirse contra el vendedor que continúa siendo propietario quirritario, al igual que ocurre con la acción *publiciana*. Ambas son acciones ficticias, por lo que ya se ha dicho, y acciones útiles de la reivindicatoria, que es la acción básica de ambas. Pero el titular de la *publiciana* podía *usucapir* y el titular de la *quasi publiciana* no podía hacerlo, por falta de posesión.

Por otra parte, comparar (p. 362) el D. 6, 1, 63 y el C. 4, 39, 9 es algo que quizá no resulta lógico desde el punto de vista del estudio de la acción *publiciana*, pero sí desde el punto de vista del estudio de la cesión de la acción reivindicatoria, y la comparación se inspira en IHERING (p. 329) y en VALIÑO (p. 361).

1. Claro que IHERING compara el C. 4, 39, 9 con el D. 6, 1, 47, que considera el precepto fundamental, para reafirmar su tesis contraria a la cesión (traslativa) y favorable a la que llama cesión pero configura como cesión del ejercicio por derecho propio (por compra) de la acción ajena (p. 329). Pero no deja de enlazar el D. 6, 1, 47 con el D. 6, 1, 63, para observar que aquel fragmento no menciona la cesión, sino sólo la *cautio* (p. 320), en lo que profundiza CARRELLI (p. 341), quien para nada nombra a IHERING.

CARRELLI, en cambio, funda la cesión traslativa en la acción *quasi publiciana* del D. 6, 1, 63, frente al D. 6, 1, 47, que analiza muy detalladamente (p. 340), pero en su estudio se refiere al Derecho clásico, por lo que no compara aquel fragmento con el C. 4, 39, 9, del Derecho justinianeo.

2. VALIÑO alude al D. 6, 1, 63 para apuntar que procede de un momento de la evolución en que se superponen la cesión de la acción reivindicatoria por el vendedor mediante mandato (*actio reivindicatoria mandata*) y la concesión por el pretor de la acción *quasi publiciana* (*actio reivindicatoria utilis*) (p. 339). También se refiere al C. 4, 39, 9, para resaltar que en el período justiniano ya no existen acciones útiles en el sentido clásico y la expresión *utilis* o *utiliter* se refiere siempre a un supuesto en que se concede una acción nueva, un nuevo derecho (página 360).

A propósito del fragmento de PAULO (D. 6, 1, 47) hay que insistir en que el vendedor está obligado a entregar, si posee. El vendedor que no posee, en el Derecho clásico no puede ser obligado a entregar porque aunque reivindique y sea condenado el poseedor, éste puede ser contumaz y entonces el reivindicante no llega a recuperar la posesión. Pero esto ya no ocurre en el Derecho justiniano y el vendedor puede obligarse a realizar una actividad de recuperación, aunque la futura recuperación sea condicional, futura e incierta.

D) Con gran atención hay que considerar que el fragmento de PAPIANO (D. 6, 1, 63) incluye la *cesión expresa* de la acción reivindicatoria por el vendedor al comprador adicional a la compra y la *concesión*, por el pretor al comprador, de la acción *quasi publiciana*, por la compra tan sólo, porque es un fragmento del período clásico, pero corresponde al período de transición del proceso formulario al cognitorio, en el que se superponen ambas soluciones (VALIÑO, p. 339) y luego los compiladores justinianos descuidaron su adaptación a la nueva situación, en la que no es necesario pedir y que se conceda el que se imponga la cesión adicional a la compra mediante mandato o *procuratio in rem suam*, que el vendedor fácilmente podía obstaculizar, porque está sustituida con ventaja por la concesión legal de la acción por la compra tan sólo (CARRELLI, *ob. cit.*, p. 61).

Esta superposición de soluciones (sobre todo tratándose de acciones personales) y el desconocimiento del procedimiento formulario romano por los glosadores conducen al confucionismo medieval y posterior entre cesión *voluntaria* de la acción *directa*, por mandato, adicional a la compra, y cesión *legal* de la acción *útil*, por la simple compra; duplicidad o concurrencia de acciones que continúa aparentemente en el formulario de «Febrero» (p. 572, n. 162).

Ahora bien, la solución de la compra con adicional cesión expresa por mandato de representación indirecta (*actio reivindicatoria mandata*), que fue la primera etapa histórica de la cesión por consecuencia de la

transposición de sujetos, novatoria, en la *litis contestatio* del proceso formulario del período clásico, a juicio del que escribe, se ha de reconducir en el período postclásico (cuando ya no hay tal *litis contestatio* novatoria con transposición de sujetos) a la compra de cosa poseída por un tercero, adicionada con mandato de representación directa (aunque se encubra la desposesión y el mandato), que es una *cesión impropia* de la acción reivindicatoria y no la propiamente dicha compra o *cesión* (traslativa) de la acción reivindicatoria.

En resumen, resulta lo siguiente:

1. El D. 6, 1, 47, en el período clásico se refiere a la compra de cosa poseída por un tercero con garantía adicional de que el vendedor no incumplirá su deber de entregar si logra recuperar la cosa, ni obstaculizará que el comprador la obtenga y así adquiriera la propiedad; pero en el período postclásico se ha de entender que la garantía puede extenderse al deber convenido por el vendedor de ejercitar la acción reivindicatoria para intentar recuperar la cosa y entregarla al comprador, porque ahora el poseedor, vencido pero contumaz, puede ser forzado *manu militari* a devolver la cosa al reivindicante y no puede adquirirla por *litis aestimatio*.

2. El D. 6, 1, 63, primera parte, en el período clásico se refiere a la compra con mandato procesal adicional o *procuratio in rem suam* que implica cesión novatoria por transposición de sujetos al formular la *litis contestatio*; pero en el período postclásico (al igual que en el Derecho común europeo, desde la *Glosa*) se refiere a la compra de cosa poseída por un tercero con autorización o mandato procesal adicional para el ejercicio por el comprador de la acción reivindicatoria del vendedor, con el fin de que el comprador pueda obtener la posesión y con ella la propiedad, que es la llamada cesión impropia, única «cesión» posible, según IHERING.

3. El D. 6, 1, 63, parte segunda, se refiere, desde el período clásico, a la compra o cesión propiamente dicha o cesión traslativa de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad controvertido por el poseedor; ahora bien, en el período clásico la acción reivindicatoria cedida no podía ejercitarse contra el propietario quirritario porque el comprador era un propietario bonitario, por compra pero sin tradición, y por esto se denominaba acción *quasi publiciana* (similar a la *publiciana*, pero no igual, ni derivada de ella). A la acción reivindicatoria cedida se refiere también el C. 4, 39, 9, como acción real por antonomasia, que puede ejercitar útilmente, y a ella ha de referirse ahora la antes denominada acción *quasi publiciana*.

Respecto al *Derecho justiniano*, desde otro punto de enfoque, aunque sea repetir lo ya dicho, resulta lo siguiente:

1. La compra de *cosa* poseída por un tercero, en la que prevalece el principio general de la transmisión del derecho de propiedad por compra y entrega, que será futura y condicionada a la recuperación, está regulada por el D. 6, 1, 47, referente a la compra con cláusula o caución adicional de no obstaculizar la toma de posesión por el comprador, que no obliga al vendedor a recuperar la posesión, pero puede obligarle a reivindicar para recuperarla (compra con caución de entregar, y está regulada por el D. 6, 1, 63, parte primera, referente a la compra con cláusula adicional de mandato o autorización al comprador), y está regulada por el D. 6, 1, 63, parte primera, referente a la el vendedor y luego obtenga para sí la posesión, que hoy se denomina cesión impropia (compra con autorización o mandato representativo para actuar y recibir).

2. La compra o cesión de la *acción* reivindicatoria traslativa del derecho de propiedad controvertido, excepción al principio general, necesaria si la transmisión ha de ser actual, está regulado por el D. 6, 1, 63, parte segunda, referente a la compra que confiere la acción *quasi publiciana*, y por el C. 4, 39, 9, referente a la compra que confiere útilmente la acción *reivindicatoria*.

Glosa

Al recibirse el Derecho romano en la Edad Media, según puede verse en la *Suma* de ROLANDINO, los preceptos fundamentales de la que luego se llamó teoría del título y el modo continúan siendo los del Derecho justiniano ya citados. Según la tradición unánime, ni sólo la compra (*nudis pactis*) ni sólo la entrega (*nuda traditio*) bastan para la transmisión de la propiedad y ambas son necesarias, aunque la compra es la causa de la entrega, y el hecho de la entrega se interpreta como simple transmisión de la posesión (inducción a la posesión), no como negocio jurídico de transmisión de la cosa, del dominio (UNZOLA, p. 292).

Suponen excepción al principio general de la transmisión por compra y entrega los siguientes supuestos:

1. En primer lugar, la aplicación de la ley comisoria y del pacto de adición a plazo fijo (*adicionem in diem*), pues, como dice ROLANDINO, «si se resuelve la venta, el dominio vuelve al vendedor, que puede reivindicar la (cosa) como suya, y ¿cómo el vendedor se constituye dueño sin la tradición?»; se ha de responder que hay algo especial en

los pactos expresados y en algunos otros casos» (p. 296). Podrían añadirse, a estos, otros supuestos de condición resolutoria con efectos reales, cuando la cosa está en poder de un tercero subadquirente, y los de condición suspensiva, que son ciertamente «especiales».

2. En segundo lugar, según BUSSI, la adquisición de la propiedad por las Iglesias y entidades pías se realiza por la compra solamente, por la causa remota, sin la concurrencia de la tradición o causa próxima, lo que BALDO dice que es admirable (*quod est mirabile*) (p. 305). Por esto un posible segundo comprador que conoce la primera venta no conoce un derecho personal, un *jus ad rem*, sino un derecho real, un *jus in re*, lo que quizá aclara el sentido histórico de la buena fe del artículo 1.473, 1.

3. En tercer lugar, la cesión de la acción reivindicatoria, que aquí importa.

En las escrituras públicas se incluye la cláusula de *constituto posesorio* para el supuesto en que el vendedor fuera poseedor (se «constituye» poseedor en nombre del comprador), y la cláusula de cesión de la acción reivindicatoria, que se dice equivale a la tradición respecto a cosas incorporales (*cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus*, según BALDO, p. 305), por si el vendedor estaba desposeído.

Pero se aplica a la acción reivindicatoria la interpretación medieval de la cesión de acciones del Derecho romano, mal entendida por falta de visión histórica, con el confusionismo que supone la duplicidad de acciones, la concurrencia de la acción útil y de la acción directa. Así, se considera que el comprador de la acción reivindicatoria, al pagar el precio, adquiere por cesión legal, por la compra y por concesión legal, la acción reivindicatoria útil (como se deduce del C. 4, 39, 9, y del D. 6, 1, 63, en la segunda parte, que se refiere a la acción *quasi publiciana*), lo que ha de estimarse correcto; y recibe, por cesión voluntaria (por dicha cláusula instrumental) un mandato en cosa propia para ejercitar la acción reivindicatoria directa del vendedor (D. 6, 1, 63, en su primera parte, interpretada erróneamente, por desconocimiento del significado de la *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano, tan distinto del cognitorio justiniano y del proceso medieval). Se aprecia esta concepción en la *Glosa* de ACURSIO, cuando se refiere al D. 6, 1, 63, y en la *Suma* de ROLANDINO (p. 304, n. 119).

De este modo, se entendía que el comprador de la acción, al demandar lo hacía en nombre propio, ejercitando la acción reivindicatoria útil, que le correspondía por cesión legal, y, además, en nombre del vendedor, ejercitando la acción reivindicatoria directa, que le corresponde por ce-

sión voluntaria, o sea por mandato representativo en interés propio (página 370), como mandatario representante, como apoderado (p. 372).

Los glosadores se plantean, con tal criterio (p. 368), el problema procesal que se suscita si el comprador ejercita la acción útil a la vez que el vendedor la acción directa, y entienden que si las demandas se presentan a la vez será preferente la acción útil, lo que parece indicar que las acciones no se consideran en el mismo plano de igualdad.

Además, se ha de considerar (p. 370) que mientras la acción útil del cesionario está destinada a realizarse, la acción directa del cedente está destinada a extinguirse en interés del cesionario. Se extingue el interponer la demanda el cesionario contra el poseedor (o por lo menos al notificar la demanda al poseedor, sin esperar la contestación del demandado), si la sentencia resulta estimatoria. Se extingue, también, desde la entrega, extrajudicial y voluntaria, de la posesión por el poseedor al cesionario. Antes de que ocurra alguno de estos dos casos, el vendedor cedente, de hecho, puede ejercitar la acción directa, pero según Derecho no debe hacerlo en interés propio, porque así incumple la cesión.

Realmente la sentencia estimatoria declara la adquisición no de una acción útil, sino del derecho de propiedad, adquisición realizada desde el momento del pago del precio de la compra, o desde la perfección de la compra si se convino aplazar el pago, y no desde el momento de la incorrectamente denominada *litis contestatio* (p. 571); al igual que la entrega voluntaria de la posesión, por el poseedor al cesionario, supone el reconocimiento de un derecho adquirido por el cesionario más que el cumplimiento de la obligación de entregar que corresponde al vendedor cedente realizada por mediación del poseedor.

Todo ello se puede considerar referido a la cesión de la acción reivindicatoria (sea la desposesión conocida o desconocida) y no a la compra de cosa poseída por un tercero, con obligación para el vendedor de recuperar para entregar, configurada como cesión impropia.

Codificación

1. Al tiempo de la codificación española, el Derecho romano recibido en la Edad Media continúa vigente como Derecho supletorio y la doctrina española no se aparta de la interpretación común europea (páginas 562, 772). En particular es digno de consideración especial, porque es el criterio de quienes fueron legisladores en nuestro período codificador, el de FLORENCIO GARCÍA GOYENA en su edición del *Febrero* (páginas 565 y 569) y en sus *Comentarios al Proyecto de Código Civil*

de 1851 (p. 822), y, sobre todo, el de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA en sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria de 1861* (pp. 574-580), que hacen suyos MORELL y MANRESA (p. 581); MORELL distingue con precisión las dos soluciones estudiadas al problema de la desposesión del vendedor al decir que «la cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representa o sólo envuelve un apoderamiento o mandato. En el primer caso será inscribible... En el segundo..., no...» (página 581). Es curioso y también digno de meditación que precisamente GÓMEZ DE LA SERNA argumente el efecto traslativo de la cesión o compra de la acción reivindicatoria, y con suficiente extensión como para que no quede duda de su opinión, porque se opuso tanto al criterio germanizante de LUZURIAGA en relación con el Registro como al intento de GARCÍA GOYENA de introducir el sistema francés de la compra con carácter traslativo frente al sistema tradicional del título y el modo; quienes se enfrentan a su opinión indudable adoptan una postura excesivamente integrista, resultan más papistas que el Papa, al no admitir la necesaria excepción al principio general del artículo 609, que es la cesión de la acción reivindicatoria, fundados al parecer en una interpretación literal y conceptualista.

2. Pero al principio del pasado siglo, poco después del descubrimiento del *palimpsesto* de Verona (1816), aunque antes de ser asimilado por la crítica histórica, MÜHLENBRUCH escribe su grandiosa elaboración pandectista sobre la cesión del derecho de crédito (1836), que configura en todo caso, exclusivamente, como cesión del ejercicio de un derecho ajeno por derecho propio, ordinariamente por compra (que es lo que hoy se denomina cesión impropia), con todos los problemas de la duplicidad de acciones, de la concurrencia de la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario.

IHERING, años después (1857), aplica esta opinión a las acciones reales y concretamente a la acción reivindicatoria, incluso con los problemas expresados (pp. 314 y sigs.). La opinión de IHERING es la de un eminentísimo jurista y se refiere a una cuestión no estudiada con anterioridad, según él mismo manifiesta; se publica en el primer número de la revista que él mismo funda (1857), en un amplio estudio, que consta de tres partes y en la primera trata de la cesión de la acción reivindicatoria (que con la segunda, referida a lo que llama *reivindicatio utilis*, es antecedente de la tercera, en la que estudia el conocimiento mercantil y su transmisión); se fundamenta en dos grandes pilares que, entonces, parecen sin fisuras, y son, por un lado, la teoría de MÜHLENBRUCH sobre la cesión, con su característica duplicidad de acciones (página 323), y, por otro lado, los preceptos romanos que rigen la trans-

misión de la propiedad por compra mediante la tradición, que interpreta no tiene excepción alguna en cuanto a la cesión, por lo que el efecto traslativo sólo se produce al obtener la posesión mediante el ejercicio de la acción, fundado sobre todo en el D. 6, 1, 47, que *parece* darle la razón. Por eso no es extraño que su conclusión fuera aceptada como evidente en el Derecho romano aplicado como Derecho común en Alemania antes de publicarse el Código Civil alemán vigente desde 1900, y así lo entendieron WINDSCHEID (p. 330) y ENNECCERUS (p. 312).

La opinión de IHERING, que la cesión de la acción reivindicatoria implica un intento, un proyecto de tradición, de modo que sólo al obtener la posesión de la cosa adquiere el derecho de propiedad el cesionario (p. 329), parece fundada conceptualmente en la consideración de la *traditio* romana como un negocio jurídico dispositivo, integrado por el *animus* y el *corpus*, el acuerdo real y la transmisión de la posesión (también con *animus* y *corpus*, acuerdo de cesión y efectiva entrega del señorío de hecho), del que es causa abstraída el contrato de compraventa, según el criterio que prevaleció en el Código Civil alemán, pero más que un proyecto de tradición lo que existe es un acuerdo real con efecto traslativo del derecho legalmente condicionado a la transmisión de la posesión. Esta opinión parece propia de la etapa conceptualista de IHERING, anterior a su visión teleológica de la interpretación de las normas.

3. La opinión de MÜHLENBRUCH era contraria a la realidad práctica, en la que se entendía cedido el derecho de crédito y no sólo cedido el ejercicio del derecho de crédito del cedente, y el Código Civil alemán configuró la cesión como negocio dispositivo abstracto de derechos de crédito y pretensiones o acciones, incluso acciones reales, con eficacia dispositiva, con efecto transmisivo del derecho cedido. En consecuencia, la doctrina alemana actual considera que no es cesión la llamada cesión del ejercicio del derecho del cedente, sin eficacia transmisiva del derecho, a la que se denomina cesión impropia y es una «cesión» con eficacia obligacional (p. 311). El Código Civil alemán (parágrafo 931) regula la cesión de la acción reivindicatoria como acuerdo de cesión de la acción del propietario desposeído, con eficacia transmisiva del derecho de propiedad de pertenencia discutida, de modo que el cesionario puede reivindicar en nombre propio, como propietario que es, desde la cesión; aplica a la cesión del derecho del propietario desposeído la configuración del negocio de cesión (transmisión) del derecho, y se consolida así la interpretación tradicional de que ésta es una solución excepcional frente a la necesidad de entrega, que es imposible en el caso contemplado;

claro que la cesión se refiere a la reivindicatoria de cosa mueble, como es sabido (p. 282).

Además, se estima probado por otros romanistas posteriores (CARRELLI) que no es correcta la opinión de aquellos pandectistas alemanes porque en el Derecho justiniano y en el Derecho romano recibido como Derecho común, desde la *Glosa* (p. 344), la cesión era ya una cesión de derechos, no sólo de su ejercicio, y concretamente la cesión de la acción reivindicatoria era la cesión del derecho del propietario desposeído, de modo que al cesionario, por la sola cesión, se le transmitía el derecho de propiedad y podía reivindicar en nombre propio. Puede decirse que un romanista alemán (IHERING) causa una desorientación que un romanista italiano (CARRELLI), con más medios para el estudio crítico histórico, sustantivo y procesal, del Derecho romano y del Derecho medieval italiano y común, logra hacer desaparecer (pp. 338 y sigs.).

IHERING funda su criterio, principalmente, en un fragmento del juriconsulto PAULO (D. 6, 1, 47) que ya ha sido anteriormente considerado dentro de su ámbito de aplicación. Se refiere (p. 314) a la compra (*litis aestimatio*) en juicio reivindicatorio impuesta al reivindicante (vendedor) por el demandado como poseedor (comprador), quien antes de la formulación del proceso (*litis contestatio*), por su culpa o negligencia, perdió la posesión de la cosa y por esto no puede restituirla al reivindicante, y dispone que el «comprador» adquiere la propiedad cuando toma la posesión de la cosa, por voluntad del actor (*ex voluntate actoris*), y el juez sólo autorizará dicha compraventa forzosa para el vendedor y el pago del precio jurado por éste si el «vendedor» estipula como garantía (*cautio*) que no impedirá la toma de posesión por el «comprador»; pues, aunque por la voluntad del comprador se impone la venta, por voluntad del vendedor se impone el precio y también por su voluntad queda obligado a entregar la cosa o a no impedir la toma de posesión y por su voluntad adquiere la cosa el comprador cuando toma posesión de ella.

CARRELLI, sin referirse para nada a IHERING, pues no estudia la cesión de la acción reivindicatoria, sino la adquisición de la propiedad por *litis aestimatio* en el proceso formulario romano, observa (p. 343) que el fragmento procede del Derecho clásico y que no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, que en el Derecho clásico debía ser expresa, mediante mandato procesal, sino que ordena la garantía que debe estipular el «vendedor», que va a cobrar el precio, de no impedir la toma de posesión, por el «comprador», de la cosa que ha de ser recuperada frente al actual poseedor, por si el vendedor llega a recuperar la cosa antes que el comprador, ya que en el Derecho romano clásico

sólo tiene contra este vendedor la *actio empti* y no la reivindicatoria ni la *publiciana*. Por esto, aunque tampoco lo dice CARRELLI, se puede entender que en el Derecho justinianeo el fragmento se refiere a la *compra de cosa poseída por un tercero*, que el vendedor, como tal, no está obligado a recuperar, pero debe entregar al comprador si la recupera, y no impedir que el comprador la recupere por sí mismo, sin necesidad de ejercitar acción alguna, de modo que en cualquier caso el comprador adquiere el dominio cuando toma posesión, porque no está convenida la *cesión de la acción reivindicatoria*.

El otro precepto fundamental, para IHERING (D. 39, 5, 6, de ULPIANO, página 316), se refiere al momento de la adquisición del dominio de los minerales arrancados o de los árboles desarraigados o talados, en una explotación minera o forestal, por el que los compra y «saca». El fragmento de ULPIANO considera que al «sacar la piedra», ésta se hace propia del que la saca, desde que se extrae, saca, arranca o separa de la cantera, desde que se toma posesión de la piedra como cosa independiente de la cantera, aunque no se haya extraído o transportado fuera del perímetro de la finca; se hace propia como por entrega (*quodammodo traditione*), pues parece haber una entrega (*quasi traditio facta videtur*), ya que se saca con el consentimiento del propietario (*domini voluntate*). Es una forma de tomar posesión como por entrega manual.

Al parecer, IHERING entiende que desde el momento de contratar existe la voluntad dispositiva del derecho, el acuerdo real, y está intentada o proyectada la tradición, pero ésta sólo existe desde que se toma posesión de la cosa, tanto si se trata de la piedra de una cantera que se ha vendido pero se ha de *sacar* para que exista como cosa y pueda ser poseída (D. 39, 5, 6), como si se trata de la cosa existente que se ha de *recuperar* para que pueda ser poseída por el comprador (D. 6, 1, 47); en tales casos, cuando no es posible una entrega actual, la futura toma de posesión se considera como si fuera una tradición manual, es una *quasi traditio*.

4. Ahora bien, cuando la doctrina española recibe la doctrina alemana que ilustra la interpretación del Código Civil alemán vigente desde 1900, con ella irrumpe la opinión de IHERING sobre la cesión de la acción reivindicatoria, a través de las obras de WINDSCHEID y ENNECCERUS, quien la presenta como vigente en el Derecho común alemán. Esta opinión fue aceptada como evidente por algunos autores españoles (J. GONZÁLEZ, NÚÑEZ LAGOS, etc.), a pesar de ser, sin duda alguna, contraria a la opinión de los legisladores españoles de la codificación, y su asimilación legislativa en la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 eclipsa la tradicional interpretación española y europea del alcance de

la cesión de la acción reivindicatoria, que está vigente, aunque parezca «chocante».

Como ya se ha dicho al tratar de la jurisprudencia, la *normal* escritura de compra es una escritura de transmisión de la propiedad, por compra y entrega (por acuerdo de cesión de la posesión mediante intervención del concepto en que se posee), o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria, tanto si la desposesión del vendedor es conocida por el comprador (se oculte o no) como si es desconocida.

En cambio, la compra de cosa poseída por un tercero, con autorización o mandato adicional para la recuperación de la posesión, encubierta como compra de cosa poseída por el vendedor, se ha de considerar *anormal*, prácticamente innecesaria y puramente conceptual, casi un salto atávico al estado larvado de la cesión de la acción reivindicatoria, anterior a la *procuratio in rem suam* del proceso formulario romano clásico, obligado por cierto amor a lo absoluto social, a lo que no tiene humanas excepciones que la necesidad, la libertad y la voluntad individual justifican.

La cesión de la acción reivindicatoria no se ha de menospreciar. Además de ser una bella figura del lenguaje, su antigüedad acrecienta su valor actual, y, como las célebres estelas de piedra grabadas con inscripciones de viejas civilizaciones, ha de ser entendida para interpretar y entender otras inscripciones.

Los fines que la cesión cumplía en Roma, en atención a los intereses económicos y jurídicos de los contratantes, son los mismos que ha de cumplir en la actualidad; pero, ahora, el método para alcanzarlos no es preciso inventarlo, sólo hay que recordar, y para ello basta leer la historia con atención despierta y deducir las consecuencias aprovechables, adecuadas al momento presente, aunque no sea tarea fácil y aunque los resultados obtenidos sean de ámbito reducido: el olvidado camino antiguo, una vez desbrozado, aún puede ser útil para transitarlo y, con buenos medios y equipaje, contemplar sus perspectivas, si no se prefiere y construye una autopista con menos curvas y otras perspectivas, conforme al modelo francés e italiano.

II. SINOPSIS DE LAS NORMAS FUNDAMENTALES

PRINCIPIO GENERAL

El Código Civil, fiel a la tradición histórica, en su artículo 609 se refiere a la adquisición del derecho de propiedad sobre la cosa, relacio-

nándola con la adquisición de la posesión de la cosa; sea una cosa sin dueño, que nadie posee, y se adquiere originariamente, por ocupación, al tomar posesión de ella; sea una cosa que se transmite por voluntad de su propietario o por ley, aun contra la voluntad del propietario; sea una cosa que se adquiere por prescripción, sin transmisión por el propietario desposeído, porque la pierde a la vez que la adquiere el poseedor no propietario que la tiene durante algún tiempo. Especialmente, la transmisión voluntaria del derecho de propiedad y de los derechos reales poseíbles se relaciona con la transmisión de la posesión; la transmisión gratuita por voluntad unilateral recepticia, *ports mortem* del propietario (art. 440), o *inter vivos*, por donación; y la transmisión onerosa por voluntad contractual.

La donación de cosa mueble se perfecciona por la entrega, a menos que conste por escrito la voluntad del donante y la aceptación del donatario (art. 632); la donación de cosa inmueble se perfecciona y existe si consta en escritura pública la voluntad del donante y la aceptación del donatario (art. 633), bien entendido que el otorgamiento de la donación implica acuerdo de cesión de la posesión (arg. art. 1.462, 2, en relación con art. 460, 2).

El derecho de propiedad se transmite por voluntad contractual, «por consecuencia de ciertos contratos, mediante la tradición», principalmente por compra (a causa, como consecuencia o por efecto de la compra), si media la tradición; puede denominarse principio general de la transmisión por contrato y tradición (con o sin «teoría» del título y el modo).

No obstante, recordando la Historia, hay que entender que este precepto no excluye la transmisión, por herencia, por donación o por compra (sin sucesión o cesión de la posesión), del derecho de propiedad de pertenencia controvertida por un poseedor en concepto de propietario que puede llegar a adquirir la propiedad por prescripción.

Por tanto, se puede interpretar que el artículo 609 se refiere a la *cosa* propiamente dicha, a la cosa física poseída por el propietario, de la que se puede hacer tradición, y no a la acción reivindicatoria para recuperar la posesión de la cosa que otro posee y de la que es imposible hacer tradición actual, porque la ley no admite la posibilidad de obligarse a realizar (en la actualidad) prestaciones que son imposibles (actualmente) (art. 1.272), sin perjuicio de que sea posible contratar, consciente y libremente, su realización cuando, acaso, lleguen a ser posibles. Para la cesión de la acción reivindicatoria de la cosa, para la cesión de un derecho dudoso o controvertido, el Código Civil regula el contrato de cesión de derechos incorporales, no poseíbles y poseíbles pero no poseídos, o de acciones (art. 1.526), al que no se refiere el artículo 609.

Pero cabe también interpretar que el precepto se refiere a la *tradición* o entrega en un amplio sentido, porque entregar, en sentido estricto, es poner en posesión (art. 1.462, 1) al comprador de la cosa (art. 1.445), y desde hace siglos se dice que la cesión de la acción reivindicatoria *equivale* a la tradición o entrega, es una *cuasi* tradición.

Así pues, sea una u otra la interpretación, la cesión de la acción reivindicatoria no implica una verdadera excepción a lo dispuesto por el artículo 609, bien porque el supuesto de la desposesión queda excluido de su contenido, bien porque queda incluido.

Nadie dice que el artículo 609 haya querido modificar el sistema español tradicional de transmisión de la propiedad por compra y todos están de acuerdo en que quiere confirmarlo; el mismo legislador, en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 (GÓMEZ DE LA SERNA), expresamente viene a decir que se quiere continúe vigente el sistema del título y el modo, frente al sistema afrancesado del proyecto de Código Civil de 1851; es claro que la voluntad del legislador de no pasarse a los franceses no autoriza a los intérpretes a pasarse a los alemanes pandectistas o a los romanos preclásicos, desechando la concepción de la cesión de la acción reivindicatoria con eficacia transmisiva inmediata, que aún puede ser útil en el sistema español, con carácter general, como es útil en el Derecho alemán respecto a cosas muebles, a menos que la entrega deje de ser requisito en general necesario para la transmisión de la propiedad por compra, como ocurre en el sistema francés y el italiano, que para nada necesitan dicha cesión.

La cesión traslativa de la acción reivindicatoria permite alcanzar unos resultados que no se consiguen con la cesión del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor que preconiza la opinión común como única cesión posible; los jurisconsultos romanos y los medievales la elaboraron como solución excepcional del sistema de transmisión por compra y entrega en los casos de ausencia proyectada, muerte o incapacitación del vendedor antes de la entrega, para evitar la intervención de sus herederos o representantes, o el incumplimiento del contrato de venta o del mandato. Es una conquista jurídica de la que no parece sensato prescindir, sin motivo fundado, cuando permite, además, explicar adecuadamente el problema registral que plantea la falta de posesión del vendedor inscrito y, por otra parte, ayuda a delimitar el alcance de la tradición en relación con la inscripción, deteniendo veleidades expansionistas de la importancia de la tradición, más allá de lo procedente.

Lo bien cierto es que el legislador (GARCÍA GOYENA) no se olvidó de la cesión de la acción reivindicatoria, incluso consideró la posibilidad de aplicar el retracto de derechos litigiosos (p. 822), pero la dejó invo-

lucrada con la solución general de la cesión de los créditos y de las acciones, personales y reales, y de los derechos incorporales, no poseíbles y poseíbles pero no poseídos (art. 1.526), método que tampoco fue una novedad, sino continuación de una larga historia de involucración, y que facilitó el olvido por los autores, realidad manifiesta en la opinión común, con riesgo de contagio a los letrados y jueces que contribuyen a la formación de la doctrina jurisprudencial.

VOLUNTAD DISPOSITIVA, CONTRATO Y ENTREGA

La cuestión de la interpretación del artículo 609 en relación con la tradición está íntimamente unida a la configuración del contrato de compra y de la tradición, según se considere que la *voluntad dispositiva* o traslativa del derecho de propiedad radica o está involucrada en el *contrato*, conforme a la concepción del Derecho común, o es una voluntad distinta de la contractual o adicional a ella, que forma parte de un negocio jurídico denominado tradición e integrado por dicha voluntad (el acuerdo real) y la transmisión de la posesión (o tradición en el sentido del Derecho común), conforme a la concepción pandectista alemana, que se decía fundada en el Derecho romano clásico.

Para el Derecho español, actual e histórico, la compraventa es un contrato de voluntad traslativa y obligacional indiferenciadas y no sólo un contrato de finalidad traslativa, de modo que la perfección del contrato es perfección de la voluntad traslativa (pura, aplazada o condicionada) y de la voluntad obligacional legalmente adecuada y congruente. Pero la eficacia traslativa de aquella voluntad queda condicionada suspensivamente por la ley al requisito adicional de la entrega de la cosa, de la transmisión de la posesión, más o menos simultánea o posterior a la perfección del contrato, como requisito de Derecho imperativo cuando el vendedor propietario es poseedor; no se condiciona la transmisión del derecho a la recuperación de la posesión cuando el propietario vendedor ha sido desposeído.

En el contenido volitivo del contrato de compra, legalmente, no se diferencia la voluntad dispositiva y la voluntad obligacional, pero tiene prioridad lógica la consideración por las partes contratantes del fin traslativo, la finalidad traslativa y la consiguiente voluntad dispositiva o traslativa del derecho, el acuerdo de voluntades sobre la transmisión del derecho, el romano *animus transferendi et accipiendi dominii* y el alemán acuerdo real o acuerdo de transmisión de cosa; como consecuencia lógica aparece el acuerdo de voluntades sobre los deberes u obligaciones y facultades o derechos, acciones o pretensiones y excepciones, de las partes

contratantes, reguladas legalmente como medio o instrumento jurídico para lograr tal finalidad, es decir, la voluntad obligacional, el acuerdo de voluntades obligacional, el contrato (obligacional) del Código Civil alemán. El fin económico querido por el comprador de adquirir una cosa a cambio de dinero se logra en Derecho comprándola y cumpliendo lo contratado. Atendiendo a la voluntad dispositiva de las partes, el legislador regula los deberes y facultades del contrato de compraventa.

Aunque la voluntad dispositiva es primordial y esencial, el ordenamiento jurídico español no requiere su formal o expresa declaración y la doctrina se limita a considerarla implícita e integrada o involucrada en la voluntad contractual de vender y comprar.

En el Derecho español, continuador del Derecho común europeo, el vendedor poseedor debe realizar la entrega de la cosa, la cesión o transmisión de la posesión (entrega y recepción) para que el comprador pueda ejercitar el derecho de propiedad sobre la cosa que ha comprado, pero, además, porque la entrega es requisito legal adicional a la voluntad traslativa, al contrato de compra, para la transmisión del derecho de propiedad, sobre todo a efectos publicitarios frente a terceros, en relación con la prueba de la transmisión del derecho de propiedad (art. 448) y con la pérdida del derecho por el actual propietario al ser adquirida por el poseedor (art. 1.930). Sin perjuicio, en su caso, de la voluntaria compra o cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído que implica la transmisión del derecho de propiedad por el solo contrato de compra, sin entrega de la posesión que no se tiene, cuando el vendedor es propietario, según dice, pero no es poseedor en concepto de dueño por existir un poseedor que se atribuye la propiedad (art. 460, 4), lo que prácticamente impone la forma escrita del contrato, aunque sólo sea a efectos de prueba frente a terceros (art. 1.526, 1), sin perjuicio de la prescripción extintiva de la acción (arts. 1.962 y 1963).

1. En la escritura pública de compra, normalmente, la entrega de la cosa, en cumplimiento de la obligación de entregar o ceder la posesión que incumbe al vendedor poseedor (art. 1.461, 1) se realiza por el simple acuerdo de entrega mediante interversión del concepto en que se posee, *por brevi manu traditio* o *por constituto posesorio* en amplio sentido, que legalmente se presume contratado cuando la compra se documenta en escritura pública, salvo pacto expreso o deducido de lo expresado en ella (art. 1.462, 2).

Con esta presunción legal, a sus efectos, no es necesario hacer constar en la escritura la tradicional cláusula de estilo del pacto de *constituto posesorio* o la de *traditio brevi manu*. Así, la escritura pública de compra,

la usual, sin explicaciones innecesarias, con una u otra redacción, parece una escritura de «compra a la francesa» a quien desconoce que el otorgamiento del contrato en escritura implica la entrega o cesión de la posesión y que ésta hace eficaz la voluntad transmisiva del derecho vendido. En alguna escritura se dice que V. vende y transmite la finca a C. que la compra y adquiere, por el precio... recibido, si bien antes se ha dicho que la finca está inscrita, o sea que se presume que pertenece al vendedor y que la posee (art. 38, 1); en otras se dice que V. vende y C. compra y adquiere la finca .. por el precio ..; en otra que V. vende a C., que compra, la finca... por el precio..., y que del precio da carta de pago y la finca se transmite; otras anteponen que... llevando a efecto la enajenación que tienen convenida, formalizan este contrato de compra y V. vende a C., que compra y acepta, etc. No es extraño que pueda ser opinión general, entre los no juristas, que comprar equivale a adquirir la propiedad de la cosa y del dinero del precio, sin más complicaciones.

Más aún, tampoco es necesario hacer constar la tradicional cláusula de estilo referida a la cesión de la acción reivindicatoria para el supuesto en que el vendedor resulte ser desposeído, porque si el comprador conoce la desposesión del vendedor, el contrato, por sí solo, transmite la acción (artículo 1.526 y S. 21 diciembre 1905), y si la desconoce al comprar, desde que llega a conocerla puede considerar transmitida la acción si no prefiere desistir de la compra (art. 1.460, 2, y SS. 20 enero 1912 y 12 abril 1890), lo que no puede calificarse como anulación de un contrato inválido, pero confirmable, por defecto de capacidad o de voluntad de los sujetos.

Así, la normal escritura de compra es, más bien, una escritura que documenta la transmisión del derecho de propiedad, por contrato de compra y mediante la entrega por acuerdo de cesión de la posesión, cuando el vendedor es poseedor, o sólo por contrato de compra o cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído: es una escritura de transmisión de la propiedad por compra y entrega de la cosa, o por compra (cesión) de la acción reivindicatoria, en su caso.

2. Pero, por otra parte, es evidente que puede inducir a confusión el que entre los modos de adquirir la propiedad se incluya a la tradición, sin más, como si fuera un negocio jurídico dispositivo, según el modelo alemán, aunque sea causal y no abstracto, a diferencia del modelo alemán; y así ocurre cuando se presenta la ocupación como modo de adquirir originario y la tradición como modo derivativo, fundados en la apariencia posesoria, en la toma de posesión, al igual que la usucapión. Se ha de insistir, por ello, en que para el Código Civil (Libro III) modo o manera de transmitir la propiedad es el contrato traslativo complemen-

tado por la tradición, aunque tal contrato se llame título o causa remota de la transmisión y causa inmediata de la tradición, y la entrega o transmisión o cesión de la posesión se denomine modo, en sentido estricto, o causa próxima de la transmisión de la propiedad, porque el fundamento esencial de la transmisión es el negocio jurídico, la declaración de voluntad, dispositiva y obligacional, el «*contrato*» de compra, mientras que la entrega (la tradición en el sentido histórico, no en el sentido germanizante), es requisito legal adicional al contrato de compra, necesario (constitutivo) para que se produzca el efecto jurídico traslativo querido, para que se «constituya» la transmisión, excepto en el caso de cesión de la acción reivindicatoria.

Así, estamos mucho más cerca del Código Civil francés y del Código Civil italiano que del Código Civil alemán. Nos aproxima a aquéllos lo esencial, la consideración del contrato como negocio jurídico traslativo y obligacional, según nuestra historia común hasta la codificación, y nos separa la consideración de la entrega como requisito adicional para la transmisión de la propiedad, que aquéllos desecharon y que exige no olvidar la voluntaria cesión de la acción reivindicatoria con efectos de transmisión simultánea de la propiedad del vendedor desposeído. En cambio, el Código Civil alemán disocia a la voluntad dispositiva del «contrato» tradicional y lo deja reducido a negocio obligacional, e integra la voluntad dispositiva, previamente disociada, en un negocio dispositivo, inicialmente abstraído del negocio obligacional que es su causa, por lo que su falta ha de ser corregida con la acción personal de enriquecimiento injusto o sin causa. Por ello, en este caso resulta más peligroso buscar concordancias con el Derecho alemán que con el francés o el italiano, aunque uno y otros puedan ser útiles para conocer el nuestro y para reformarlo, si conviniera.

La entrega es requisito constitutivo o necesario del efecto transmisivo del derecho de propiedad, como la inscripción registral lo es del efecto constitutivo del nacimiento del derecho de hipoteca y, en este sentido, ambas son condiciones *juris* o legales, sin que se pretenda equiparar entrega e inscripción. Pero, evidentemente, el negocio de compra, porque contiene todo el elemento volitivo, dispositivo y obligacional, para la transmisión del derecho de propiedad, tiene más importancia que la entrega en el ordenamiento jurídico español, y ésta, necesariamente, queda excluida como requisito para la transmisión de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso del propietario desposeído. Compra y tradición son requisitos necesarios, pero no son igualmente necesarios, en el sentido expresado.

Cuando el vendedor es poseedor actual (art. 1.445) la entrega es

requisito o condición legal esencial para la transmisión del derecho de propiedad (art. 1.095). Pero cuando el vendedor ha sido desposeído, no es poseedor actual, la tradición queda excluida por ser actualmente imposible (art. 1.272), sin perjuicio de la posible venta y cesión actual de la acción reivindicatoria, del derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso (art. 1.526), ni de que, muy excepcionalmente, se venda la cosa que actualmente posee un tercero, venta que implica la necesidad de recuperar la posesión para poder entregarla, en cumplimiento de una obligación de hacer asumida por contrato, no impuesta por la ley, que tampoco impone la adquisición de la cosa vendida cuando se trata de cosa ajena y las partes lo desconcen al contratar, ni impone la reconstrucción del edificio inexistente (cosa futura) porque el que existía se ha incendiado antes de ser vendido sin que lo sepan los contratantes y sólo queda el solar (D. 18, 4, 21).

El denominado *supuesto de hecho* (*Tatbestand*) de un *efecto* jurídico (*Rechtsfolge*), es decir, el conjunto de requisitos necesarios o constitutivos del efecto jurídico considerado en las normas aplicables, puede incluir un *negocio jurídico*, que se estima como requisito fundamental por su componente volitivo, por la declaración de voluntad; y los demás requisitos del efecto, por contraposición, se califican y denominan, con acierto discutible, *condiciones legales del negocio* (*conditiones juris*), requisitos o condiciones del Derecho, del ordenamiento jurídico, con peculiares y diversos efectos cada uno de ellos según las normas que sean aplicables; sin desconocer que dichas condiciones legales son distintas de las condiciones voluntarias o de hecho (*conditiones facti*) determinaciones de la voluntad configuradas como elementos accidentales o accesorios de la declaración de voluntad del negocio jurídico, que condicionan voluntariamente su eficacia, el principio o el fin de sus efectos.

En el supuesto de hecho de la transmisión del derecho de propiedad por compra mediante la tradición (art. 609), que algunos denominan, con clara inspiración germánica, negocio jurídico de transmisión, hay que distinguir, por una parte, el supuesto de hecho de la perfección del *contrato* de compraventa (art. 1.450), con sus elementos constitutivos, esenciales, naturales y accidentales, origen o causa del nacimiento de la relación jurídica de compraventa, de todos sus efectos, derechos y obligaciones, conforme al ordenamiento jurídico y a la voluntad de los contratantes, dispositiva y obligacional, y, por otra parte, la *tradición* que es la cesión de la posesión, que se realiza en cumplimiento por el vendedor del contrato de venta previamente perfeccionado, aun cuando sea inmediata a la perfección y aun cuando, al realizarse, salvo pacto, determina la transmisión del derecho, el momento de la transmisión.

Pero en este supuesto el requisito fundamental es la *compra*, que es el *negocio jurídico de transmisión*, y la *entrega* es simple *condición legal* del efecto de la compra, según dicha terminología conceptual, pues todo el contenido volitivo causa de la transmisión del derecho se integra en el contrato de compra; de modo que la entrega o tradición, no en el sentido germánico, sino en el sentido histórico español, o bien es un *acto real*, más o menos simbólico y aparente según usos sociales, expresión de la voluntad de una y otra parte referida al dar y recibir corporalmente la posesión de la cosa, pero no una declaración de voluntad negocial, o bien es un simple *acuerdo* sobre la transmisión o cesión de la posesión (art. 460, 2; p. 281). El que, como todos los actos humanos, sea voluntario y libre, no convierte el acto en un negocio jurídico y, además, la falta de tal acto libre puede ser suplida judicialmente por la puesta en posesión.

En cualquier caso, hay que distinguir conceptualmente, al analizar las normas vigentes, si la voluntad está referida a la transmisión o cesión del derecho de propiedad (*animus domini* o acuerdo real), a la transmisión o cesión de la posesión (*animus possessionis* o acuerdo de entrega), a la asunción de una obligación (obligarse a) o al cumplimiento de una obligación, aunque en la realidad todas estas voluntades conceptualmente distintas pueden estar integradas en una voluntad única e indisoluble y algunas puedan estimarse tácitas o deducidas (presuntas), labor de discriminación que presenta dificultades cuando se trata de determinar si alguna norma jurídica se refiere a una o a otra voluntad, con riesgo de involucrarlas.

También es importante distinguir la suspensión del efecto convenido que resulta de una condición legal suspensiva o de una condición puramente voluntaria, sobre todo cuando la condición voluntaria refuerza de algún modo una condición legal o modifica su alcance, si esto es posible, como ocurre cuando el efecto de la transmisión del derecho por compra se condiciona al pago del precio, pese a la cesión de la posesión, que no será en concepto de dueño hasta que el precio sea pagado.

Presupuestos del supuesto de hecho son (además de la capacidad de las partes para contratar, la capacidad del vendedor para disponer, la existencia del objeto, etc.), con respecto al contrato o voluntad dispositiva en la compra, la pertenencia del *derecho* de propiedad al vendedor, y, con respecto a la entrega, la *posesión* de la cosa por el vendedor.

Si el vendedor es poseedor, pero el *derecho* no pertenece al vendedor (venta de cosa ajena), la compra será válida, pero actualmente ineficaz para la transmisión, pese a la entrega, sin perjuicio de la posible adqui-

sición del derecho por usucapión ordinaria o por efecto del principio de fe pública registral (art. 34).

Si el vendedor ha sido desposeído, mientras no recupere la *posesión* de la cosa no puede realizar la entrega y, con ella, la transmisión de la cosa, sin perjuicio de la posible cesión de la acción reivindicatoria, o sea del derecho de propiedad incorporal (sin posesión) y controvertido (no indiscutido) por efecto simultáneo a su compra y cesión (art. 1.526), para que el comprador obtenga la posesión por mediación judicial, sin entrega por el vendedor.

Hay supuestos de hecho en que los requisitos del efecto jurídico final no se cumplen simultáneamente, sino de modo *sucesivo* en el tiempo; el ordenamiento jurídico puede atribuir a la parte realizada del supuesto de hecho ciertos efectos jurídicos, sean o no parte del conjunto de efectos o efecto final. Los casos son muy diferentes y no hay reglas generales de aplicación. A veces se estudian refiriéndolos a la evolución del derecho subjetivo, a los grados de desenvolvimiento del derecho, en vez de a los grados de desenvolvimiento del supuesto de hecho del efecto jurídico final, que puede ser el derecho en cuestión.

Concretamente, los requisitos de la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa por compra mediante la entrega pueden realizarse sucesivamente y, en este caso, es frecuente hablar figuradamente del *iter* transmisivo, del camino a recorrer, de las etapas de realización del supuesto de hecho. La entrega puede que no se realice inmediatamente después de la perfección de la compra, pero desde la perfección de ésta existe un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem*, de amplios efectos, que se resuelven si no llega a transmitirse la posesión. El derecho de propiedad sobre la cosa se adquirirá al recibir la posesión entregada por el vendedor, tanto si es poseedor actual (propietario poseedor) al perfeccionarse la compra, como si deviene propietario poseedor al recuperar la posesión que no tiene al tiempo de perfeccionarse el contrato porque el poseedor actual es un tercero y el vendedor es —según dice— un propietario desposeído, cuando se ha contratado esta compra especial. Sin perjuicio de que se pueda contratar en tal caso, como otra solución especial, de carácter prioritario, la cesión de la acción reivindicatoria con efecto transmisivo por y desde la perfección de la compra, referida esta compra especial al derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, para que éste obtenga la posesión mediante procedimiento judicial, supuesto en el que no cabe hablar de *jus ad rem*.

De modo análogo, pueden cumplirse después de otorgado el contrato otras *condiciones legales* del efecto transmisivo, como ocurría con el pago del precio en nuestro Derecho histórico, al igual que en el justiniano,

e incluso los que se consideran *presupuestos* aún no existentes de la compra ordinaria, como la adquisición del derecho de propiedad por el vendedor de cosa ajena o la recuperación de la posesión por el vendedor de la cosa poseída por un tercero; con especiales efectos en cada caso, relativos al cumplimiento de la obligación de adquirir el derecho o de recuperar la posesión, y a las consecuencias de su incumplimiento.

Todo ello afecta a los requisitos de la *inscripción* y al acta de la misma. Concretamente, se suele hacer constar tan sólo que el Registrador inscribe, a favor del comprador, el título de compra, título que ha de entenderse referido, en sentido jurisprudencial (p. 845), al fundamento de la transmisión que se registra del dominio de la finca, por compra y entrega si el vendedor es poseedor, o sólo por compra si el vendedor está desposeído, tanto si desconoce como si conoce o incluso oculta el conocimiento de la desposesión. En cambio, se inscribe el contrato, la declaración de voluntad contractual de constitución del préstamo hipotecario y la hipoteca queda constituida y se adquiere mediante la inscripción del contrato (arts. 1.857, 1.º, y 1.875), por lo que el título en sentido jurisprudencial será el contrato inscrito y quedará registrada la constitución y adquisición del derecho de hipoteca a favor del acreedor hipotecario (conforme al modelo reglamentario se inscribe el derecho de hipoteca).

La transmisión por compra del derecho de propiedad se «constituye» por la tradición y se publica por la posesión, o se constituye sólo por contrato, que se «publica» documentalmente, en el supuesto de desposesión del vendedor, y para una publicidad más amplia, precisa y eficaz, se registra la transmisión (art. 1.526, 1 y 2).

En cambio, la constitución, y la adquisición simultánea al nacimiento, del derecho de hipoteca se realiza por el contrato mediante la inscripción, forma de publicidad constitutiva en este caso, mientras que la transmisión del derecho de hipoteca se realiza o constituye por el contrato, pues la inscripción de la cesión es forma de publicidad, pero no constitutiva del efecto transmisivo, al igual que la inscripción es forma de publicidad del efecto transmisivo de la compra cuando el vendedor está desposeído.

o

EXCEPCIÓN: CESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINCATORIA

Cosa y acción

Es conveniente proponer algunas precisiones semánticas, desde un punto de vista histórico jurídico con referencia al contrato de compra-

venta y a la consideración prioritaria de la cosa (objeto) o del derecho (poder) sobre ella.

1. Actualmente, al decir *cosa* (arts. 1.445 y 1.095), o cosa corporal o derecho corporal (sinónimos), se designa la cosa física, objeto del derecho, y también la propiedad poseída, el derecho de propiedad corporal del propietario poseedor, el derecho de propiedad sobre la cosa (del que, por y desde la desposesión real, deriva la acción reivindicatoria, declarativa y recuperatoria), y la posesión de la cosa (de la que, por y desde la desposesión real, deriva la acción posesoria interdictal recuperatoria, que al año prescribe, se pierde, con la que también se pierde la posesión ideal, el derecho de posesión, y empieza la desposesión propiamente dicha).

En este sentido, decir cosa significa decir, a la vez, derecho sobre la cosa y posesión de la cosa.

2. En cambio, la expresión *acción* o cosa incorporal o derecho incorporal (sinónimos del art. 1.526), con referencia al derecho de propiedad, designa o representa el derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso del propietario desposeído, con la inseparable acción reivindicatoria que lo defiende, porque desde el Derecho romano (IHERING, página 321) se considera la pérdida de la posesión como pérdida parcial de la cosa y que al propietario le queda el resto de la cosa (D. 18, 4, 21), o sea su derecho y, en lugar de la posesión de la cosa, la acción reivindicatoria para recuperarla, y también se considera que tener la acción es como tener la cosa (D. 50, 17, 15), aunque no es lo mismo, sino que es mejor, vale más, poseer la cosa que tener la acción para recuperar la posesión (D. 50, 17, 104), principios generales del Derecho romano que son antecedentes históricos del artículo 1.460, 2; así, la acción reivindicatoria sustituye a la posesión, pero es de menor valor, y la diferencia de valor es la medida de la pérdida parcial de la cosa, que se puede cifrar económicamente en dinero, en atención a los costes del litigio para recuperar la posesión y al riesgo de evicción, o sea al riesgo de perder el litigio acerca de la propiedad que afirma tener el reivindicante.

En el sentido expresado, decir cosa incorporal significa decir derecho de propiedad incorporal y controvertido o litigioso (acción) del propietario desposeído, con la derivada e inseparable acción reivindicatoria, o lo que es lo mismo, derecho de propiedad sobre la cosa que el pretendido propietario se atribuye frente al poseedor de la cosa en concepto de propietario, que se presume tiene título adquisitivo del derecho controvertido (art. 448).

Desde este punto de vista, el propietario desposeído puede vender su

derecho de propiedad incorporeal y controvertido, sin duda alguna, y aunque no puede ceder (art. 460, 2) o entregar la posesión o hacer tradición, de la cosa que otro posee en concepto de propietario, pero sin derecho (según el vendedor), sí que puede ceder, en su lugar, la acción reivindicatoria para recuperarla (D. 18, 4, 21). La cuestión fundamental respecto a dicha cesión estriba en determinar si sólo tiene efecto obligatorio entre cedente y cesionario y sólo implica autorización para el ejercicio por el cesionario de la acción reivindicatoria del cedente, por lo que el cesionario tiene un derecho personal a la cosa y el derecho de propiedad se transmite al tomar posesión de la cosa el cesionario, o bien puede tener efecto dispositivo, traslativo del derecho de propiedad incorporeal y controvertido del propietario desposeído, tanto entre cedente y cesionario como respecto al poseedor y a los terceros (acreedores del cedente, cesionarios posteriores, etc.), de modo que el cesionario tiene un derecho real sobre la cosa, desde la cesión, y obtiene la posesión, actuando como propietario que es, por mediación judicial, sin entrega por el vendedor.

Si el comprador desconocía la desposesión del vendedor procede la reducción del precio por pérdida no total y material, sino parcial o jurídica, a menos que opte por desistir del contrato (art. 1.460, 2).

Derecho y acción

En general, las acciones o pretensiones que derivan de un derecho se pueden separar del mismo, o sea que se pueden transmitir conservando el transmitente el derecho del que derivan. Pero la acción y el derecho son *inseparables* cuando se trata de una acción que defiende la titularidad o pertenencia del derecho, tenga o no su mismo nombre, tanto la acción personal que se identifica o confunde con el derecho personal del mismo nombre, desde que éste nace, como la acción real que deriva de un derecho de propiedad vulnerado y controvertido, del que defiende su pertenencia. No es posible transmitir la acción que defiende la titularidad o pertenencia de un derecho, con el que se confunde o del que deriva, sin transmitir simultáneamente el derecho mismo. Es imposible transmitir la acción reivindicatoria sin transmitir a la vez el derecho de propiedad del que deriva y del que es inseparable. Así lo entienden tanto los autores que no admiten la cesión traslativa de la acción reivindicatoria (IHERING, p. 323) como los autores que sí la admiten (GÓMEZ DE LA SERNA, pp. 574, 578).

En este sentido, decir acción reivindicatoria significa lo mismo que decir derecho de propiedad incorporeal y controvertido del propietario desposeído, sobre la cosa que otro posee como dueño. El que dice ser

propietario no tiene la posesión y el derecho se lo atribuye el poseedor, se discute el derecho y no sólo la posesión.

Así resulta del artículo 348, 2. Al decir que el propietario tiene acción reivindicatoria significa que (sólo) el propietario tiene la acción reivindicatoria o, a la inversa (sólo) el que tiene la acción reivindicatoria es el propietario.

La cesión de la acción reivindicatoria se refiere, ante todo, a la acción nacida por la vulneración de la propiedad por el despojante y poseedor actual, pero también a la acción reivindicatoria «futura», en el sentido de que la acción se dirige *erga omnes possidentes*, también contra cualquier futuro poseedor, posterior al despojante, incluso el vendedor si llega a ser poseedor (D. 6, 1, 63, 2.^a parte, y D. 4. 39; 9). La acción tiene carácter general o indeterminado en cuanto al sujeto pasivo, en este sentido, pero la demanda se ha de dirigir contra un concreto y determinado poseedor y el efecto de la sentencia es relativo a las partes litigantes (cosa juzgada).

Sin embargo, la doctrina de los autores puede dar lugar a cierto confusionismo, porque ROLANDINO parece referirse a la cesión de la acción reivindicatoria que puede nacer por una futura violación del derecho, que califica como compra de esperanza (p. 304), y WINDSCHEID alude a la cesión de la acción reivindicatoria contra el poseedor actual y contra todos los poseedores futuros, pero excluye la acción contra el vendedor, frente al que sólo cabe —según dice— acción personal, porque concibe la cesión de la acción como una simple cesión del ejercicio de la acción ajena, una cesión impropia, al igual que IHERING (p. 371).

La cuestión se aprecia claramente en el proceso formulario romano clásico, porque la fórmula del pretor en la *litis contestatio* determina contra quién se ejercita la acción concedida, y el que se conceda una acción no civil, sino pretoria, implica que se concede por el *Edicto* del pretor (fuente de Derecho) un derecho no existente según el Derecho civil (otra fuente del Derecho).

Del epígrafe del capítulo VII del título que regula el contrato de compraventa, así como del artículo 1.526, primero del capítulo, y también del artículo 1.280, 1, 6.º, resulta una virtual *sinonimia* al hablar de derecho o acción, que ha de tenerse en cuenta al identificar el significado de las expresiones acción reivindicatoria y derecho del propietario desposeído, sinonimia lógica en cualquier ordenamiento jurídico procedente del romano, que se evidencia por WINDSCHEID al analizar los conceptos de Derecho subjetivo, de pretensión o acción y de Derecho

procesal. Pero esta sinonimia no impide el que puedan ser objeto de cesión algunas acciones sin que, a la vez, se ceda al derecho del que derivan.

CONTRATO DE COMPRA ESPECIAL POR SU OBJETO

1. La inclusión del capítulo que trata de la transmisión de acciones, o de la cesión de acciones, en el título «del contrato de compraventa» (capítulo VII del título IV del libro IV) se debe a que, históricamente, cesión de una acción significa contrato de compraventa de una acción, es decir, compraventa especial por su objeto, que es un crédito, una acción, un derecho incorporal, pero no una cosa corporal. De este modo, vender una cosa es vender o contratar (con acuerdo dispositivo y obligacional) la transmisión del derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor, aunque este efecto transmisivo querido se condicione legalmente a la adicional transmisión de la posesión de la cosa poseída; en cambio, ceder una acción reivindicatoria es vender o contratar (con acuerdo dispositivo y obligacional) la cesión o transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído.

Puede decirse, con terminología germánica, que el contrato de venta de cosa incluye el *acuerdo real*, el acuerdo dispositivo o de transmisión de la cosa, del derecho del propietario poseedor; mientras que el contrato de venta de la acción reivindicatoria incluye el *acuerdo de cesión*, el acuerdo dispositivo ó traslativo de la acción o, lo que es lo mismo, del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído, del derecho no poseído sobre la cosa que posee un tercero, quien también afirma que le pertenece el mismo derecho.

2. En el Derecho español vigente, la cesión de una acción es la *transmisión* de esta acción del cedente al cesionario y la palabra cesión *no significa autorización para el ejercicio* por el cesionario de la acción del cedente; el Código Civil se refiere a la cesión propiamente dicha, a la *cesión traslativa* de la acción, *no se refiere a la cesión impropia*, a la cesión impropia, a la cesión del ejercicio de la acción, a la autorización para el ejercicio de la acción del autorizante. Por tanto, decir cesión de la *acción* reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, que es acción inseparable del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, significa decir cesión del *derecho* incorporal y controvertido del propietario desposeído.

La sinonimia es total, tanto si se habla del *contrato o acuerdo* de cesión, o sea de transmisión, como si se habla de su *efecto* de cesión, o sea de transmisión.

Así resulta del epígrafe del capítulo VII del título que regula el contrato de compraventa, que se refiere a la «transmisión de créditos y demás derechos incorporales»; así como del artículo 1.526, primero de dicho capítulo y único del mismo con carácter general (sin perjuicio de la aplicabilidad de otros), que se refiere a la «cesión (sinónimo de transmisión) de un crédito, derecho (incorporal) o acción». También el artículo 1.280, 1, 6.º, se refiere a la «cesión de acciones o derechos», sin distinción entre unas y otros.

Como ya se ha dicho, a propósito del artículo 348, 2, de estos mismos textos resulta una virtual sinonimia al hablar de derecho incorporal o acción, que ha de tenerse en cuenta al identificar el significado de las expresiones acción reivindicatoria y derecho del propietario desposeído.

La doctrina española es prácticamente unánime al entender que este capítulo se refiere a la venta o cesión traslativa de créditos, acciones y derechos incorporales, es decir, a la llamada teoría general de la cesión de acciones con efecto traslativo de la acción o del derecho que representa, que se inicia en el Derecho romano clásico y culmina en el proceso codificador del siglo XIX; no se refiere a la venta como simple causa de la obligación de transmitir un crédito, acción o derecho incorporal; sí que se refiere a acciones personales y a acciones reales, concretamente a la reivindicatoria, acción real por antonomasia, porque precedentes históricos del artículo 1.526 en cuanto a la acción real reivindicatoria son dos preceptos fundamentales del Derecho romano, el D. 6, 1, 63 y el C. 4, 39, 9, estudiados con anterioridad.

La sentencia estimatoria no tiene efecto constitutivo de la transmisión, sino declarativo de la adquisición, por y desde la compra, del mismo derecho que pertenecía al vendedor, siendo ya indiscutible que fue del vendedor y es del comprador, oponible al poseedor, quien ha de liquidar su situación posesoria directamente con el comprador propietario desde la compra, no con el vendedor.

EFFECTO TRASLATIVO NO CONDICIONADO LEGALMENTE

El contrato de compra de cosa incorporal, el contrato de cesión, transmite la acción o el derecho incorporal cedido, por sí solo, de modo que cuando se cede la acción reivindicatoria se transmite ésta, o sea el derecho incorporal del propietario desposeído, simultáneamente a la cesión, *sin más requisitos*; porque el efecto transmisivo voluntariamente acordado no está legalmente condicionado a ningún requisito adicional, ni en particular a la entrega o transmisión de la posesión, pues precisamente la imposibilidad actual de ésta, imposible sin una eventual recu-

peración, determina que una norma especial disponga la excepcional transmisión del derecho de propiedad simultáneamente a la compra, por y desde la compra, o sea con independencia de la transmisión de la posesión no simultánea a la entrega, que queda excluida; sólo figuradamente se puede decir que la entrega está sustituida por la cesión de la acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida, y que la cesión sustituye o suple o equivale a la tradición: sólo en el sentido de que el contrato de cesión de cosa incorporal, por su efecto traslativo no condicionado, equivale al contrato de compraventa de cosa corporal y a la adicional entrega o transmisión de la posesión: el contrato de cesión de cosa incorporal tiene el mismo efecto, tiene tanto valor, como la compra y entrega de cosa corporal porque la entrega está excluida ontológicamente.

Decir cesión de la acción reivindicatoria significa decir transmisión del derecho de propiedad incorporal y controvertido del propietario desposeído.

Así resulta del mismo artículo 1.526, 1, que no impone ningún requisito adicional al contrato de cesión para que se produzca el efecto transmisivo, la transmisión.

En el Derecho vigente, a diferencia del histórico en algún momento de su evolución, la *notificación* de la cesión al sujeto pasivo de la acción no es un adicional requisito de eficacia, necesario para que entre los contratantes se produzca el efecto traslativo de la acción; no es un requisito análogo o equivalente a la entrega de la cosa que legalmente condiciona suspensivamente la eficacia transmisiva del contrato de compra de cosa.

Respecto al sujeto pasivo de la acción, respecto al deudor cuando la cesión es de créditos o acciones personales y respecto al poseedor cuando se cede la acción reivindicatoria, o sea el derecho incorporal del propietario desposeído, la cesión es eficaz, le afecta, no puede considerarla inexistente, sin necesidad de notificarle la existencia de la cesión. Sin perjuicio de que a efectos probatorios la notificación al deudor tenga un efecto específico (art. 1.527).

Frente a la acción reivindicatoria del cesionario, el poseedor puede manifestar que desconoce la cesión, pero su desconocimiento no impide que la cesión exista ni que le afecte, si el cesionario la prueba documentalmente o por otro medio de prueba: la notificación al poseedor no tiene el mismo alcance de la notificación al deudor (no hay precepto equivalente al art. 1.527), porque no tiene la misma trascendencia pagar un crédito dinerario, entregar dinero genérico, transmitiendo su propiedad, a un cesionario o a un cedente, que devolver la posesión de una

cosa específica y de sus frutos, a uno o a otro, sin perjuicio de la posibilidad de notificarle que su posesión es viciosa (art. 435), para que cese su buena fe a efectos de la aplicación de las normas referentes a frutos, gastos, mejoras y deterioros, cuando cesa su posesión al devolverla al reivindicante. (La notificación le permite comprender que su posesión es posible que sea viciosa, que lo es si resulta cierto lo que le notifican, y al tiempo que nace la duda muere la confianza, la fe, aunque lo importante no es que tenga fe, sino que no puede ampararse en ella después de la notificación.)

La notificación no condiciona la eficacia del contrato.

Así resulta del artículo 1.527, por su especialidad.

Considerada la voluntad dispositiva contractual, si se vende la cosa la entrega es condición legal del efecto transmisivo (de la transmisión del derecho), que es simultáneo a la entrega, y el pago del precio, no aplazado, es condición legal de la exigibilidad de la entrega inmediata al contrato (art. 1.446), por lo que, de modo mediato es condición del efecto, de la eficacia de la voluntad dispositiva contractual. Por ello, cuando se ha aplazado el pago del precio (la entrega del dinero), la inmediata entrega de la posesión de la cosa es exigible desde la perfección del contrato.

Si se vende el derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, puesto que no existe obligación de entregar (ni otra equivalente actuación, como lo fue en otro tiempo la notificación de la cesión al deudor), ya no está condicionado el efecto, la eficacia transmisiva de la voluntad dispositiva contractual, ni directamente por la entrega, ni indirectamente por el pago del precio no aplazado. *La transmisión es simultánea a la perfección del contrato* y no a la tradición (arg. artículo 1.466 y concordantes); salvo pacto que aplace o condicione la eficacia del contrato, al pago del precio no aplazado, por ejemplo.

La perfección del contrato y la producción del efecto contratado son simultáneas.

Así resulta del artículo 1.526, 1, y del artículo 1.095, *a contrario sensu*.

Las obligaciones del vendedor de una cosa, entrega y garantía (artículo 1.461), tienen *especialidades* en la cesión de la acción reivindicatoria.

En cuanto a la obligación legal de *entrega* se ha de considerar que no es posible ontológicamente poner en posesión de una acción (artículo 1.462, 1), ni es obligatorio para el vendedor recuperar la posesión de la cosa (arg. art. 1.468, 1), pero los frutos pertenecen al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato (art. 1.468, 2), y se puede contratar el reparto de los gastos para obtener la posesión (art. 1.465)

y el pago aplazado del precio, referido a un momento no inmediato a la perfección del contrato (arts. 1.466 y 1.467).

En cuanto a la obligación legal de *garantía* contra la evicción, la aleatoriedad del resultado favorable del litigio exige considerar el aumento, disminución o supresión de la obligación legal de pagar la garantía (art. 1.475, 3), sin olvidar la posible renuncia por el comprador, siempre que se realice con conocimiento de los riesgos de evicción y sometiéndose a sus consecuencias (art. 1.477, al final), y la concreción del importe de lo que puede reclamar el comprador (art. 1.478, 1, 3, 4, precio de la cosa al tiempo de la evicción, costas de los pleitos y gastos del contrato); además, es posible contratar con el vendedor su ayuda procesal al buen fin de la reivindicación, que se refiere no sólo al comprador demandado (art. 1.482), sino también al comprador reivindicante (MANRESA, p. 581).

Más específicamente, se ha de considerar al cedente como vendedor de un derecho de propiedad con la facultad de actuar para recuperar la posesión, que responde de la existencia y legitimidad del derecho de propiedad, de la devolución del precio y de los gastos de la compra, y si es de mala fe de todos los gastos (incluso los del pleito) y de los daños y perjuicios, así como también responde de la insolvencia del poseedor, a efectos de la restitución de frutos sobre todo, salvo insolvencia anterior y pública del poseedor; salvada la posibilidad de pactar lo que se estime más conveniente y ajustado a los intereses de las partes (art. 1.529).

La pérdida de la posesión anterior a la compra se ha de considerar como pérdida parcial del objeto de la compra de cosa (art. 1.460, 2), si el comprador desconoce la desposesión del vendedor, aunque si se considera como vicio oculto, lo que no parece lógico referido a la posesión, los efectos serían prácticamente iguales (art. 1.486).

Tradicionalmente se excluye la aplicación del denominado retracto Anastasiano por el poseedor de la finca reivindicada (y en el sentido negativo se interpreta el art. 1.536, 3.º refiriéndolo a un crédito hipotecario litigioso). Así lo entendía expresamente GARCÍA GOYENA, quien, sin duda alguna, consideraba que la cesión de la acción reivindicatoria estaba incluida entre las demás cesiones de acciones o derechos incorporales (p. 822).

FORMA NO ESENCIAL DEL CONTRATO

El contrato de cesión de créditos, derechos incorporales y acciones, como compraventa especial por su objeto, no está sujeta a norma espe-

cífica que regule su forma, por lo que es aplicable el principio general de libertad de la forma del consentimiento para que exista y sea válido y eficaz el contrato; no se impone una forma esencial (art. 1.526, 1, *a contrario*, y 1.278). Por esto, entre las partes contratantes, el contrato de cesión, incluso verbal, es eficaz, con efectos traslativos y obligatorios simultáneos a su perfección, salvo aplazamiento o condicionamiento voluntario; si bien los contratantes pueden compelerse a que se formalice la documentación requerida a otros efectos (art. 1.279), principalmente probatorios contra tercero (p. 831, n. 261).

La cesión es una compra especial sin forma esencial.

Así resulta del artículo 1.526, 1, *a contrario sensu*, y del artículo 1.278.

PRUEBA DEL CONTRATO

A efectos probatorios, pero no como prueba excluyente de otros medios de prueba (arts. 1.279 y 1.218), la cesión de la acción reivindicatoria de una finca debe constar en escritura pública (art. 1.280, 1, 1.º y 6.º).

Ahora bien, el estado de opinión actual hace prácticamente imposible que se autorice una escritura pública en la que se declare o de la que resulte que el vendedor es un propietario desposeído, porque no se registraría; pero no impide que conste en escritura pública la compra del derecho del propietario desposeído si en la escritura no se declara la desposesión y *parece* que el vendedor es un propietario poseedor, porque se conoce pero se silencia o disimula la desposesión para que se pueda registrar la compra, o porque se desconoce la desposesión.

Se dice que el otorgamiento de dicha escritura (incluido el supuesto de desposesión desconocida) equivale a la entrega de la cosa, en el sentido de que suple o sustituye a la entrega (arg. arts. 1.464 y 1.462, 2). Pero hay que precisar el sentido de lo que se dice.

Los preceptos que se citan se refieren a la entrega de cosa por el propietario poseedor (art. 1.462, 2), o de derecho real parcial poseible y poseído (art. 1.464); se refieren a una forma de entrega por acuerdo de cesión de la posesión, presunto, simultáneo o inmediatamente sucesivo a la perfección del contrato, en el mismo momento del otorgamiento mediante escritura (lectura, consentimiento y firma) autorizada, que hace innecesaria la cláusula de estilo notarial de entrega por el solo acuerdo de interversión posesoria, de tradición *brevi manu* o de *constituto posesorio*. Lo demuestra, con toda claridad, que esta misma forma de entrega existía en el Proyecto de Código Civil de 1851, en el que la entrega era,

como es hoy, transmisión de la posesión (art. 1.462, 1), pero no era, a diferencia de hoy, requisito legal adicional a la compra para la producción del efecto, querido contractualmente, de transmisión de la propiedad (arts. 609 y 1.095). Así lo entendía GARCÍA GOYENA, el autor del Proyecto (pp. 797 y sigs.).

Cuando la entrega actual es imposible, cuando la entrega requiere la previa recuperación de la posesión por el propietario desposeído, *por excepción* al principio general de transmisión por compra y entrega, conforme a la ley y a la voluntad de las partes, el efecto transmisivo del derecho del propietario desposeído, de la acción reivindicatoria, se produce en virtud del contrato de compra, por la compra, solamente, sin más, sin entrega, *excluida* la entrega y no suplida o sustituida por el contrato. Induce a confusión el decir, con cierta técnica figurativa, más bien didáctica, que en tal caso la compra o cesión del derecho o acción *equivale* a la entrega, para significar que basta el solo contrato para que se produzca la transmisión, *como si* se hubiera entregado la cosa por el propietario poseedor, *como cuando* se entrega la cosa porque el propietario la posee, *de manera similar* a cuando se compra y se recibe la entrega.

Así es, con entera independencia de que la compra del derecho o cesión de la acción esté documentada, en escritura pública, o sea, una compra verbal. Sin perjuicio de que, cuando la cesión se formaliza mediante escritura pública, el momento de la perfección de la compra y de la simultánea transmisión del derecho sea el momento del otorgamiento según la escritura autorizada, si en ésta no se dice otra cosa.

La escritura de cesión es prueba del contrato, pero el otorgamiento en escritura pública no equivale a la entrega, que está excluida como requisito necesario para la transmisión.

Así resulta del artículo 1.526, 1, y otros, citados con anterioridad.

EFFECTO CONTRA TERCERO

El contrato de cesión tiene efecto traslativo, simultáneo a su perfección, aunque, naturalmente, ha de ser probada la existencia de la cesión si el tercero la niega, y queda probada su existencia en la fecha de fehaciencia del documento que, a efectos probatorios, aunque no excluyentes de otro medio de prueba, formaliza la cesión (art. 1.526, 1), sea público (art. 1.218) o privado (art. 1.227), según proceda uno u otro (artículo 1.280); desde aquella fecha la cesión queda probada frente a terceros acreedores en la concurrencia y prelación de créditos y, en

este sentido, les perjudica (título XVII del libro IV, arts. 1.294, 3.º, y 1.929, 2.º).

Si la cesión está registrada, con inscripción no constitutiva, desde la fecha de la inscripción queda probada a efectos registrales y perjudica al tercero registral que inscriba posteriormente, pues no podrá alegar eficazmente que desconoce la cesión a efectos de obtener la protección del principio de fe pública registral; sin perjuicio de la prueba, por cualquier medio probatorio, de su conocimiento de la cesión no registrada (arts. 1.526, 2, y 606; 32 y 34 LH).

Estos son los resultados de aplicar al contrato de cesión de créditos, derechos incorporales y acciones (al igual que se aplican al contrato de compra de cosa), las normas generales que regulan la eficacia (de la forma) de los contratos (epígrafe del capítulo II del título II, que trata de los contratos, dentro del libro IV), así como la (eficacia de la) prueba documental de las obligaciones (y contratos) (capítulo V del título I), aparte de la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad (título VIII del libro II, y arts. 606 CC ó 32 LH). Resultaba oportuno disponer que la aplicación de estas normas generales no se podía entender excluida en cuanto a la compra de créditos, derechos incorporales y acciones, y no de cosas, considerada la problemática preferencia de los créditos en situación de concurrencia de acreedores y la posible duda sobre la aplicación de la protección registral (art. 606) a créditos, derechos incorporales y acciones, y no sólo al dominio poseído y demás derechos reales inmobiliarios poseídos (art. 605), sin olvidar tampoco que decir cesión de la acción reivindicatoria es lo mismo que decir cesión del controvertido derecho de propiedad del propietario desposeído, como entendía bien el legislador de la Ley Hipotecaria de 1861 (P. GÓMEZ DE LA SERNA) y no entendieron, al parecer, algunos de sus contemporáneos.

Es muy importante observar que en el título del contrato de compraventa sus seis primeros capítulos se refieren a la compra de cosa (artículos 1.445 y sigs.), mientras que su capítulo VII se refiere a la transmisión (o cesión, por compra) de créditos, derechos incorporales y acciones (art. 1.526), como compra especial de derecho incorporal, no aparente posesoriamente, y, finalmente, que su capítulo VIII, siguiente al que trata de dicha compra especial, como «disposición general», ordena que *todo* lo dispuesto en el título de la compraventa (tanto de cosas como de acciones o derechos incorporales), se entiende con sujeción a lo que respecto a bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria (art. 1.537). Es decir, no sólo la compra de cosas, sino también la cesión de créditos, derechos incorporales y acciones, personales en su

caso y *reales* principalmente, ha de someterse a las normas registrales. Por aplicación de este criterio normativo (art. 1.537) se dispone que la eficacia contra tercero de la cesión de un crédito, derecho incorporal o acción (art. 1.526, 1), si se refiere a un inmueble, comienza desde la fecha de la inscripción de la cesión en el Registro (art. 1.526, 2).

Obsérvese la redacción general de esta norma (art. 1.526, 2), pues permite entender que se refiere a ciertos créditos y también a la acción reivindicatoria.

1.º Se refiere a la cesión de créditos registrables, hipotecarios y refaccionarios, y a la fecha de eficacia de la cesión en perjuicio de tercero, respecto a la prelación de dichos créditos (art. 1.927, 2, 2.ª) y a la doble cesión de los mismos (arts. 606, 32 y 34 LH).

Claro es que son créditos garantizados y la garantía se entiende que es un derecho real cuando se trata del crédito hipotecario, pero también es claro que la inscripción es requisito necesario, adicional al contrato escriturado de constitución de hipoteca, para que el derecho de hipoteca nazca o quede constituido (arts. 1.875, 145 LH) (en cierto sentido de modo análogo a cómo la tradición es requisito adicional al contrato de transmisión por compra, necesario para el derecho de propiedad se transmita), mientras que la inscripción no es requisito necesario para que el crédito hipotecario se transmita por compra (cesión) escriturada (artículo 1.878), pese a que la Ley Hipotecaria parece decir lo contrario (art. 149), pues según el Código Civil la inscripción no es requisito necesario para el efecto traslativo de un crédito, derecho incorporal o acción (art. 1.526, 1).

Así, el efecto adquisitivo del principio de fe pública registral (artículos 606; 32 y 34 LH) también se refiere a la doble cesión de un crédito hipotecario nominativo, si se registra la segunda cesión antes que la primera, salvo mala fe, porque la inscripción de esta cesión no es constitutiva o necesaria para que la cesión exista.

2.º Sobre todo; el artículo 1.526, 2, se refiere a la compra (cesión) registrada del derecho incorporal y controvertido del propietario desposeído, o lo que es lo mismo, a la cesión *registrada* de la acción reivindicatoria.

Cesión de un derecho real de pertenencia controvertida, que, en cuanto litigioso, GARCÍA GOYENA entendía que debía ser equiparado al crédito litigioso cedido a efectos de aplicación del retracto Anastasiano (hoy arts. 1.535 y 1.536; según sus comentarios a los correspondientes artículos del Proyecto de Código Civil de 1851; p. 822).

Cesión o venta de la acción reivindicatoria que por ser una venta

o cesión del controvertido derecho *real* de propiedad del propietario desposeído inscrito, y no sólo una venta o cesión de un simple derecho personal, que por ser traslativa del derecho de propiedad inscrito y no sólo causa de un *jus ad rem*, entendía el legislador que era inscribible (GÓMEZ DE LA SERNA, p. 574).

Cesión de la acción reivindicatoria del propietario inscrito que puede ir seguida, más o menos tarde, de otra cesión de la misma acción reivindicatoria, si el titular registral vendedor, con malicia o por olvido, vende dos veces la acción. *Doble cesión* que, por ser registrable la cesión, exige la aplicación del mismo criterio que si se tratara del titular registral vendedor, propietario y poseedor, que vende dos veces la finca registrada, como bien entendía el mismo legislador (GÓMEZ DE LA SERNA, página 575).

Aunque algunos de sus contemporáneos parece que no le entendieron (ARIZA y ESCOSURA) o acaso temieron las consecuencias de la inscripción de la transmisión de derechos «dudosos» inscritos (GALINDO y ESCOSURA, oficiales de la Dirección Generales de los Registros, pp. 577, 581), otros le comprendieron y consideraron acertado su criterio (MORELL y MANRESA, también Director General de los Registros, p. 581); criterio que más tarde, con toda claridad, fue rechazado (por el Subdirector, J. GONZÁLEZ, p. 586) y parecía olvidado (reforma de la Ley Hipotecaria en 1944-47).

Pero, a efectos prácticos, este criterio *se aplica*, en el sentido de que, sin saberlo el Registrador, se registra la compra a un titular registral vendedor desposeído, es decir, se registra la compra de la acción reivindicatoria, cuando en la escritura de compra no se declara la desposesión del vendedor, pues se desconoce o se conoce, pero se disimula o silencia para que se llegue a inscribir, y así *parece* que se trata de una normal escritura de compra y entrega por el otorgamiento; lo que permite obtener judicialmente la posesión en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, fundado en la *apariencia* y presunción de derecho adquirido (artículo 38, 1), porque es el poseedor quien tiene que probar título adquisitivo que le confiera *derecho a poseer* frente a la pretensión del titular registral de que por mediación judicial se le transmita la posesión (artículo 41, 6, 2.^a causa). Este resultado parece sorprendente si se entiende que el comprador de la acción reivindicatoria nunca adquiere la propiedad por el contrato de compra sin la entrega posterior, pero es perfectamente lógico y congruente con el criterio de que, *por excepción*, el contrato de compra, por sí solo, transmite el derecho del propietario desposeído, simultáneamente a la perfección de la compra, sin una entrega imposible, que exigiría la recuperación de la posesión, la que

puede obtener directamente el comprador inscrito sin necesidad de mediación del vendedor inscrito.

La jurisprudencia así lo entiende, tanto si el comprador conoce la desposesión (S. 21 diciembre 1905) como si la desconoce (S. 20 enero 1912), al interpretar el artículo 1.462, 2, como se ha analizado anteriormente.

De conformidad con la eficacia traslativa de la cesión de la acción reivindicatoria, en consecuencia, la Ley Hipotecaria regula la eficacia de la inscripción practicada cuando el titular registral vendedor ha sido desposeído por el tercero poseedor usucapiente, sin distinguir, como es lógico, que el comprador desconozca o conozca la situación de desposesión (art. 36, 2), a diferencia de lo dispuesto en cuanto a la usucapición consumada por el poseedor (art. 36, 1), lo que se ha considerado con suficiente amplitud, en relación con el procedimiento de ejecución posesoria sumario (art. 41, 6, 2.ª) al analizar el caso supuesto de compra por C. a su hermano V., desposeído.

OBTENCIÓN JUDICIAL DE LA POSESIÓN

Antes de la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944, cuando aún no existía el procedimiento de ejecución posesoria sumario (art. 41), si el comprador a un propietario desposeído ejercitaba la acción reivindicatoria en *juicio declarativo ordinario*, el poseedor podía alegar que el reivindicante no era propietario porque no había recibido realmente la entrega, pese a la apariencia de entrega por el otorgamiento de la escritura de compra, porque el vendedor estaba desposeído al vender. Por esto, y por consecuencia de la opinión dominante respecto a la cesión de la acción reivindicatoria, se podía entender conveniente que el comprador, al ejercitar la acción reivindicatoria lo hiciera en nombre del vendedor, es decir, como comprador de la cosa y cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria del vendedor, para obtener la propiedad al obtener la posesión, una vez recuperada por el vendedor reivindicante. Con este proceder no había que probar la vigencia y aplicabilidad a la compra realizada de la solución de la cesión de la acción reivindicatoria, problema que los autores no se planteaban porque, expresa o tácitamente, negaban la posibilidad de la cesión de la acción reivindicatoria traslativa del derecho del propietario desposeído.

Ahora bien, no es muy acertado tal criterio si se considera que, según la jurisprudencia, cuando el vendedor está desposeído el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria al amparo del artículo 1.462, 2, con independencia de que el comprador conozca (S. 21 diciembre 1905)

o desconozca (S. 20 enero 1912) la desposesión del vendedor, como ya se ha dicho.

También, antes de la reforma y ahora, el comprador podía y puede ejercitar la acción de *desahucio por precario extinguido*, en nombre y representación del vendedor, porque éste fue poseedor real antes de la desposesión, pero no en nombre propio, porque la acción de desahucio contra el poseedor actual se fundamenta en la anterior posesión real del desahuciante y el comprador nunca había llegado a ser poseedor real en concepto de propietario; en este sentido, la jurisprudencia era y es unánime al considerar que en caso de desposesión del vendedor, pese al otorgamiento de la venta en escritura pública, la presunción legal (artículo 1.462, 2) queda desvirtuada porque hay una aparente entrega, pero no una entrega real, que transmita realmente la posesión, de modo que el comprador no puede desahuciar por no haber sido nunca poseedor real; y esto es así aunque sea propietario por compra y cesión, traslativa del derecho del vendedor propietario desposeído, pero no traslativa de la posesión real (pp. 580 y sigs.).

El equívoco que dio lugar a la jurisprudencia referida tuvo dos causas fundamentales. Por una parte, la interpretación jurisprudencial del artículo 1.462, 2, alegado en juicio declarativo ordinario (SS. antes citadas, de 1905 y 1912), no se comprendió que era referida a la acción reivindicatoria y no a la de desahucio por precario. Por otra parte, el desahucio se dirige frecuentemente contra el vendedor poseedor, cuando continúa poseyendo como precarista después de vender, pero no puede dirigirse contra el tercero poseedor en concepto de dueño, cuando el vendedor no es poseedor.

Esta imposibilidad de desahuciar se tuvo en cuenta en la reforma de la Ley Hipotecaria en 1944 y en la vigente formulación de las relaciones entre Posesión y Registro (arts. 36, 38, 41, etc.). En cierto sentido, se reguló el *procedimiento de ejecución posesoria sumario* a modo de prórroga del interdicto de recobrar la posesión o de desahucio por precario, invirtiendo la carga de la prueba del derecho a poseer, que ya no corresponde al titular registral, sino al poseedor.

Con este procedimiento prácticamente quedó sustituido, a efectos de recuperación de la posesión por el comprador, el juicio declarativo ordinario, que por ser largo y costoso es de difícil aplicación, aparte del juicio de desahucio que es de imposible aplicación.

Respecto a este procedimiento del artículo 41 hay que remitirse a lo ya dicho a propósito de las dos soluciones del problema de la desposesión y de su comparación (lo que aquí se dice ha de prevalecer sobre lo

que se expresó con anterioridad, páginas 848-855, porque supone una consideración más realista del aspecto procesal del tema).

En la ejecución prevalece la apariencia registral sobre la apariencia posesoria, pero sin ocultación fraudulenta, porque se ejecuta el derecho real del comprador y no un derecho personal (*jus ad rem*) del comprador, cuando el poseedor no alega y prueba que adquirió el derecho de propiedad por título derivado de titular registral anterior o por usucapión, sin perjuicio de que pueda acudir al juicio declarativo ordinario, lo que es difícil si se trata de un mero poseedor usucapiente.

Por otra parte, aunque las Sentencias de las Audiencias son unánimes, predominan las que resuelven que el procedimiento del artículo 41 puede ejercitarse por el inmatriculante al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, incluso antes de haber transcurrido los dos años de suspensión del efecto contra tercero (art. 207), pero después de publicados los edictos, en su caso (art. 298 RH). Sin embargo, conforme a los antecedentes doctrinales de la reforma registral de 1944-1947, parece que el artículo 41 ha de referirse a quien compra a un titular registral que resulta ser un propietario desposeído (art. 36, 2). A este último caso se refieren las sentencias citadas. Asimismo, el artículo 41 puede entenderse orientado en tal sentido por cuanto dispone que será causa de contradicción poseer el contradictor por contrato «con el último titular o con titulares anteriores» y no parece que un inmatriculante pueda ser considerado como último titular sin forzar las normas gramaticales.

Sin embargo, hay que insistir en la diferencia fundamental entre el juicio declarativo ordinario y el procedimiento del artículo 41 en relación con el caso planteado.

En el juicio declarativo ordinario la sentencia estimatoria declara la adquisición del derecho de propiedad por y desde la compra, y sólo figuradamente puede decirse que la sentencia tiene efecto retroactivo (página 575), como si se cumpliera una condición legal suspensiva (analogía arts. 1.120-1.122). Al ejecutar la sentencia el comprador obtiene la posesión, pero no por mediación del vendedor, sino por mediación judicial; no recibe la posesión del vendedor, sino del poseedor tercero, aunque con intervención judicial.

En cambio, la sentencia desestimatoria declara que la compra no tuvo efecto traslativo porque el derecho vendido no pertenecía al vendedor, porque vendió propiedad ajena, y sólo figuradamente puede decirse que la sentencia tiene efecto retroactivo e implica resolución de los efectos provisionales de la compra, por cumplimiento de una condición legal resolutoria (analogía art. 1.123). Si la desestimación se fundara no en la falta de propiedad, sino en la falta de posesión del vendedor, práctica-

mente siempre podría reivindicar el vendedor, aunque se habría perdido el tiempo y el dinero y nada habría ganado el principio de economía procesal, lo que resulta poco ortodoxo históricamente y también lógicamente.

En el procedimiento del artículo 41 no hay declaración del derecho de propiedad del que insta el procedimiento o del contradictor, sino ejecución de la facultad de poseer el propietario aparente según el Registro, o denegación de la ejecución, pero no por el hecho de ser poseedor el contradictor (contra art. 448), sino por aparecer probado, sumaria y provisionalmente, pero no plenaria y definitivamente, un derecho a poseer que existe a favor del contradictor.

No obstante, respecto a la actuación del procedimiento del artículo 41 por el inmatriculante, hay que distinguir varias situaciones.

Si la desposesión es posterior a la inmatriculación, la aplicación del procedimiento es lógica, porque la inscripción publica la adquisición por el inmatriculante del derecho sobre la cosa, por compra y entrega, con presunción de exactitud (art. 38).

Si la desposesión es posterior a la compra y entrega, pero anterior a la inmatriculación, la aplicación ya no parece tan lógica, pues no puede apoyarse en el derecho a poseer del titular registral actual, ya que dejó de poseer antes de inscribir, ni tampoco en el derecho de un titular registral anterior que hubiera sido desposeído después de inscribir.

Si la desposesión es anterior a la compra, o sea, en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria, la aplicación es ilógica con mayor razón, porque el comprador inmatriculante nunca ha poseído y tampoco puede apoyarse en el derecho a poseer de un titular registral anterior que tuvo y perdió la posesión antes de vender.

Esto parece claro si se entiende que la cesión es, en todo caso, una cesión impropia, pero considerada la cesión traslativa de la acción reivindicatoria, inseparable del derecho de propiedad, también ha de tenerse en cuenta la garantía que ofrece la actuación notarial y registral, que fundamenta la eficacia legitimadora de la inscripción de la escritura pública, según la ley y la realidad práctica.

CARÁCTER GENERAL DE LA CESIÓN DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La cesión traslativa del derecho de propiedad incorporal es de carácter general en cuanto a su objeto mediato; se aplica a la compra de finca inmatriculada, y también a la compra de finca no inmatriculada o de cosa mueble, cuando el vendedor no la posee porque es poseedor

en concepto de propietario un tercero contra el que se puede reivindicar (artículo 1.526, 1).

También puede realizarse la transmisión de la acción reivindicatoria por voluntad unilateral recepticia, sea herencia o donación, y, por otra parte, la acción puede ir asociada a otras acciones civiles o penales, pero su consideración excede del tema de este estudio.

1. *Finca no inmatriculada*

La cesión del derecho del propietario desposeído de finca no inmatriculada, posible sin duda alguna, puede ser importante en regiones donde existe mucha propiedad sin registrar.

Sin embargo, es de suponer que el comprador procurará forzar la inmatriculación al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria para poder utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, puesto que, como aplicación del principio de legitimación registral (artículo 38) no requiere que se trate de un tercero registral, comprador a otro titular registral anterior, según opinión autorizada y con sólido fundamento en las Sentencias de las Audiencias. Aparte de que, en la práctica, se podría intentar simular la existencia de dos transmisiones sucesivas para que el cesionario no fuera el inmatriculante, aduciendo título antiguo del cedente anterior a la desposesión, aunque no sea fácil.

Ahora bien, quizá no siempre sea posible ejercitar dicho procedimiento, como ya se ha dicho al tratar de la obtención judicial de la posesión.

2. *Cosa mueble*

También hay que considerar la cesión de la acción reivindicatoria que corresponda al propietario de una cosa mueble, poseída por un comprador de buena fe, ignorante de que compró a un no propietario (artículo 464), o poseída por el que la encontró o la sustrajo, posibilidad digna de tenerse en cuenta cuando la cosa mueble es identificable y muy valiosa, como puede serlo desde una joya hasta un sello postal.

Precisamente los textos romanos que tratan de la cesión de la acción reivindicatoria se refieren a cosa mueble, *mancipi* (un esclavo) o *nec mancipi* (un vestido), y a la pérdida de la posesión por extravío de la cosa (el esclavo huye y no se encuentra, D. 6, 1, 21) o por sustracción (el esclavo es robado, D. 6, 1, 69 y 70), incluso en manos de un depositario, comodatario o arrendatario de servicios (caso del sastre o lavan-

dero que «pierde» la ropa o vestido encomendado, D. 19, 2, 25; 8 y D. 42, 1, 12), es decir, por las mismas causas a que se refiere el Código Civil español (art. 464, 2 y 3).

Pero no aluden al tercero poseedor por compra de buena fe, porque en el Derecho romano, en todo caso, el tercero ha de devolver, o comprar por *litis aestimatio* en el proceso formulario del período clásico.

En el Derecho español también ha de devolver, si la compra es civil, al menos tratándose de cosa extraviada o sustraída y sin perjuicio del derecho al reintegro del precio de la compra en estos dos casos (art. 464).

DOBLE CESIÓN

Finca

En el supuesto de doble cesión de la acción reivindicatoria (o sea, de doble venta del derecho controvertido del propietario desposeído), si se refiere a una finca hay que distinguir según esté registrada sólo la segunda compra o no lo estén ninguna de las dos.

1. Si el vendedor desposeído es titular registral y el segundo comprador inscribe será aplicable la norma de colisión (art. 1.473, 2, en relación con los arts. 606 y el 32 LH, conforme a la remisión del artículo 1.526, 2, y a la disposición general del art. 1.537), por la que prevalece el segundo comprador una vez que ha inscrito su escritura de compra, porque desconoce la existencia de la primera compra o cesión no registrada, pese a que en virtud de ésta quedó transmitido el derecho al primer cesionario, que lo pierde, a la vez que lo adquiere el segundo cesionario, como castigo o sanción a la negligencia y protección a la seguridad del tráfico jurídico, supuesta la buena fe, la creencia en la apariencia fundada en la presunción legal de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38).

Si no se ha inscrito la escritura del primer cesionario (porque no ha sido precavido y ha declarado la desposesión del vendedor y el Registrador ha denegado la inscripción), puede ocurrir que, antes de reaccionar adecuadamente el comprador, el vendedor otorgue una segunda escritura de compra en la que se silencie la desposesión y se aparente realizada la entrega, por lo que se inscribe sin dificultad alguna; en tal caso prevalece el segundo comprador y queda perjudicado el primero, por consecuencia de la calificación registral fundada en una interpretación común. Para evitar este supuesto, P. GÓMEZ DE LA SERNA preconizaba la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, de la compra del derecho

controvertido del propietario desposeído, declarada expresamente en la escritura (p. 574), pero al parecer no se le comprendió o se temió que podían ocurrir consecuencias peores si se permitía registrar transmisiones de derechos inscritos paladinamente declarados «dudosos» o controvertidos.

Hay que pensar que, en atención a esta posibilidad de inscribir la venta del derecho del propietario inscrito desposeído se dio por supuesta la posible aplicación de la norma referente al caso del vendedor propietario inscrito poseedor (art. 1.473, 2), ya que en ambos supuestos se trata de un comprador adquirente de la propiedad, bien por compra y entrega, si el vendedor es poseedor, bien por compra solamente, si el vendedor no es poseedor.

Desde luego, la solución es aplicable al caso de la escritura de compra registrada en la que se silencia la desposesión del vendedor o que se otorga desconociendo la desposesión.

2. Si el segundo comprador no inscribe, es decir, si contienden dos compradores con escritura no inscrita, prevalece el segundo comprador con escritura de fecha más antigua (art. 1.473, 3, al final: y «faltando ésta —la posesión del vendedor— a quien presente título de fecha más antigua...»), concordante con el art. 1.526, que se refiere a la fecha del documento); suponiendo que compró confiando en la fe pública notarial, en el sentido de que la propia escritura de compra prueba que el vendedor manifiesta ante el Notario ser el propietario y su declaración es aparentemente fiable, pues se hace so pena de falsedad en documento público o de *estelionato* si se vende dos veces un mismo derecho; de tal modo que pese a ser propietario el primer cesionario pierde la propiedad y la adquiere el segundo cesionario, como castigo o sanción al primer comprador que fue negligente al no formalizar la cesión en escritura pública, debidamente (art. 1.280, 1, 6.º), si quería evitar este perjuicio, para garantizar al que cumplió el «deber» de escriturar la cesión y compró confiando en la apariencia resultante de una escritura notarial. Sin perjuicio de que el primer cesionario logre probar que la primera cesión existe, y, además, que el segundo cesionario la conoce y compra de mala fe, pese a que la primera cesión sólo sea verbal o formalizada en documento privado (aunque se escribure con fecha posterior a la perfección de la segunda cesión), pues en tal caso la conducta ilícita del segundo cesionario excluye el amparo a la confianza y queda firme la adquisición por el primer cesionario frente al segundo.

Pero si el vendedor recupera la posesión y la entrega al segundo comprador, de buena fe, éste prevalece porque adquiere por compra y entrega del aparente propietario poseedor, si se aplica, por analogía, la norma

referente al propietario poseedor que entrega al segundo comprador (artículo 1.473, 3, 1).

Hay que destacar que el párrafo tercero del artículo 1.473 es una innovación del Código Civil en relación con los artículos del Proyecto de 1851 refundidos en los dos primeros párrafos, y precisamente se refiere al propietario no poseedor, al menos en su segunda parte (p. 812, n. 172, y p. 832).

Cosa mueble

Si el cedente de la acción reivindicatoria de cosa mueble vuelve a ceder por segunda vez, puede parecer que ha de prevalecer el primer comprador que adquirió el derecho desde la perfección de la primera cesión, sin necesidad de tradición (imposible), ni de notificación al poseedor, porque no hay precepto específico que regule este supuesto de doble venta. Sin embargo, también cabe entender que es aplicable, por analogía, a la segunda cesión de derecho mueble que se formaliza en escritura pública la norma referente al derecho inmueble (art. 1.473, 3, al final), según la cual prevalece, en tal caso, el segundo comprador de buena fe, confiado en la fe pública notarial.

Asimismo, puede entenderse que si el vendedor recupera la posesión y la entrega al segundo cesionario, éste prevalece porque deviene propietario por compra y entrega realizada por el aparente propietario poseedor, a menos que se pruebe su mala fe, es decir, que conocía la primera cesión (art. 1.473, 1).

En resumen, el artículo 1.473 refunde todos los supuestos de doble venta y se refiere a la segunda compra:

Inscrita, de finca o de acción, supuesto en el que prevalece la *inscripción* (art. 1.473, 2).

No inscrita. De finca (art. 1.473, 3, 1), que se equipara a la de cosa mueble (art. 1.473, 1), supuesto en el que prevalece la *posesión*; solución aplicable al propietario desposeído, de finca o de cosa mueble, que ha recuperado la posesión y la entrega al segundo comprador de la acción. De acción inmueble, aplicable por analogía a la de acción mueble, cuando se documenta en escritura pública la segunda compra, supuesto en el que prevalece la *escritura*, su fecha (art. 1.473, 3, 2).

CONCLUSIÓN

El contrato de venta o cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído transmite su derecho de propiedad, incorporeal (porque un tercero tiene la posesión) y controvertido (porque el tercero poseedor se atribuye el derecho), al comprador, según el Código Civil y la jurisprudencia (art. 1.526 y S. 21 diciembre 1905, que interpreta el art. 1.462, 2), incluso cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, si bien al conocerla más tarde puede desistir del contrato (artículo 1.460, 2, y S. 20 enero 1912).

La Ley Hipotecaria, considerada la inscripción de la escritura que documenta una compra en la que no se manifiesta la desposesión del vendedor, da por supuesto este efecto traslativo del derecho de propiedad, con independencia del conocimiento o desconocimiento por el comprador de la posesión del tercero (aunque la conozca), al reconocer que el comprador puede interrumpir la posesión dentro del año siguiente a la compra o después, mientras no se haya consumado la usucapión por el poseedor (art. 36, 2).

El comprador no adquiere un derecho personal a la cosa, un *jus ad rem*, sino que adquiere el mismo derecho de propiedad que pertenecía al vendedor, por efecto del contrato, no por efecto de la inscripción o de la escritura.

Pero el comprador con título inscrito puede obtener fácilmente la posesión de la finca de su propiedad si actúa el procedimiento de efectividad posesoria registral (art. 41), en el que sobre la legitimación posesoria (art. 448) prevalece la legitimación registral (art. 38, 1), al hacer recaer sobre el tercero poseedor la carga de la prueba de su derecho a poseer en concepto de dueño (art. 41, 6, 2.ª causa de contradicción).

Valencia, mayo de 1987.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad

..

.

.

.

..

.

.

.

.

..

.

.

La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el artículo 1.320 del Código Civil

SUMARIO: *Introducción*—I. *Fundamento jurídico del artículo 1.320 del Código Civil.*—II. *Examen del párrafo primero:* 1. El objeto de protección en el artículo 1.320: A) La vivienda habitual de la familia. B) Los muebles de uso ordinario. 2. El consentimiento de ambos cónyuges: A) El carácter de los bienes protegidos. B) Naturaleza jurídica del consentimiento. C) Momento en que puede ser prestado el consentimiento. D) Sanción del acto realizado sin el consentimiento exigido legalmente. 3. Amplitud de la expresión legal «disponer de los derechos»: A) Sobre la vivienda habitual de la familia. B) Sobre los muebles de uso ordinario.—III. *Examen del segundo párrafo del artículo 1.320 del Código Civil:* 1. Requisitos exigidos para su operatividad. Efectos. 2. Incidencia de la legislación hipotecaria en esta materia. 3. Constancia registral del carácter familiar de la vivienda.

INTRODUCCION

Con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se introdujo en nuestro Código Civil el artículo 1.320, que quedó situado en el capítulo I del título III del libro IV, dedicado a las «Disposiciones generales» que afectan al «Régimen económico matrimonial», comúnmente denominado «régimen primario». Su redacción es la siguiente:

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

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

Se limita de este modo el derecho que uno de los cónyuges tiene a efectos de disponer de la vivienda habitual y los enseres de uso ordinario

de la familia, exigiéndosele la autorización del consorte no dueño para disponer de tal derecho, incluso a pesar de tener éste carácter privativo.

Este precepto es expresión de la protección que se quiere conceder a la familia, haciéndola inmune frente a las posibles arbitrariedades del titular del derecho sobre la vivienda y muebles de uso ordinario de la familia (1). También es expresión del carácter social y no individualista (2) que hoy día se da a la propiedad particular; sin embargo, no debe de olvidarse que la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil incluye, además del derecho dominical, a otros derechos que siendo ajenos al de propiedad ponen a disposición de la familia la vivienda y mobiliario familiares.

I. FUNDAMENTO JURIDICO DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL

En la Constitución española de 1978 no hay ningún precepto que regule directamente la vivienda familiar; sin embargo, sí existen varias normas reguladoras de la vivienda y de la familia por separado, de entre las cuales cabe destacar, por básico, el artículo 47, que dice:

(1) La protección de la vivienda y mobiliario familiares no es exclusiva de nuestro ordenamiento, sino que más bien se encuentra dentro de un movimiento europeo en este sentido que ha ido desarrollándose en las dos últimas décadas y que es propugnado por la Recomendación (81)15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que habla de la necesidad no ya de unificar los distintos Derechos nacionales, sino de establecer reglas comunes a todos ellos.

Dentro de las distintas legislaciones europeas cabe señalar como preceptos semejantes (no idénticos) a nuestro artículo 1.320 del Código Civil, el artículo 215 del Código Civil belga; 215, número 3, del Código Civil francés; 215 y sigs. del Código Civil luxemburgués; 88, 1, del Código Civil de los Países Bajos; 1.357 BGB; la Matrimonial Homes Act de 9 de mayo de 1983, del Reino Unido, y la Family Home Protection Act de 12 de julio de 1976 y Family Law de 1976, de Irlanda.

Resulta llamativo que en Italia no exista aún regulación al respecto, aunque la jurisprudencia se ocupe del tema.

(Para un estudio más detallado de estas legislaciones, *vid.* el interesante trabajo de CORRIENTE CÓRDOBA, J. A.: «La configuración de la vivienda familiar y de su ajuar en el Derecho europeo Líneas de construcción y directrices de política legislativa formuladas por el Consejo de Europa», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 321 y ss.)

(2) El dominio considerado en su concepción romanista tradicional como un conjunto de facultades ilimitadas pertenece ya a la historia. Actualmente impera una concepción dominical limitada, corroborada y fomentada por diversas disposiciones legales, entre las cuales cabe incluir el artículo 1.320 del Código Civil, en cuanto que limita el derecho de propiedad en lo que se refiere a su facultad de libre disposición, al no permitir que, a pesar de su carácter privativo, el cónyuge propietario pueda disponer de determinados bienes sin la autorización del consorte no dueño.

«Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho» (3).

En este precepto no se está regulando la vivienda familiar; lo que se está haciendo es reconocer el derecho que todo español tiene a una vivienda digna y adecuada y a la vez ordenar la protección de tal derecho, tanto a través de los programas nacionales, cuya finalidad es fomentar y favorecer la construcción, venta y alquiler de viviendas, como de la legislación encaminada a hacer efectivo el derecho a la vivienda.

Resulta, entonces, que si un español que vive solo queda indudablemente incluido dentro del ámbito del artículo 47 de la Constitución española, debe de quedar incluido también el que vive con su familia, puesto que no por ello deja de ser español. Si además tenemos en cuenta la realidad social española, observamos que son muy pocas las personas que viven completamente solas, por lo que es posible entender que el legislador al hablar de la vivienda de los españoles lo hizo no por desatención a la mayoría, sino por atención a aquella minoría que quedaría excluida del artículo 47 de la Constitución española en el caso de añadir a la vivienda el adjetivo «familiar» (4).

Desde este punto de vista el artículo 1.320 del Código Civil se integraría dentro del conjunto de normas positivas dirigidas a hacer efectivo el derecho a la vivienda (5).

Un fundamento más próximo puede encontrarse en la intención del legislador de evitar que la arbitrariedad o la mala fe de uno de los cón-

(3) Protección semejante aparecía ya en la Declaración XII del Fuero del Trabajo y en el artículo 51 del Fuero de los Españoles.

(4) En este sentido puntualiza GARCÍA CANTERO que resulta indudable que en el sujeto «todos» ha de incluirse a la familia, afirmando que habida cuenta que las viviendas normalmente albergan familias completas o incompletas, hay que entender que el primer sujeto del derecho formulado en el artículo 47 de la Constitución española no es tanto el individuo aislado como el núcleo familiar.

Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre el régimen matrimonial primario». en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, pág. 307; «Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 62 y 63. Igualmente, este autor, en CASTAÑAN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1, Reus, Madrid 1983, pág. 333.

(5) Ese conjunto de normas positivas dirigidas a hacer efectivo el derecho a la vivienda se integraría no sólo por el artículo 1.320 del Código Civil, que contempla las situaciones familiares de normalidad, sino también por una serie de normas específicas (arts. 90, 6, y 96 CC) que se encargan de establecer una protección distinta, mediante la regulación de la situación de dichos bienes a través del convenio regulador y de la eventual intervención judicial. Igualmente, cabe citar otros preceptos, como el artículo 103 y el 1.406, 4.º, del Código Civil, entre otros.

yuges pueda conducir a que el otro se vea privado de la vivienda en que el matrimonio se venía alojando o de sus bienes (6).

Es cierto que en los casos de buena armonía familiar tal protección resulta casi superflua, pues es normal que el cónyuge disponente tenga presente el bienestar de su familia. Pero dicha protección es necesaria en aquellas otras situaciones en las que el cónyuge por negligencia o mala organización actúa arbitrariamente, dejando sin hogar a su familia, aunque no lo haga con tal propósito.

Más significativa y necesaria es su función cuando la situación de normalidad matrimonial es sólo aparente, es decir, en aquellas hipótesis en que la crisis matrimonial existe, pero no es abierta, por no haber acudido los cónyuges ante los tribunales y no poder entonces entrar en juego los artículos 90, b); 96 y 103 del Código Civil. En estos casos, tanto si los cónyuges conviven aún en la misma vivienda como si ya se encuentran separados de hecho, es fácil que la mala fe de uno de ellos le lleve a intentar privar al otro de la vivienda habitual o a dejarle en una casa sin amueblar.

Para evitar los riesgos descritos y garantizar a los miembros de una familia el disfrute del hogar familiar, en el artículo 1.320 del Código Civil se ha impuesto la exigencia de que la vivienda y mobiliario familiares se conserven bajo el control de ambos cónyuges (7).

El fundamento de la norma que nos ocupa ha querido verse también en la idea de afección de todos los bienes del matrimonio al sostenimiento de las cargas del mismo, entre las que se encuentra servir al asentamiento familiar, y ciertos muebles, al uso ordinario de la familia (8).

(6) Se pronuncian en este sentido MARTÍNEZ CALCERRADA y LACRUZ BERDEJO, quien es seguido en su exposición por GARCÍA CANTERO. Vid. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: «Derecho de familia. Disfrute de la vivienda familiar y del mobiliario ordinario por uno de los cónyuges», en *La Ley* (1982)1, pág. 349; cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Bosch, Barcelona 1982, pág. 299; GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN: *Derecho civil español...*, op. cit., pág. 334.

(7) Se fundamenta de este modo la existencia del artículo 1.320 del Código Civil en las necesidades de la familia. Va más allá el profesor Díez-PICAZO al relacionar las necesidades de la familia con las necesidades vitales del ser humano, entendiendo que otorgan un rango especial a la vivienda habitual y muebles de uso ordinario. Vid. Díez-PICAZO, L., en AMORÓS GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, t. II, Tecnos, 1984, págs. 1505-1506, y en Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Tecnos, 1985, pág. 184.

(8) Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», en *RDN* (1981), pág. 54.

De todo lo anterior algo resulta evidente, y es que la *ratio* y finalidad última del artículo 1.320 del Código Civil es la protección del interés de la familia (9).

II. EXAMEN DEL PARRAFO PRIMERO

1. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

A) *La vivienda habitual de la familia*

Doctrinalmente se ha discutido sobre el concepto de vivienda familiar, pues, a pesar de su aparente sencillez, las matizaciones que en torno a la misma pueden darse hacen que la calificación de lo que constituya la vivienda habitual de la familia entrañe graves dificultades. A ello viene a contribuir la pluralidad de términos utilizados en la ley para designar dicha vivienda y la total ausencia de definición legal de la misma (10). Por estas razones creo conveniente examinar los términos «vivienda», «habitual» y «familiar» por separado, intentando así hacer una aproximación del concepto que ofrezca ciertas garantías de exactitud.

a) *Vivienda.*

En un sentido vulgar, vivienda es el lugar donde se desenvuelve la vida cotidiana de los individuos. Ahora bien, nadie ignora que, dependiendo de sus circunstancias económicas, unas personas viven en lujosas mansiones, mientras que otras lo hacen en chozas, edificios en ruinas, garajes, etc. Cabe que nos preguntemos, entonces, si todos los habitáculos mencionados pueden ser considerados vivienda a efectos del artículo 1.320 del Código Civil.

Para responder podemos acudir al concepto constitucional de vivien-

(9) No desconocemos que la expresión «interés de la familia» figura en varios preceptos, entre ellos los artículos 79, 82, 4.º; 90, e); 103, 1 y 2, etc., y que no aparece definido en ellos, lo que hace problemática su configuración, hasta tal punto que es calificado por DORAL de «concepto jurídico indeterminado».

Sobre su concepto, *vid.* DORAL GARCÍA, J. A.: «El interés de la familia», en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, pág. 5.

(10) Con la reforma de 24 de abril de 1958 se introdujo en nuestro Código Civil el término «vivienda común», que fue sustituido, a raíz de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, por las expresiones «vivienda habitual» (arts. 1.320 y 1.321) y «vivienda familiar» (arts. 90, 91 y 96), respectivamente.

Ni antes ni ahora se definieron legalmente dichos términos, a pesar de que se mencionan en otros lugares del Código (arts. 103 y 1.406, 4, CC) y leyes especiales. En consecuencia, la construcción de su concepto es doctrinal,

da, pues la vivienda a la que tiene derecho todo español, tal como proclama el artículo 47 de la Constitución española, ha de reunir dos caracteres: uno, ser digna, y el otro, ser adecuada; es decir, que debe de ser susceptible de albergar con decoro a un ser humano (11), lo que se consigue cuando reúne las condiciones suficientes para que en ella se pueda desarrollar la vida humana en sus diversas facetas de una manera honrosa.

Desde este punto de vista cabría excluir los solares, cabañas, chozas, carromatos, tiendas de campaña, garajes, construcciones en ruinas, establos, almacenes..., por no ser ni dignos ni adecuados para albergar a seres humanos (12). En cambio, habría que incluir aquellas otras moradas, menos frecuentes, pero no inexistentes, que, sin constituir una vivienda convencional, sean dignas y adecuadas, como son las viviendas motorizadas: *roulottes*, yates..., pues no olvidemos que por diversas circunstancias, entre ellas profesionales, hay personas que necesitan o desean una vivienda con esas especiales características; además, en más de una ocasión, el valor de dichas viviendas es expresivo de la necesidad de protección que debe de otorgarse a las familias que en ellas viven, ante la posibilidad de que la arbitrariedad o mala fe de uno de los cónyuges pueda conducir al otro a verse sin hogar (13).

(11) Estos dos caracteres de la vivienda son señalados por ORTEGA y DÍAZ-AMBRONA, quien estima que la dignidad de la vivienda está unida a otros derechos también protegidos constitucionalmente, como son el derecho a la intimidad familiar (art. 18, 1, CE), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18, 2. CE) y a elegir libremente residencia (art. 19, 1, CE). Propone, además, la interpretación de la adecuación de la vivienda a la luz del artículo 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (*BOE* 26 junio y 11 agosto 1980).

(12) Cabe destacar que estos lugares son excluidos del concepto de vivienda y de la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil por la mayoría de la doctrina.

GARCÍA CANTERO los excluye por no reunir el requisito de habitabilidad, requisito del que habla la LAU. *Vid.* GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 72-73.

También son excluidos por ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, Bosch, Barcelona 1982, págs. 155, y por LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299.

(13) Quizá uno de los autores que con mayor amplitud entiende el concepto de vivienda familiar sea SERRANO ALONSO, quien incluye dentro del mismo a toda superficie delimitada por techos y paredes susceptibles de constituirse en cobijo o alojamiento del grupo humano. Otros autores, en cambio, exigen que ese alojamiento se lleve a cabo en un bien inmueble; así, GARCÍA CANTERO define la vivienda como inmueble urbano habitable y excluye expresamente las viviendas motorizadas por las siguientes razones: 1) la difícil identificación de tales objetos; 2) la vulnerabilidad y fácil destrucción de las mismas; 3) la casi imposibilidad de inscribir en un Registro el carácter de alojamiento familiar. (*Vid.* SERRANO ALONSO, E.: «La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el derecho sucesorio», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 90; GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 72 a 74.)

Estimo, no obstante, que tales inconvenientes, aunque la dificulten, no deben impedir la aplicación del artículo 1.320 del Código Civil.

El concepto de vivienda tiene relación con el de domicilio, puesto que el domicilio de las personas naturales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, es el lugar de su residencia habitual, y en este lugar tienen las personas su vivienda. Por lo tanto, lo normal es que ambos coincidan, aunque ello no quiere decir que domicilio y vivienda sean conceptos idénticos (14).

b) *Habitual.*

El artículo 1.320 del Código Civil exige que la vivienda sea habitual, o sea que en ella se realicen normalmente los actos cotidianos de la vida familiar, proporcionando cobijo y lugar para descansar.

Tal exigencia sirve para delimitar el concepto de vivienda que se desea proteger en el artículo 1.320, pues permite excluir de su aplicabilidad a aquellos inmuebles que, siendo dignos y adecuados, no albergan habitualmente a la familia: viviendas de recreo, locales de negocio, pisos acabados, pero no habitados, etc.

Plantea dudas el supuesto de que en un mismo inmueble exista una vivienda y un local de negocio o unas dependencias en las que uno de los cónyuges ejerza actividades profesionales, como es el caso de un despacho de abogado o de la consulta de un médico.

La existencia de esas actividades extradomésticas no desnaturaliza necesariamente el concepto de vivienda habitual, por lo que la cuestión primordial no es la posible inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil, sino el determinar si el cónyuge propietario que ejerce en la vivienda profesión o comercio puede segregar la parte destinada a tales actividades. La respuesta es afirmativa si se aplica un criterio de accesoriedad y se limita la posibilidad de disposición a la parte del inmueble que sea segregable y no esté dedicada a los usos familiares (15).

Todo lo anterior no impide la existencia de dos o más viviendas habituales simultáneas. Ahora bien, en ellas la nota característica de la habitualidad es imprescindible, excluyéndose así las viviendas de tempo-

(14) No entraremos aquí a estudiar las diferencias entre el domicilio y la vivienda familiar; es suficiente señalar las diferencias que apunta GARCÍA CANTERO entre ambas, cuando hace destacar que el domicilio hace referencia al cumplimiento de funciones *ad extra*, es decir, que se refiere a las relaciones de un individuo con terceros, mientras que la vivienda familiar tiene relevancia en el cumplimiento de funciones familiares *ad intra*. Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, págs. 71 y 72.

(15) Plantea expresamente la cuestión LACRUZ BERDEJO, aunque no da respuesta a la misma (LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299). Responde afirmativamente GARCÍA CANTERO utilizando el criterio de accesoriedad mencionado (GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, pág. 73, nota 8, y este mismo autor, en CASTÁN, J.: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pág. 335.

rada o recreo, aunque se utilicen en épocas o días determinados con regularidad.

La posibilidad de varias viviendas habitables es clara cuando éstas son contiguas (16), pues entonces es fácil observar que la vida de la familia en su conjunto se desenvuelve en todas ellas a la vez. Pero incluso es posible la existencia de dos o más viviendas habituales cuando éstas están tan separadas en el espacio que se encuentran en poblaciones diferentes, y ello porque el término familia se puede referir no sólo al uso de la vivienda por la familia en su conjunto, sino también por cualquiera de sus miembros en particular, siempre que su titularidad corresponda al menos a uno de los cónyuges y esté indistintamente al servicio de la familia. El hecho de que las circunstancias particulares de la familia hagan que ese inmueble no esté permanentemente ocupado por toda ella no le priva de su carácter, pues, dado que la ley no lo prohíbe, nada impide que haya dos o más viviendas habituales. Hipótesis frecuente es la de la familia que tiene un piso en un pueblo, de indiscutible calificación como «habitual de la familia», y otro en la ciudad, adonde, por razones de estudios, trabajos o negocios, acuden indistintamente y con gran frecuencia todos los miembros de la familia; no sería lógico defender otra postura diferente a la aquí sostenida (17).

c) *De la familia.*

Desde su aparente sencillez, muchas y trascendentes son las cuestiones que el término familia suscita, entre ellas, en primer lugar, determinar qué ha de entenderse por tal.

Queda fuera de dudas que el matrimonio es célula básica de la familia, pero tampoco hay lugar a dudas que en el artículo 39, números 2 y 3, de la Constitución española se contempla el hecho de la filiación extramatrimonial, ya sea materna o paterna, como generador respecto a éstos de obligaciones típicamente familiares. Cabe concluir, por lo tanto, que la familia se forma en torno al matrimonio y a la filiación, aunque no se den simultáneamente.

Quiere ello decir que constitucionalmente existe una familia en las siguientes hipótesis:

(16) Nos estamos refiriendo aquí a viviendas separadas en las que la familia desenvuelve cotidianamente su vida, pues si están directamente comunicadas entre sí por el interior habrá que considerar la existencia de una única vivienda habitual, aunque morfológicamente se componga de dos o más estructuras cuyo fin inicial era dar lugar a dos o más viviendas separadas.

(17) Pronunciándose en este sentido, *vid.* ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 154, nota 4; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 300; GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto...», *loc. cit.*, pág. 74, y en CASTÁN, J.: *Derecho civil español...*, *op. cit.*, pág. 335,

- 1.º Matrimonio con hijos.
- 2.º Matrimonio sin hijos.
- 3.º Madre, cualquiera que sea su estado civil, con hijos.
- 4.º Padre con hijos, con independencia igualmente de su estado civil matrimonial.
- 5.º Uniones de hecho con hijos.

Se excluyen, por lo tanto, las uniones de hecho sin hijos, puesto que los conviventes no están unidos entre sí por ninguno de los lazos que en la Constitución se protegen como conformadores de una familia: matrimonio y filiación (18).

La vivienda donde vive la familia, entonces, deberá de ser calificada como familiar. Pero hay que destacar que a efectos del artículo 1.320 del Código Civil el concepto de familia se restringe aún más, para centrarse en torno al concepto del matrimonio, independientemente de la existencia o no de hijos, y ello por una razón obvia, como es la de que el artículo 1.320 del Código Civil es una disposición general del régimen económico matrimonial, aplicable, por lo tanto, exclusivamente cuando existe un matrimonio, aunque desde otros puntos de vista ajenos a este artículo el concepto de vivienda familiar sea más amplio que el matrimonial.

De este modo, la protección del precepto que nos ocupa únicamente alcanza a los unidos en matrimonio, incluso aunque no tengan descendencia (19), quedando excluidas aquellas parejas que sin estar casadas cohabitan habitualmente como si lo estuvieran, no sólo cuando no tuvieran hijos, sino también cuando de ellas hubieran nacido hijos y éstos hubieran sido legalmente reconocidos por los conviventes (20).

(18) El concepto de familia nuclear contemplado en la Constitución en torno a dos órdenes de relaciones: las conyugales y las de filiación, es estudiado minuciosamente por ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA. (Vid. ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A.: *loc. cit.*, págs. 39 a 42.)

(19) Igualmente, en el resto de las legislaciones europeas la protección de la vivienda familiar se construye exclusivamente en torno al matrimonio. Se propugna así también en la Recomendación (81)15 del Consejo de Europa.

(20) Al respecto dice GARCÍA CANTERO: «... Por muy estable que resulte *de facto* la pareja no casada, no media entre ella la obligación de vida común, ni ninguno de los deberes recíprocos del artículo 68. Y sobre bases tan frágiles —pues la convivencia puede cesar en cualquier momento— no parece posible construir una institución basada en la permanencia y estabilidad.» (Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración del concepto .», *loc. cit.*, pág. 76.)

Este autor es criticado por ARECHEDERRA ARANZADI al decir: «Señala GARCÍA CANTERO que entre los casados no hay deberes exigibles; p.e., el de convivencia. Me permito recordarle, sin embargo, que cuando median hijos los progenitores resultan ligados por la filiación de forma más duradera que por el matrimonio. Resulta difícil negar a la vivienda en la que se produce la procreación, que se ejercita una función de mayor estabilidad que el matrimonio, respecto de la cual

La disolución del matrimonio no lleva consigo la extinción del concepto de familia, pero sí entraña la inaplicabilidad del artículo 1.320 del Código Civil. En efecto, si la disolución es por muerte el derecho sobre la vivienda se transmite según las normas sucesorias del Código Civil o de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y si la disolución se produce por nulidad o divorcio, al igual que en el caso de separación, ya desde la interposición de la demanda, rigen los artículos 90, b); 96 y 103 del Código Civil (21).

La aplicación del artículo 1.320 del Código Civil plantea dudas en los casos de separación de hecho, pues cabe preguntarse, entonces, si la vivienda sigue siendo familiar. La respuesta ha de ser afirmativa tanto si el matrimonio separado de hecho tiene hijos como si no es así.

En el caso de que haya hijos sigue siendo vivienda familiar aquella que albergó a la familia unida, sobre todo si continúa ocupándola el grupo familiar más numeroso y significativo (22). No habiendo hijos; incluso cuando el que permanece en la vivienda no es el titular de la misma, cabe estimar que ésta es hogar familiar, pues si así parece deducirse del artículo 96 del Código Civil para el caso de separación de derecho, nulidad o divorcio (23), estimo que así debe de ser considerada en los casos de mera separación de hecho, hipótesis de menor entidad.

Sin embargo, para ser justos, debe de distinguirse si el que abandonó el hogar es o no el propietario, y si el abandono fue voluntario o forzoso.

Si el que abandonó el hogar es el propietario privativo, al subsistir

el Código Civil señala unos fines, que no encontramos en el matrimonio, que poseen el carácter de familia.» Finaliza este autor afirmando: «en cualquier caso, no se trata ni de un dislate ni de un imposible», entiendo que refiriéndose a la consideración de vivienda familiar protegida o la ocupada por una pareja no casada. (Cf. ARECHEDERRA ARANZADI, L.: «Las parejas no casadas y la construcción de la noción de vivienda familiar en estos supuestos», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 362-363 y 365.)

Considero conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1.320 del Código Civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considero fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial.

No desconozco, sin embargo, las dificultades que obstaculizan dicha protección, comenzando por la apreciación de cuándo una pareja se puede considerar unida de hecho establemente.

(21) Para los casos de crisis manifiesta, *vid.* O'CALLAGHAN, X.: «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, 1986, págs. 1329 y ss.; «La vivienda familiar durante el tratamiento de las crisis matrimoniales», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, págs. 209 y ss.; LÓPEZ ALARCÓN, M.: «Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares», en *La Ley* (1982)2, págs. 909 y ss.

(22) Cf. LÓPEZ ALARCÓN, M.: *loc. cit.*, pág. 918.

(23) Así lo defiende AVILA ALVAREZ, P.: «El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil», en *RCDI* (1981)2, pág. 1381.

el *status* de vivienda familiar es lógico que se aplique el artículo 1.320 del Código Civil, ya que si no al cónyuge propietario privativo que abandona el domicilio conyugal, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Civil, se le primaría sobre el que cumple el deber de convivencia, sujeto éste al artículo 1.320 y el otro no (24).

Si el que abandonó la vivienda lo hizo por ser insostenible la convivencia conyugal y es el «maltratado» o actuante de buena fe, y el que queda en el domicilio conyugal es el propietario privativo, éste, para disponer, necesitará autorización judicial (25).

Llegados a este punto podemos concluir que la vivienda habitual de la familia del artículo 1.320 del Código Civil es aquel bien, en la mayoría de los casos inmueble, donde se desarrolla con regularidad la vida de familia basada en un matrimonio, en tanto sea ocupada por cualquier familiar en sentido estricto, y en tanto no se haya solicitado o producido la separación legal, nulidad o divorcio del matrimonio, o su disolución por muerte.

Una última cuestión nos queda por examinar, y es si el artículo 1.320 del Código Civil es aplicable por vía supletoria a los territorios de Derecho foral.

Soy de la opinión de que el artículo 13, 1, del Código Civil cierra tal posibilidad al establecer que las normas del Título IV del Libro I (artículos 42 a 109) no tendrán aplicación general y directa en toda España (26). Claro que, siendo de justicia que la protección de la vivienda familiar se extienda a todo el territorio nacional, las regiones de Derecho foral deberán de incluir en sus Derechos particulares una protección

(24) Cf. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: «La relevancia registral de la vivienda familiar y de los derechos sobre la misma», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 129.

(25) *Ibidem*.

Dado que no siempre es fácil demostrar la buena fe del abandonante, creo que la solución en los casos de separación de hecho ha de ser unitaria, no exigiendo el consentimiento del abandonante no titular en ningún caso, y sustituyendo éste por la autorización judicial, lo que entra plenamente dentro de la letra del artículo 1.320 del Código Civil.

(26) Son de esta opinión SANCHEZ REBULLIDA y RUBIO TORRANO. (*Vid.* «El hogar familiar ante los Derechos forales y el Derecho agrario», en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*. DIF, EUNSA, Pamplona 1986, pág. 314.)

Otra parece ser la opinión de ALVAREZ-SALA WALTHER, que propugna la aplicación supletoria de los artículos 1.319, 2, y 1.320 del Código Civil en los territorios aforados, por un lado, por entender que hay normas cuya raíz constitucional favorecen la conveniencia de su supletoriedad en los territorios forales, en tanto las Compilaciones no se adecúan al nuevo régimen constitucional; y por otro lado, en la consideración de que si son normas compatibles con el régimen de separación de bienes del Código Civil, cuando éste sea elegido por los cónyuges, también será compatible con un régimen supletorio de comunidad que pueda regir en las regiones forales. Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 53 y 54.

semejante a la del artículo 1.320 del Código Civil; ahora bien: tan importante como su inclusión será su adaptación a las peculiaridades características de cada región, pues no olvidemos que la casa familiar foral presupone una familia de carácter básicamente troncal, en la que conviven ascendientes y descendientes de varias generaciones y, muchas veces, algún colateral (27).

B) *Los muebles de uso ordinario*

En la normativa del primer párrafo del artículo 1.320 del Código Civil se incluyen, además de la vivienda familiar, los bienes muebles de uso ordinario de la familia.

De la propia expresión legal se deduce que los requisitos exigidos al mobiliario para que sea incluido en la norma que estudiamos son los siguientes:

- 1.º Que se trate de bienes muebles.
- 2.º Que sean de uso de la familia.
- 3.º Que sean usados por ésta ordinariamente (28).

Pese a su aparente sencillez, todos estos requisitos pueden plantear problemas de interpretación a la hora de determinar su alcance. Las primeras dificultades surgen cuando se pretende establecer un catálogo general de bienes que para su disposición exigen el consentimiento del cónyuge no propietario.

La solución viene de la mano del propio Código Civil, al señalar en el artículo 346, 2.º, que cuando el legislador usa tan sólo la palabra «muebles» por tales hay que entender los bienes que tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones, salvo que del contexto de la ley resulte claramente otra cosa, lo cual no sucede en el artículo 1.320. Desde este punto de vista hay que entender que los bienes para cuya disposición se necesita el consentimiento del cónyuge no propietario o la autorización judicial son los muebles de amueblamiento, o lo que es lo mismo, el mobiliario familiar en sentido propio. En consecuencia,

(27) La protección de la vivienda familiar se está extendiendo a todo el ordenamiento jurídico; así vemos que el artículo 13, 2, del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes (Ley de 24-XII-81), en su párrafo 1.º, coincide con el artículo 1.320 del Código Civil.

(28) LACRUZ BERDEJO, sin desconocer los requisitos legales, exige que los muebles reúnan dos notas características: 1) que sean usuales; y 2) que sean usables. Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 299.

habrá que considerar excluidos a los automóviles, aunque ordinariamente sean utilizados por la familia (29).

Esta opinión viene corroborada por el artículo 96 del Código Civil, que después de hablar de la vivienda familiar se refiere expresamente a los «objetos de uso ordinario en ella», lo que no deja lugar a dudas de que se están excluyendo de su ámbito de aplicación a los vehículos a motor.

Es cierto que el artículo 96 contempla un supuesto de hecho diferente al del artículo 1.320 del Código Civil, ya que el primero tiene aplicación en los casos de nulidad, separación y divorcio, mientras que el segundo la tiene en casos de normalidad matrimonial. Sin embargo, entiendo que tanto en estos preceptos como en el artículo 1.321, que es de aplicación para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, subsiste básicamente el concepto de «ajuar familiar» como conjunto de bienes destinados a amueblar la vivienda de la familia, quedando excluidos, además de los automóviles, las alhajas, los objetos artísticos o históricos y los de extraordinario valor (30).

Los bienes muebles, además, deben de ser de uso familiar, ello no significa que tengan que ser utilizados por toda la familia en su conjunto, pero sí que puedan serlo indistintamente por cualquiera de sus miembros. Así será mueble de uso familiar aquella butaca que siendo habitualmente utilizada por el cabeza de familia, sin embargo, está destinada a su uso por cualquier familiar. En cambio, quedarían excluidos los muebles que integran, por ejemplo, el despacho de abogado de uno de los cónyuges, aunque eventualmente sus instalaciones puedan ser utilizadas por otros componentes del grupo familiar.

(29) GARCÍA CANTERO plantea la duda de si en el artículo 1.320 del Código Civil se incluirán los vehículos automóviles al servicio de la familia, las bicicletas que usan los hijos pequeños en el jardín o el carrito del minusválido. (Cf. GARCÍA CANTERO, G.: «Configuración ..», *loc. cit.*, pág. 75.)

(30) Destaca la opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, quien entiende que el artículo 1.320 del Código Civil seguramente se refiere a los objetos de extraordinario valor, puesto que, en su opinión, no podemos pensar que pueda plantearse la problemática familiar de pretender vender sábanas, roperos o vajilla que estén al uso, pues aunque ello no es imposible sería un caso muy extraño, porque será más oneroso atender a los gastos del pleito para lograr una autorización judicial en caso de disenso que lo que se pretenda obtener con la venta de tales objetos. (Cf. VÁZQUEZ IRUZUBIETA: «Régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo», *ERDP*, Madrid 1982, págs. 66 y ss.)

Ciertamente no sería normal que tal cosa ocurriera con respecto a algún bien aislado, pero no sería extraño en relación con un conjunto de cosas, por ejemplo, mobiliario de la cocina: muebles y electrodomésticos.

Desde otro punto de vista, destaca asimismo la tesis restrictiva de MARTÍNEZ CALCERRADA, quien sostiene que por muebles, a los efectos del artículo 1.320, hay que entender el llamado patrimonio inembargable del artículo 1.449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.)

Los citados muebles deben de cumplir aún un requisito más, pues deben ser de uso ordinario. Evidentemente, para valorar qué bienes pueden incluirse dentro de este concepto habrá que atender a las circunstancias particulares y sociales de cada familia en concreto. No obstante, puesto que en el artículo 1.321 del Código Civil se excluyen del ajuar familiar las alhajas y otros objetos valiosos, debe de entenderse que aunque las circunstancias sociales de una familia permitan que ésta utilice habitualmente cubertería de metal noble o adorne las paredes de su hogar con cuadros de firmas valiosas, tales objetos no quedarán incluidos dentro del artículo 1.320, dado su extraordinario valor.

Supuesto más dudoso será aquel en el que toda la vivienda familiar esté amueblada con objetos de alto valor artístico o histórico. En esta infrecuente hipótesis entiendo que dentro del artículo 1.320 del Código Civil únicamente cabría incluir, a pesar de su extraordinario valor, al lecho cotidiano y al mobiliario necesario para el ejercicio de la profesión, arte u oficio (31).

Las circunstancias sociales de la familia, pues, servirán para determinar qué bienes utiliza ordinariamente aquélla, pero no permitirán incluir dentro del concepto de ajuar familiar a bienes expresamente excluidos en uno de sus preceptos reguladores.

2. EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES

A) *El carácter de los bienes protegidos*

El artículo 1.320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos consortes o, en su caso, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, «aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges». Queda, pues, fuera de dudas que el artículo 1.320 del Código Civil es aplicable cuando los derechos a que se refiere en su texto tienen carácter privativo.

Lo que nos preguntamos ahora es si el citado precepto tiene aplicación también en el caso de que los bienes en él expresados sean de propiedad común de ambos cónyuges, bien por ser bienes gananciales, bien por pertenecerles en régimen de comunidad ordinaria.

Si consideramos que el legislador ha hecho la precisión relativa a los bienes privativos porque sólo respecto a ellos extraña la exigencia del consentimiento del cónyuge no propietario, parece claro que el artícu-

(31) Sigo aquí la tesis del patrimonio inembargable de MARTÍNEZ CALCERRADA, pero sólo en relación con los bienes de extraordinario valor.

lo 1.320 del Código Civil es aplicable también en el caso de que los bienes sean de propiedad común.

Así entendido, el citado precepto quiere indicar que para disponer de los derechos sobre la vivienda o mobiliario familiar es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, no sólo cuando éstos sean comunes sino también, «incluso», cuando sean privativos.

Tal solución parece lógica, dado el carácter imperativo de las normas referentes al régimen primario y, por consiguiente, su aplicación con carácter general, cualquiera que sea el régimen matrimonial por el que se rija la vida económica de los esposos. Ahora bien, existen inconvenientes que salvar antes de considerar correcta esta afirmación.

En efecto, porque si se desea enajenar a título oneroso la vivienda familiar de carácter ganancial, es necesario el consentimiento de ambos consortes o en su defecto autorización judicial, pues así se exige en el artículo 1.320 del Código Civil y se corrobora en el artículo 1.377, párrafo 1, del mismo cuerpo legal, pero si se desea realizar una transmisión a título gratuito surge una aparente contradicción entre los artículos 1.320 y 1.378 del Código Civil, pues el primero de ellos, al no distinguir entre actos onerosos y gratuitos, exige, igual que en el caso anterior, el consentimiento de ambos esposos o en su defecto autorización judicial, mientras que del segundo se desprende que si no concurre dicho consentimiento el acto es nulo, sin que sea posible acudir a la autorización judicial subsidiaria.

En realidad, el caso de acto de disposición a título gratuito de bienes comunes entra de lleno dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.322, párrafo 2, del Código Civil, que dispone la nulidad de tales actos si falta el consentimiento del otro cónyuge, sin prever la posibilidad de sustituir dicho consentimiento por la autorización judicial, lo que resulta plenamente acorde con el artículo 1.378 del Código Civil.

Además, no por ello cabe señalar que existe contradicción entre el artículo 1.320 y 1.322 del Código Civil, porque en el primero no se permite acudir en todo caso a la autorización judicial supletoria del consentimiento de uno de los cónyuges, sino únicamente «en su caso», es decir, «en el caso en que proceda» o «en el caso en que sea posible», no siendo posible cuando se trata de actos de disposición a título gratuito de bienes comunes, porque así lo determina expresamente el artículo 1.322, párrafo 2, del Código Civil, norma también de régimen primario.

Por todas estas razones hablaba anteriormente de aparente contradicción entre el artículo 1.320 y el 1.378, pues, como vemos, en realidad

no existe (32). En consecuencia, podemos afirmar que el artículo 1.320 del Código Civil es de aplicación tanto si la vivienda y el mobiliario familiar son gananciales como si son *pro indiviso* de la sociedad de gananciales y uno de los cónyuges, o si estando en régimen de separación de bienes o de participación ambos cónyuges son copropietarios, y tanto si se dispone a título oneroso como si se hace a título gratuito, aunque en este último supuesto el defecto del consentimiento de uno de los cónyuges no puede ser suplido por la autorización judicial, pues así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 1.320, especialmente en la expresión «o, en su caso», y 1.322 del Código Civil, normas, ambas, de régimen primario.

De este modo, hay que entender que únicamente se podrá solicitar la autorización judicial como medio supletorio de la falta de consentimiento de ambos cónyuges, cuando uno de éstos se niegue injustificadamente a emitir su consentimiento, o cuando sea incapaz para hacerlo, no siendo posible acudir a la autoridad judicial cuando lo que se pretende es donar la vivienda familiar o mobiliario de carácter ganancial, o cuando el bien pertenece a ambos cónyuges en régimen de copropiedad ordinaria y uno de ellos pretende enajenar el objeto por entero.

B) *Naturaleza jurídica del consentimiento*

Siendo el bien del que se va a disponer ganancial o *pro indiviso* de ambos cónyuges, el consentimiento exigido es el propio de un verdadero acto de codisposición, puesto que ambos son titulares del derecho del que se va a disponer. Pero cuando la titularidad del derecho es privativa de uno de los consortes la naturaleza del consentimiento de éstos resulta más compleja de determinar. En este caso la naturaleza del consentimiento no presenta dificultades en relación con el cónyuge que es titular del derecho del que se va a disponer, sino en relación con el que ha de prestar aquél que no es titular de dicho derecho.

La doctrina sostiene, con carácter general, que el consentimiento del

(32) En este sentido, ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 155. En contra, SERRANO ALONSO, E.: *loc. cit.*, págs. 94 a 97.

Señala DÍEZ-PICAZO que «las hipótesis de autorización judicial son, por consiguiente, las de imposibilidad material o jurídica de prestación del consentimiento y las de negativa injustificada a otorgarlo. La decisión judicial sobre la autorización habrá de fundarse en la ponderación de los intereses familiares.

El precepto de este artículo se aplica también cuando los derechos sobre la vivienda y sobre los muebles pertenezcan a los dos cónyuges y, en este caso, con independencia del tipo de condominio o comunidad.

La regla del artículo 1.320 como ley especial es de aplicación preferente a las de comunidad o condominio en que los bienes en cuestión se encuentren». (Cf. L. DÍEZ-PICAZO, en AMORÓS GUARDIOLA y otros: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid 1984, pág. 1506.)

cónyuge no titular, al carecer de poder de disposición por falta de titularidad del derecho, es más bien un asentimiento al acto dispositivo realizado por otro. Comparto esta opinión puesto que el acto de disposición realizado sin él, a menos que se trate de un acto gratuito, es anulable, tal como se desprende del artículo 1.322 del Código Civil, y no nulo o inexistente.

Incluso en el supuesto de disposición gratuita, en cuyo caso el acto dispositivo realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges es nulo, el consentimiento del cónyuge no titular es más bien un asentimiento cualificado, puesto que éste no se responsabiliza de las consecuencias jurídicas de dicho acto.

La transcendencia de esta calificación es notable porque el que asiente no es «parte» del acto de disposición para cuya aprobación se le requiere y, por lo tanto, no se responsabiliza de las consecuencias jurídicas de dicho acto, por ejemplo, evicción o saneamiento por vicios ocultos en el caso de compraventa, ni se le concede derecho alguno a participar en el precio (33).

C) *Momento en que puede ser prestado el consentimiento*

Cuando el consentimiento de ambos cónyuges se presta coetáneamente al acto de disposición no surge problema alguno. Tampoco surgen dificultades para admitir la posibilidad de que ese consentimiento sea prestado con posterioridad al acto dispositivo, puesto que, como veremos más adelante, el acto de disposición realizado sin el consentimiento de ambos cónyuges es anulable y, por lo tanto, susceptible de posterior confirmación.

Las dudas se suscitan ante la posibilidad de renuncia de la prestación del consentimiento previsto en el artículo 1.320 del Código Civil, o la de otorgarlo preventivamente a través de capitulaciones matrimoniales.

Desde luego, la norma contenida en el artículo 1.320 del Código Civil es una norma de aplicación general, cualquiera que sea el régimen, legal o paccionado, del matrimonio, y con independencia de a quién pertenezcan los bienes y derechos que constituyen el «hogar familiar», y es una norma de régimen primario puro en cuanto que es directamente imperativa, es decir, no actúa a través de otras normas, convencionales o legales (34). Lo que hemos de determinar es si la imperativi-

(33) Vid. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, op. cit., pág. 336; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(34) Cf. DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. XVIII, vol. I, EDERSA, Madrid 1982, pág. 128. En el mismo sentido, CERDÁ GIMENO, J.: «Las capitulaciones ma-

dad admitida con carácter general por la doctrina, es tal que impide todo pacto en contrario a la misma.

La postura más radical en este punto la sostiene LACRUZ BERDEJO, quien, basándose en el hecho de que la infracción del artículo 1.320 del Código Civil da lugar a actos válidos y confirmables, estima que la protección de este precepto puede ser renunciada, siendo posible, en su opinión, prestar el consentimiento en capítulos matrimoniales, preventivamente e incluso de forma irrevocable (35).

Esta opinión no es compartida por GARCÍA CANTERO, que no cree que uno de los cónyuges pueda dar al otro un consentimiento general para todos los actos dispositivos sobre la vivienda habitual y su mobiliario (no excluye que pueda darse particular), y mucho menos de forma irrevocable, pues ello significaría vaciar de contenido la protección del artículo 1.320 del Código Civil (36).

Por su lado, ALVAREZ-SALA WALTHER estima que la imperatividad del artículo 1.320 del Código Civil se cifra en la exigencia de que el asentamiento del hogar familiar se conserve jurídicamente bajo el control de ambos cónyuges, lo que reclama transparencia en las declaraciones de voluntad. Entiende este autor que nada obsta a que un cónyuge preste el consentimiento que exige el artículo 1.320 del Código Civil, de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre los actos de disposición de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia. Señala el citado autor que, si ambos cónyuges otorgasen el consentimiento a que se refiere el artículo 1.320 del Código Civil de una nueva manera preventiva, uno en favor del otro, tal consentimiento no podría valer como convención o pacto estatutario de los capítulos, pues entrañaría una derogación capitular del artículo 1.320 que es imperativo. Ambos consentimientos, en su opinión, no se fundirían en un pacto, sino que se mantendrían como dos simples declaraciones unilaterales de voluntad, cada una de ellas libremente revocable por su autor respectivo. ALVAREZ-SALA defiende de este modo el carácter revocable y no contractual de la prestación recíproca y preventiva del consentimiento exigido para disponer de la vivienda o mobiliario familiar (37).

Me inclino a pensar que dada la imperatividad del artículo 1.320 del Código Civil, el consentimiento exigido en el mismo debe de prestarse en todo caso, sin que pueda ser renunciado expresamente, por más que

trimoniales tras la reforma de 1981», en *Documentación jurídica*, vol. I, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1982, págs. 264, 265 y 266.

(35) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(36) Cf. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, *op. cit.*, pág. 336.

(37) Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 19 y 20.

la no impugnación del negocio realizado sin dicho consentimiento pueda ser entendida como una renuncia tácita de la protección de dicho precepto. Considero que el consentimiento puede ser prestado preventivamente y con carácter general, refiriéndose a todo tipo de actos dispositivos, siempre que se concrete que el objeto de los mismos sea la vivienda o mobiliario familiar, que no se le otorgue naturaleza contractual y que sea revocable (38), ya que entre el momento en que el consentimiento se prestó y el momento en que se realiza el acto de disposición las circunstancias de la familia pueden variar y aconsejar su revocación (39).

D) *Sanción del acto realizado sin el consentimiento exigido legalmente*

En este punto hay que poner en conexión los artículos 1.320 y 1.322 del Código Civil. Dice este último:

«Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.

No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.»

Se deduce, pues, que el régimen jurídico aplicable es diferente según nos encontremos ante actos de disposición a título oneroso o a título gratuito.

En el primer caso el acto dispositivo realizado sin el consentimiento exigido no es radicalmente nulo, sino anulable, y, por lo tanto, susceptible de impugnación dentro del plazo general de cuatro años, tanto por el cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido como por sus herederos,

(38) Si el consentimiento preventivo se otorga en capitulaciones matrimoniales surge el problema de la revocabilidad, puesto que, como señala MAGARIÑOS BLANCO, el artículo 1.331 del Código Civil impide la revocación unilateral de los capítulos. Salvando tal dificultad, ALVAREZ-SALA entiende que tal consentimiento, aunque se otorgase mediante escritura capitular, valdría como declaración unilateral de voluntad, libremente revocable y no identificable con el contenido estricto o estatutario de los capítulos.

Vid. MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Cambio del régimen económico de separación y el derecho de los acreedores», en *RCDI* (1981)2, pág. 96; ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, pág. 20.

(39) ALVAREZ-SALA, a mi entender correctamente, estima que no es posible excluir mediante estipulación capitular la posibilidad de una autorización judicial supletoria cuando la ley la permita, pues su autorización el Juez sólo la concede por razón de necesidad o conveniencia para la familia, de modo que no cabe admitir la licitud de una cláusula capitular que excluya *a priori* una intervención judicial que sólo puede apreciar la necesidad o conveniencia de la familia.

Cf. ALVAREZ-SALA WALTHER, J.: *loc. cit.*, págs. 18 y 19.

pero no por el disponente ni por el adquirente; además, puede producirse la sanación del acto de disposición por la ratificación o confirmación posterior del cónyuge no actuante.

En el segundo caso el acto dispositivo es absolutamente nulo.

3. AMPLITUD DE LA EXPRESIÓN LEGAL «DISPONER DE LOS DERECHOS»

Habla el artículo 1.320 del Código Civil de disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia. Por lo tanto, hay que estudiar la amplitud de la expresión legal «disponer de los derechos» en uno y otro caso, examinando en ambos supuestos el alcance de los términos «disponer» y «derechos».

A) *Sobre la vivienda habitual de la familia*

Dentro del término «derechos» hay que considerar incluido cualquier derecho que haya permitido a su titular poner a disposición de su familia un inmueble apto para servirle de vivienda habitual: propiedad ordinaria, horizontal, usufructo, habitación, arrendamiento... (40).

En cuanto al término «disponer» debe de entenderse que el sentido del artículo 1.320 del Código Civil va más allá de los actos de disposición, incluyendo la posibilidad de destrucción o cualquier otra actividad que haga inservible el contenido del derecho (41), de modo que disponer supone privar a la familia, por cualquier título, del derecho a continuar en el uso y disfrute de aquel bien que venía sirviéndole de hogar.

Por otra parte, han de incluirse tanto los actos onerosos como los gratuitos, si bien estos últimos serán radicalmente nulos si recaen sobre bienes comunes y no concurre el consentimiento de ambos cónyuges.

Las hipótesis más frecuentes de disposición de derechos sobre la vivienda habitual de la familia son las siguientes:

1.º Transmisión del derecho de propiedad.

De una primera lectura del artículo 1.320 podríamos deducir que

(40) GARCÍA CANTERO señala, a mi entender con gran acierto, que el derecho debe de ser un verdadero derecho subjetivo, excluyéndose, por tanto, una situación meramente tolerada, como es el precario. (Cf. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil...*, op. cit., pág. 335, y en «Notas sobre el régimen...», loc. cit., página 308.)

Cabe destacar, no obstante, que en la Recomendación del Consejo de Europa se propone la protección de la situación meramente tolerada, aunque no pueda hacerse valer frente a terceros.

(41) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: op. cit., pág. 300.

sin el consentimiento de ambos cónyuges o, si procede, de la autoridad judicial, no es posible transmitir en modo alguno el derecho de propiedad que tiene por objeto la vivienda familiar. Sin embargo, no hay que olvidar que esta es una norma limitativa de la facultad de disponer y que, por lo tanto, debe de ser interpretada en sentido restrictivo (42), lo que implica que dentro del mandato del artículo 1.320 del Código Civil sólo cabe incluir aquellos actos que priven a la familia del derecho a continuar en el uso y disfrute de la vivienda familiar, pero no aquellos que, como ha señalado ALBALADEJO, no priven ni actual ni potencialmente a la familia del uso de la vivienda y su mobiliario (43).

Hay que examinar con cuidado, no obstante, la frase «ni actual ni potencialmente», porque potencialmente se perjudica a la familia cuando se transmite la vivienda familiar en nuda propiedad, reservándose el enajenante el derecho de usufructo, pues el usufructo así constituido podría extinguirse por muerte del enajenante, impidiendo a su cónyuge, si le sobrevive, la adjudicación de la vivienda a la que tendría derecho en virtud del artículo 1.406, 4.º, del Código Civil (44). Por ello hay que entender que la enajenación del alojamiento familiar sólo es posible cuando se haga con reserva de usufructo para el cónyuge sobreviviente y la familia entonces convivente, no debiendo de permitirse la transmisión de la propiedad aunque el disponente se reserve el derecho de arrendamiento; puesto que con éste la posición de los ocupantes (familia) resulta más débil que antes de la transmisión, y a que de este modo se arrebata al goce del alojamiento su carácter de derecho real y vitalicio, que es lo que le comunica su seguridad (45).

2.º Disposición del derecho de arrendamiento.

En aras a la protección del interés familiar y la correcta aplicación del artículo 1.320 del Código Civil, el derecho de arrendamiento (46) no

(42) Cf. DE LOS MOZOS, J. L.: *op. cit.*, pág. 129.

(43) Cf. ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 156.

(44) Señala este peligro AVILA ALVAREZ, y debido a él considera que el cónyuge propietario no puede enajenar la vivienda familiar sin el consentimiento del otro cónyuge, aunque haga reserva de usufructo. Cf. AVILA ALVAREZ, P.: *loc. cit.*, página 1380.

(45) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 300. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO: «Notas sobre el régimen . . .», *loc. cit.*, pág. 308; DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, pág. 129; AVILA ALVAREZ, P.: *loc. cit.*, pág. 1380; MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.

(46) A diferencia de lo que ocurre en otros países, en el Derecho español cualquiera de los cónyuges puede ser titular individual del derecho arrendaticio que tiene por objeto la vivienda familiar.

Si el derecho de arrendamiento pertenece a uno de los cónyuges con anterioridad a la vigencia de la sociedad de gananciales, puede ser considerado privativo del mismo en virtud del artículo 1.346, 1, del Código Civil. No obstante, tendrá

podrá extinguirse unilateralmente, ni tampoco podrán realizarse otros actos permitidos en otros casos por la ley, que supongan privar a la familia del disfrute que venían realizando de la vivienda, como es el caso del subarriendo.

3.º Actos y gravamen.

Los actos de gravamen, en principio, no suponen la transmisión del dominio, pero constituyen actos dispositivos (47). Deben, pues, de entenderse comprendidos en el artículo 1.320 del Código Civil la constitución de una hipoteca, porque implica una enajenación en potencia, o la de un derecho real de goce en favor de un tercero, ya que con ello se dificultaría o perjudicaría el uso normal de la vivienda (48).

4.º Otros actos que, sin tener naturaleza real, suponen para la familia una pérdida de facultades; así la disposición a favor de un tercero a través de un contrato de arrendamiento.

5.º Extinción de los derechos reales que atribuyen el goce de la vivienda familiar, por ejemplo, el usufructo.

6.º Actos permitidos por la ley que pueden vulnerar el fin perseguido por el artículo 1.320 del Código Civil.

Debemos de pensar que, si bien directamente el artículo 1.320 del Código Civil cierra la posibilidad de que un cónyuge disponga unilateralmente de la vivienda familiar salvo que reserva con carácter de derecho real el disfrute de la misma a favor de la familia, indirectamente se pueden realizar actividades dirigidas a vulnerar la protección del citado precepto.

Tal peligro ha sido señalado por LACRUZ BERDEJO al indicar que un esposo dispuesto a dejar el arriendo de la vivienda familiar en perjuicio

consideración de arrendamiento conjunto cuando, a pesar de haber sido concertado con anterioridad al matrimonio, se ha hecho en consideración al mismo.

Vid. SANCHO REBULLIDA, F.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, t. II, EDESA, Madrid 1978, pág. 188; FONSECA GONZÁLEZ, R.: «La vivienda familiar habitual en arrendamiento y la sociedad de gananciales», *RDP*, 1983, pág. 262.

(47) Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia, alegándose en favor de esta tesis el artículo 323 del Código Civil, que, al prohibir al anticipado gravar o enajenar bienes inmuebles sin autorización de los padres, ha sido interpretado por la doctrina entendiendo que tales términos entran dentro del concepto de disponer.

(48) Cosa diferente es que el cónyuge propietario enajene la vivienda y reserve el usufructo para su familia, porque de este modo está constituyendo un derecho real, pero no dificulta el uso normal de la vivienda.

de su familia tiene el refugio de incurrir en una causa de desahucio, que no yendo acompañada de un acuerdo fraudulento con el arrendador dará lugar, cuando la haga valer éste, a la extinción del arriendo (49).

Lo mismo ocurre cuando el cónyuge titular de la vivienda familiar contrae obligaciones cuyo cumplimiento ocasiona el embargo judicial de ésta, porque aunque el artículo 144, número 5, del Reglamento Hipotecario exige la notificación al cónyuge no titular, no impide el embargo (50). Sería conveniente, para evitar este riesgo, al menos, situar a la vivienda familiar en el último puesto del orden de prelación de los embargos (51).

La familia puede también verse privada de la vivienda que habitualmente ocupa por un acto de disposición de última voluntad sin que la protección del artículo 1.320 del Código Civil pueda impedirlo, puesto que la regulación del régimen económico matrimonial, salvo que expresamente se disponga su operatividad para el caso de fallecimiento, como ocurre en el artículo 1.321, será aplicable únicamente en tanto el matrimonio subsista, y una vez disuelto éste por muerte de uno de los cónyuges, ha de procederse a la liquidación del régimen económico.

En este caso, si la vivienda familiar era bien ganancial, el cónyuge superviviente tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber la vivienda donde tuviera la residencia habitual, pudiendo elegir entre que se le atribuya en propiedad o constituir sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, abonando, si el valor de la vivienda o el derecho supera al de haber del cónyuge adjudicatario, la diferencia en dinero (arts. 1.406, núm. 4, y 1.407 CC). Ahora bien, si el cónyuge sobreviviente no hace uso de este derecho o si la vivienda es privativa, parece que debe respetarse la disposición testamentaria del causante sin que pueda ser impugnada por ir contra el espíritu del artículo 1.320 del Código Civil, puesto que el testador está disponiendo para después de su muerte, momento en el cual dicho precepto ya no rige.

Para evitar que la finalidad de protección a la familia pueda ser vulnerada por un acto *mortis causa*, sería deseable introducir en el C6-

(49) Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op cit.*, pág. 301.

(50) Sobre la notificación del embargo, *vid.* GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, pág. 163.

(51) ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA propone que en las leyes procesales se declare la inembargabilidad de la vivienda familiar, sosteniendo que ello sería plenamente constitucional. Como solución subsidiaria propugna que, siquiera temporalmente, se mantenga un derecho autónomo *ex lege* a la ocupación de la vivienda familiar adjudicada a otro en ejecución procesal o, en último caso, que sea situada en el último puesto del orden de prelación de embargo. (Cf. ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA; *loc. cit.*, págs. 55 a 57.)

digo una norma que únicamente permitiera disponer de la propiedad de la vivienda cuando se hubiera reservado el uso de la misma con carácter de derecho real y a favor de cualquier miembro de la familia.

B) *Sobre los muebles de uso ordinario*

Hemos de entender que el artículo 1.320 del Código Civil, en cuanto a los bienes muebles, por el juego de la regla «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título», contenida en el artículo 464 del Código Civil, se refiere preferentemente a los actos dominicales (52), ya sean de transmisión de la propiedad, arrendamiento, constitución de una garantía pignoraticia, destrucción de los bienes, etc.

Sin embargo, aunque lo más frecuente es que tales bienes se disfruten en concepto de propietario, también puede ocurrir que se tengan en concepto de arrendatario, comodatario, etc., en estos casos, siendo de uso de la familia el titular de los mismos no podrá disponer de ellos sin el consentimiento del otro cónyuge o, en su caso, autorización judicial en virtud del artículo 1.320 del Código Civil.

Entiendo que el acto de disposición cae dentro del ámbito del artículo 1.320 del Código Civil, tanto cuando tiene por objeto toda o la mayor parte del mobiliario familiar, como cuando su objeto son elementos aislados que considerada la situación de la familia pueden considerarse de valor (53).

(52) Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *loc. cit.*, pág. 850.

(53) Afirma DÍEZ-PICAZO que el acto dispositivo del mobiliario debe referirse al conjunto o a la mayor parte de él y no simplemente a elementos aislados *Sistema ... op. cit.*, pág. 184; *Comentarios ... op. cit.*, pág. 1506). Discrepo, no obstante, de tan autorizada opinión por entender que en familias de un medio económico y social sencillo la enajenación unilateral, aislada o sucesiva, de la televisión en color o de la lavadora automática, por ejemplo, puede originar un trastorno considerable a la familia con dificultades para adquirir tales bienes de nuevo. Por ello creo que tal hipótesis ha de considerarse incluida en el artículo 1.320 del Código Civil, máxime considerando que cuando la enajenación de tales bienes no se hace con el consentimiento de ambos cónyuges suele obedecer a razones poco disculpables (juego, alcohol...). Claro que los gastos judiciales que se originarían ante la reclamación del cónyuge que no consintió, si no litiga como pobre, harían inoperante el fin práctico de la reclamación perseguida. No obstante, los obstáculos económicos de índole procesal no deben conducirnos a negar la existencia de un derecho de carácter civil.

III. EXAMEN DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTICULO 1.320 DEL CODIGO CIVIL

1. REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU OPERATIVIDAD. EFECTOS

Dice el párrafo 2.º del artículo 1.320 del Código Civil:

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

No cabe duda de que es falsa aquella manifestación que deliberadamente hace el disponente mintiendo acerca del carácter de la vivienda. Sin embargo, resulta más difícil determinar cuándo la manifestación es errónea, porque no es fácil creer que el legislador estuviera pensando en la expresión equivocada del dueño, que difícilmente puede estar equivocada sobre si el piso que vende es la vivienda o no de su cónyuge e hijos. Más bien hemos de considerar manifestación errónea a aquella que hace equivocarse al adquirente (54).

La buena fe consistirá en la ignorancia del carácter familiar de la vivienda o mobiliario que se adquiere. Claro que, sobre todo con referencia a la vivienda, no es fácil que se dé tal requisito, puesto que su adquisición normalmente lleva consigo la inspección de la misma por los futuros adquirentes, y el informe de las circunstancias que la rodean, fundamentalmente si está habitada o no. No obstante, no es inverosímil pensar en la posible existencia de un adquirente de buena fe.

Se nos plantean dudas a la hora de determinar el alcance de este segundo párrafo del artículo 1.320 del Código Civil, pues, al referirse al adquirente de buena fe, dos y contradictorias son las soluciones que nos vienen a la mente: una, considerar que el adquirente del artículo 1.320, párrafo 2.º, no es tercero en sentido técnico, puesto que ha sido parte en el contrato (55), y otra, pensar que el párrafo 2.º del artículo 1.320 se está refiriendo al tercer adquirente (56).

En uno y otro caso la existencia de este segundo párrafo es criticable. En el primero, porque distorsiona el efecto de anulabilidad sancionado por el artículo 1.322, dejando en la práctica al arbitrio del propietario el cumplimiento de aquel deber primario que exige la afección de la vivienda al interés de la familia, pues bastará con que el cónyuge propietario manifieste que el inmueble que pretende enajenar no tiene el

(54) Así, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 301.

(55) *Vid.* MAGARIÑOS BLANCO, V.: *loc. cit.*, pág. 95

(56) *Vid.* DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, págs. 132-133.

carácter de vivienda habitual para que la disposición surta efectos frente al adquirente de buena fe (57). En el segundo, porque el último párrafo del artículo 1.320 puede considerarse como una norma inútil al no añadir nada a la protección de la seguridad del tráfico jurídico, puesto que ésta se alcanza igualmente con los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil (58).

La solución más lógica será considerar que la protección del adquirente de buena fe, sea parte o tercer subadquirente, no debe consistir en mantenerle en la adquisición pretendida, siendo suficiente que sea resarcido de los perjuicios que se le ocasionen (59), a menos, claro está, que se trate de un tercero hipotecario, en cuyo caso la prevalencia del interés familiar decae en favor de este tercero especialmente protegido, pues nada impide que dándose los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el adquirente de buena fe venga especialmente protegido por este precepto, independientemente de las normas protectoras de la vivienda familiar.

Las dudas se nos pueden plantear porque falte alguno de los requisitos mencionados en el artículo 1.320, párrafo 2.º, del Código Civil. Así, por ejemplo, que no haya manifestación del disponente. En este caso la ausencia de declaración podríamos reconducirla al concepto de declaración errónea, puesto que el silencio hace equivocarse al adquirente sobre el carácter del bien que adquiere. Ahora bien, tratándose de bienes inmuebles con la nueva redacción del artículo 91 del Reglamento Hipotecario ha desaparecido la posibilidad de tal silencio, puesto que en él se exige que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene carácter familiar (60).

(57) MAGARIÑOS BLANCO, V.: *loc. cit.*, pág. 94.

(58) DE LOS MOZOS, J. L.: *loc. cit.*, págs. 132 y 133. De forma parecida, G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *Derecho civil... op. cit.*, pág. 336.

(59) ALBALADEJO, M.: *op. cit.*, pág. 156.

(60) Con anterioridad a la actual redacción del artículo 91 del Reglamento Hipotecario se discutía si el Notario autorizante tenía obligación de preguntar acerca del carácter familiar de la vivienda o no. LACRUZ BERDEJO sostenía que en tanto no viniera impuesta por la ley; para el Notario no existía tal obligación, y GARCÍA CANTERO señalaba la necesidad de que el legislador impusiera tal obligación al Notario. GARRIDO CERDÁ y AVILA ALVAREZ exigían que constara expresamente tal declaración, y GIMÉNEZ DUARTE sostenía que la manifestación o no era indiferente, siendo la buena o mala fe el dato relevante en este tema.

GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE señala que el Reglamento Hipotecario hoy día viene a dar la razón a casi todos los autores: a los que exigían la manifestación, porque el Reglamento Hipotecario la ha exigido, y a los que señalaban que la ley debiera exigirla de modo expreso, porque así ha acabado haciéndose. Indica, además, este autor que esta manifestación no añade nada ni a la seguridad del tráfico jurídico ni al interés familiar.

Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *op. cit.*, pág. 302. G. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN: *op. cit.*, pág. 336; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, págs. 132 y 133.

Por otra parte, cuando el requisito que falta es el de la buena fe del adquirente habrá que entender que el acto dispositivo es anulable.

Por lo tanto, únicamente puede darse la protección del adquirente cuando existe una manifestación errónea o falsa por parte del disponente y buena fe por su parte, si bien la protección no debe entenderse como mantenimiento en la adquisición, pues ello desvirtuaría la protección que el legislador ha querido otorgar en el párrafo primero del artículo 1.320 del Código Civil.

2. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA EN ESTA MATERIA (61)

La introducción en la legislación civil del artículo 1.320 del Código Civil como novedad aportada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puso de relieve la necesidad de adaptar la legislación hipotecaria a la nueva ordenación civil.

Fruto de dicha necesidad, y con el propósito de unificar la práctica registral y resolver las dudas y dificultades que surgían ante tal situación, y pretendiendo, además, que el Registro coadyuve a la defensa y conservación del hogar familiar, tal como dice en su exposición de motivos, surgió el Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, que dio nueva redacción al artículo 91, 1. del Reglamento Hipotecario en los siguientes términos:

«Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge, a no ser que se justifique que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así.»

Dado lo confuso de este precepto, con el que no se mejora en nada la defensa del interés familiar, el mismo ha sido nuevamente redactado por obra del Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, que, aunque en el fondo sigue defendiendo la misma tesis, lo mejora notablemente.

Dice actualmente el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario:

«Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter.»

(61) En esta materia, consúltese CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. II, Aranzadi, Pamplona 1983, págs. 290 y ss.

El artículo 91, párrafo 1, en su redacción de 1982, planteaba un serio problema, pues exigía que constara el consentimiento del otro cónyuge, no mencionando para nada la posibilidad de que el consentimiento del cónyuge fuera suplido por una autorización judicial, silencio que podía acarrear dificultades a la hora de practicar la inscripción en tales supuestos. Hoy día este problema no existe al no exigirse en el Reglamento Hipotecario (art. 91) que conste dicho consentimiento.

Por otra parte, el antiguo artículo 91. 1. del Reglamento Hipotecario parecía equiparar el consentimiento del cónyuge no disponente con la justificación o declaración del disponente de que el inmueble no constituía vivienda habitual. La nueva redacción, en cambio, no plantea la posibilidad de semejante equiparación, ya que no exige la constancia del consentimiento del otro cónyuge, ni tampoco habla de justificación, lo que no le hace merecedor de la crítica que se hacía al antiguo precepto de que en lugar de justificación hubiera debido hablar de prueba.

Además, en la antigua norma no se decía nada acerca del carácter privativo de los bienes, en cambio hoy día se alude expresamente a tal carácter al decir el actual artículo 91, 1, «vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges».

La nueva redacción del artículo 91 ha solucionado un problema más, pues anteriormente no se determinaba cómo debía de hacerse la declaración sobre el no carácter de vivienda habitual familiar, mientras que ahora al decir «que el disponente manifiesta en la escritura aquel carácter», queda claro que ha de hacerse en la escritura en la que conste el acto de disposición sobre la vivienda.

Pero, aunque han sido muchos los problemas que se han solucionado con la nueva redacción, aún quedan varios por resolver. Así, cabe destacar que tanto antes como ahora, en el artículo 91, 1, del Reglamento Hipotecario parece existir una presunción *iuris tantum* sobre el carácter de vivienda familiar de un inmueble que pertenezca a una persona casada, y que se destruye por la declaración contraria del disponente.

En cuanto al momento en que es relevante el carácter de vivienda familiar del inmueble, éste será el del acto dispositivo, independientemente de su destino posterior.

Cabe que nos preguntemos qué sucederá si al Registro llega un acto de disposición que se inscribe en base a una declaración falsa o errónea del disponente. En este caso habrá que tener en cuenta que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria dispone que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

3. CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER FAMILIAR DE LA VIVIENDA

La Recomendación del Consejo de Europa (81)15 de 16 de octubre de 1981 propugna un sistema de registración del carácter familiar de la vivienda que pueda ser oponible a terceros.

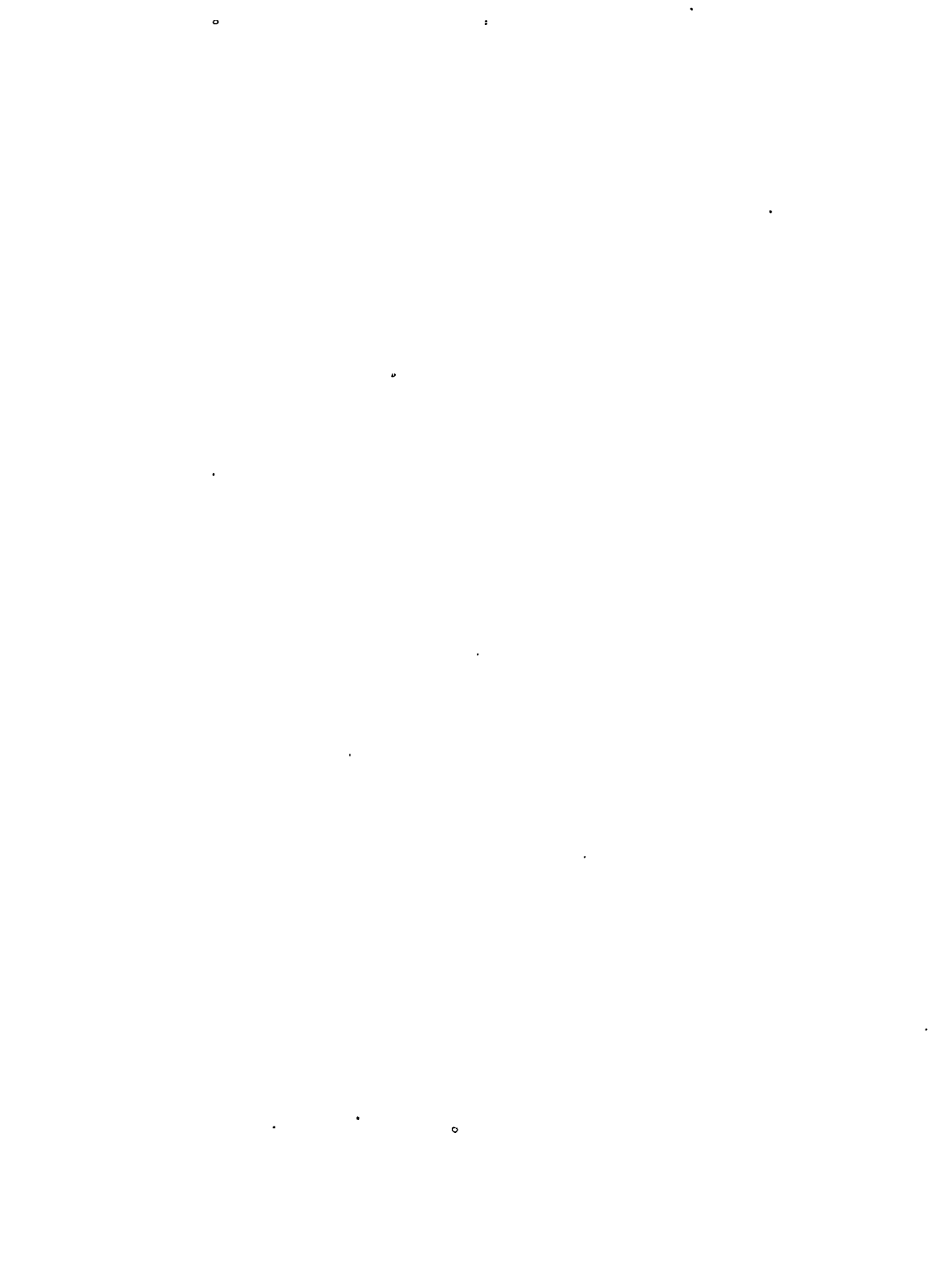
No obstante, en el Derecho español tal constancia registral no tiene lugar en los supuestos de normalidad más que indirectamente, cuando en nota marginal se hace constar la resolución judicial que fija el domicilio conyugal (art. 70 CC), si bien sí tiene lugar en las hipótesis de crisis matrimonial de derecho, y cuando la vivienda familiar ha sido adquirida mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo (art. 1.354 CC), o de vivienda comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad de gananciales y no pagada por completo (art. 1.357 CC) (62).

MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo

(62) *Vid.* más ampliamente GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J.: *loc. cit.*, págs. 136 y 165.



DICTAMENES Y NOTAS



Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles

La hipoteca es una institución de gran importancia. Gracias a ella se construyen las ciudades. Gracias a ella las personas obtienen créditos o préstamos para la adquisición de sus viviendas o locales de negocio. Las entidades de crédito obtienen, en virtud de la hipoteca, una garantía suficiente y de fácil realización. Por eso, la hipoteca debe ser fomentada y cuidada por la legislación, por la jurisprudencia y por la doctrina.

Pero la hipoteca no se debe utilizar ni aprovechar para estipular toda una serie de pactos abusivos o desproporcionados e incluso muchas veces innecesarios. Una escritura de hipoteca debería ser un documento sencillo y breve, de fácil lectura y comprensión. Y, sin embargo, en la práctica se trata de un documento tortuoso, incomprensible para la mayor parte de las personas, y con hasta quince o diecisiete estipulaciones, que pueden producir un gran confusionismo. Y es que la hipoteca es nada más ni nada menos que una garantía sobre un bien inmueble para asegurar la devolución de un crédito y sus intereses y costas judiciales en su caso. Todo lo demás sobra porque no es necesario para el acreedor, y es atosigante para el deudor.

Por tanto, no se trata de hacer crítica a la hipoteca. Se trata de que en la práctica están surgiendo —han surgido ya— alrededor del préstamo hipotecario una serie de cláusulas desconectadas de la causa principal del contrato, que si no fuera por la función registral, encargada de controlar y velar por la legalidad, constarían en los libros registrales, con grave perjuicio para los prestatarios. El Juez no puede intervenir

de momento, pues no se plantea en tales casos un conflicto de intereses por la vía contenciosa. El prestatario no plantea ningún conflicto ante tales cláusulas, porque se somete obedientemente a ellas, ante la necesidad de obtener el préstamo. Es la función registral, similar en muchos puntos a la judicial, en la esfera de jurisdicción voluntaria, la que debe velar porque tales cláusulas abusivas o innecesarias no tengan acceso al Registro de la Propiedad. El Derecho no es sólo un conflicto de intereses en el plano contencioso. Si sólo fuera eso, se minimizaría el concepto mismo del Derecho. Diariamente se está haciendo Derecho al calificar documentos que de momento no plantean ningún problema contencioso y que probablemente ya nunca lo plantearán precisamente por existir esa función preventiva en que consiste la calificación registral.

Una de las facetas de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad es precisamente esa de seleccionar dentro de ese bosque que constituyen hoy día las escrituras de hipoteca, aquellos pactos que tienen relación con la institución de la hipoteca, para darles acceso al Registro, excluyendo de la inscripción toda esa serie de estipulaciones impropias e innecesarias a efectos de la hipoteca. En la práctica diaria insisten los Registradores en excluir de la inscripción toda una serie de pactos; pero a pesar de todo, por mimetismo o por lo que sea, siguen proliferando los documentos de hipoteca que contienen multiplicidad de estipulaciones improcedentes. Es una labor sorda de la función registral, en muchos casos, pues apenas existen Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estos problemas, al conformarse los interesados con la actuación resultante de la calificación registral.

Por todo ello considero que quizá pueda ser útil a los lectores de la *Revista* exponer un caso práctico, en el que se ha producido un auto del Presidente de la Audiencia Territorial en un recurso gubernativo contra la nota del Registrador, que ha quedado firme al no haber sido recurrido ante la Dirección General. El auto desestima el recurso fundamentalmente por razones de forma. Pero al final entra de algún modo en el fondo, al remitirse íntegramente al informe del Registrador.

La exposición del caso se hará seguidamente, distinguiendo en sucesivos epígrafes la nota del Registrador, el escrito del recurrente, el auto del Presidente de la Audiencia y, por último, el informe del Registrador, pues, aunque éste es anterior, en definitiva, el auto se remite al informe, con lo que el contenido de éste pasa a formar parte de aquél por esa vía de remisión.

I. LA NOTA DEL REGISTRADOR

La nota del Registrador no fue una nota de calificación, sino una nota de despacho del documento con exclusión de una serie de pactos de la escritura de hipoteca en virtud de la conformidad de los interesados y del presentante.

Es una nota en la que, después de indicar los datos de la inscripción, se van señalando los pactos que no fueron inscritos. Para dar contenido a esa nota, a efectos de la publicación en esta Revista, y para facilitar al lector de comprensión de la misma, se indican a continuación de cada uno de los apartados de la nota el pacto o cláusula de la escritura que corresponde a tal apartado.

La nota va diciendo lo siguiente:

«Inscrito el precedente documento al folio ... del tomo ..., libro ..., finca ..., inscripción ..., a excepción de lo siguiente:

1) *Párrafo 1, 2, de la estipulación primera*

Ese párrafo de la escritura dice lo siguiente: «El prestatario se obliga a aplicar el importe del préstamo exclusivamente a pago del precio de compra del inmueble que se describirá en la estipulación decimosexta de esta escritura».

2) *Variabilidad del tipo de interés contenida en la estipulación segunda, siendo únicamente objeto de inscripción a efectos de la hipoteca el tipo pactado como inicial del 14 por 100*

La estipulación segunda de la escritura dice así: «SEGUNDA.—TIPO DE INTERES: 2.1.—El capital del préstamo devengará desde el día de hoy, un interés anual, computado día a día, sobre la base de un año de trescientos sesenta días, al tipo que resulte de acuerdo con lo indicado en los apartados siguientes: 2.2.—A efectos de la determinación del tipo de interés aplicable, la duración de este préstamo se entenderá dividida en períodos anuales sucesivos, el primero de los cuales comienza hoy y finalizará en la misma fecha del año próximo y, así sucesivamente, hasta la terminación del contrato de acuerdo con lo previsto en la estipulación tercera siguiente. 2.3.—El tipo de interés aplicable a cada período sucesivo anual será el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado por «... Bank, Sucursal en España», al Banco de

España en los términos de la Orden ministerial de fecha 17 de enero de 1981 y circulares aplicables del Banco de España, vigente el día inicial del mes anterior al comienzo de cada período anual, incrementado en un margen del 0,75 por 100, que se mantendrá invariable durante toda la vida del préstamo». «Por excepción, el tipo de interés aplicable al primer período anual de vigencia de este préstamo, esto es, hasta el día 4 de noviembre de 1987, en que tendrá lugar la primera variación del tipo es el del 14 por 100». 2.4.—Dentro de los treinta días anteriores a la fecha de cada uno de los aniversarios de este otorgamiento, el Banco comunicará por escrito al prestatario el tipo de interés aplicable para el año siguiente. En caso de que el prestatario no aceptara el nuevo tipo de interés, deberá comunicarlo por escrito al Banco en el plazo máximo de quince días desde que hubiese recibido la notificación a que se refiere este apartado. De no hacerlo así, se entenderá que el prestatario acepta el nuevo tipo de interés» «2.5.—En caso de no aceptación, el prestatario quedará obligado a reembolsar la totalidad del préstamo en el plazo máximo de treinta días a contar desde que hubiese recibido la notificación del Banco, más los intereses, gastos y comisiones devengados hasta la fecha de reembolso. Hasta ese momento será de aplicación el tipo de interés aplicado en la anualidad inmediatamente anterior».

3) *Párrafos 3.3 de la estipulación tercera*

Estos párrafos, comprendidos bajo el epígrafe 3.3. de la estipulación tercera de la escritura dicen así:

«3.3. En el supuesto de que, de conformidad con lo dispuesto en la estipulación segunda anterior variara en alza el tipo de interés aplicable, se estará a las siguientes reglas: a) Las cuotas fijas mensuales pactadas deberán incrementarse en todo caso si ello fuera necesario para cubrir el pago de los intereses devengados. b) En el supuesto de que la variación del tipo de interés fuese a la baja, el prestatario podrá optar entre: (i) Mantener el importe de la cuota fija mensual y consecuentemente reducir el período de duración de este contrato. (ii) Reducir el importe de la cuota fija manteniendo la duración inicial prevista para este contrato. c) El prestatario que desee hacer uso de la opción prevista en el apartado b) (i) anterior deberá ponerlo en conocimiento del Banco en el plazo máximo de quince días desde que se le hubiese notificado el nuevo tipo de interés aplicable». «Si el prestatario no hiciera notificación alguna al Banco, se entenderá que opta por la fórmula prevista en el apartado b) (ii) anterior».

4) *Estipulaciones cuarta, sexta y séptima*

Esas estipulaciones de la escritura dicen así:

«Cuarta.—Comisiones y gastos. 4.1.—Serán de cuenta del prestatario los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo una primera copia de este instrumento público para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador de la Propiedad, por la inscripción o anotación del mismo y, en general, cuantos gastos se ocasionen con motivo del préstamo, su modificación y cancelación, así como todos los impuestos que hayan de pagarse por cualquier concepto como consecuencia del mismo. En caso de incumplimiento, el prestatario satisfará las costas procesales que se originen, incluso las de cualquier tercería y los honorarios y derechos del Letrado y Procurador que intervengan en el procedimiento correspondiente para hacer efectivo el crédito, en su caso, aunque no sea preceptiva su intervención».

«Sexta.—Demora. 6.1.—El impago a su vencimiento de cualquier cantidad adeudada al Banco, en virtud del presente préstamo, dará derecho al Banco a darlo por vencido en su totalidad, sin perjuicio del derecho que, en todo caso, corresponde al Banco de entender compensables y garantizables entre sí toda clase de cuentas, en cualquier moneda, que el prestatario mantenga en cualquiera de las sucursales del Banco, quedando facultado el Banco para que, sin otro aviso, pueda cancelar o reducirlos hasta donde alcancen los saldos acreedores mediante los traspasos de fondos necesarios, reteniendo e incluso realizando los valores u otra clase de depósito que el propio titular tenga o tuviese en lo sucesivo establecidos en el Banco». «6.2.—Las cantidades impagadas en la fecha debida producirán en favor del Banco un interés moratorio, que se devengará diariamente a un tipo superior en tres puntos por ciento al tipo de interés que se estuviera aplicando en ese momento».

«Séptima.—Otras obligaciones del prestatario. 7.1.—Durante la vigencia del presente contrato, el prestatario se obliga a hallarse al corriente en el pago de las contribuciones e impuestos que graven la finca hipotecada y a tenerla asegurada contra el riesgo de incendios en una compañía que sea aceptable para el Banco, subrogando a éste como beneficiario del seguro y obligándose el prestatario a satisfacer puntualmente las primas del seguro». «7.2.—El prestatario estará obligado, cada vez que se lo requiera el Banco durante la vigencia del presente contrato, a justificar el cumplimiento de la obligación anterior. En caso de quedar desatendidos los pagos a que se hace referencia en el apartado 7.1 anterior, el Banco podrá efectuarlos de forma directa por cuenta del prestatario, sin perjuicio del derecho de resolución a que se hace refe-

rencia más adelante». «7.3.—Se obliga el prestatario a que la póliza de seguro del inmueble hipotecado quede en poder del Banco durante la vigencia de este préstamo». «7.4.—El prestatario se obliga, durante la vigencia de este contrato a no arrendar la finca hipotecada por renta que no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario de conformidad con este contrato, salvo previo acuerdo del Banco».

5) *Párrafos 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta*

Esos párrafos de la estipulación quinta de la escritura dicen así:

«Quinta.—... 5.2.—Todas las cantidades que el prestatario deba pagar con arreglo al presente contrato, ya sea por principal, intereses, comisiones, gastos u otro concepto se entenderán netos para el Banco y se pagarán por el prestatario en su totalidad, sin deducción o retención impositiva alguna y, en consecuencia, serán de cuenta del prestatario las retenciones, impuestos y tributos que en su caso fueran aplicables sobre los pagos a realizar». «5.3.—Los pagos realizados por el prestatario se imputarán de acuerdo con el siguiente orden: (i) comisiones; (ii) gastos e impuestos a cargo del prestatario de acuerdo con lo pactado en este contrato; (iii) pago de las cuotas fijas vencidas en el mismo orden de su vencimiento y, a su vez, para cada cuota, en primer lugar, el interés; en segundo lugar, el principal, y, en tercer lugar, los intereses de demora devengados». «5.4.—A efectos del presente contrato, el Banco abrirá y llevará en sus libros una cuenta especial de préstamo a nombre del prestatario. En dicha cuenta, el Banco adeudará el importe del préstamo, así como sus intereses, comisiones, gastos, intereses de demora y pagos de principal devengados de acuerdo con el presente contrato, y abonará en la misma todas las cantidades recibidas del prestatario en concepto de pago de los anteriores conceptos». «A todos los efectos queda expresamente convenido que la certificación expedida por el Banco de los saldos que arroje la cuenta a que acaba de hacerse referencia, hará fe de las cantidades adeudadas por el prestatario, que se tendrán así por líquidas».

6) *Totalidad de los apartados c), d), e), f) y g), y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados a) y b) de dicha estipulación octava*

Esa estipulación octava de la escritura dice así:

«Octava.—Vencimiento anticipado. 8.1.—El Banco podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo con obligación del prestatario de

reintegrar, desde luego, todas las cantidades adeudadas en ese momento, en los siguientes supuestos: *a)* Incumplimiento en la fecha debida de cualquiera de las obligaciones de pago pactadas en esta escritura. *b)* Incumplimiento de cualquiera de las restantes obligaciones previstas a cargo del prestatario en esta escritura. *c)* Si tiene lugar una cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) el incumplimiento por el prestatario de cualquiera de sus obligaciones frente a terceros o cualquiera otra circunstancia que refleje la disminución o que ponga en riesgo su solvencia; (ii) el embargo de cualquiera de sus bienes; (iii) solicitud de concurso de acreedores o de convenio judicial o extrajudicial con sus acreedores que suponga quita o espera en el pago de sus deudas o de sus compromisos de pago; (iv) o cualquier otra acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario, o (v) cualquier otra circunstancia que, de acuerdo con la ley, determine la pérdida del derecho al plazo para el deudor. *d)* La no inscripción de la presente escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, cualquiera que sea la causa de la no inscripción, en el plazo de tres meses a partir del presente otorgamiento. *e)* La existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente al de hipoteca que se constituye en esta escritura. *f)* Incendio de la finca hipotecada, si resultara destruida en la cuarta parte de su valor, o deterioro de la misma, también en la cuarta parte de su valor, por cualquier causa dependiente o no de la voluntad de su dueño o expropiación forzosa por cualquier causa de la finca hipotecada. *g)* No haber concertado el prestatario la póliza de seguros a que se hace referencia en el apartado 7.1 anterior antes del plazo de un mes, habiendo procedido al depósito de la póliza en el Banco de conformidad con lo que se indica en el apartado 7.3 anterior». «8.2.—Teniendo en cuenta la larga duración de este préstamo y la facultad que se concede al prestatario de amortizarlo anticipadamente a su voluntad si en razón a un cambio en la legislación vigente se impusieran al Banco nuevos requisitos de coeficientes, depósitos obligatorios, etc., en relación con este préstamo, o se incrementaran los actualmente existentes, o el mercado del dinero sufriera alteraciones de importancia, de forma que el mantenimiento en vigor de este préstamo suponga una notoria ruptura del equilibrio financiero entre las partes con grave perjuicio para el Banco, éste lo notificará así al prestatario, con el fin de pactar las compensaciones adicionales a favor del Banco que le resarzan de tal perjuicio y restablezcan la situación de equilibrio entre las partes. De no alcanzarse tal acuerdo en un plazo de treinta días desde la notificación aludida, el Banco podrá dar por resuelto anticipa-

damente el préstamo con los efectos prevenidos en el apartado 8.1 anterior».

7) *Referencia a la estipulación tercera en la novena*

La estipulación novena se refiere a la «amortización anticipada», que sí ha sido objeto de inscripción, salvo esa referencia que se contiene en el último inciso y que dice: «En caso de amortización parcial se estará a lo dispuesto en la estipulación tercera, apartados 3.3, b) (i), y (ii)».

8) *Párrafos 10.2 de la estipulación décima*

Se emplea el plural «párrafos 10.2» porque en la estipulación décima de la escritura hay dos párrafos con ese número 10.2, que dicen así:

«DECIMA.—CESION Y MOVILIZACION DEL CREDITO. 10.1. .
«10.2.—No obstante lo indicado en 10.1. en caso de venta de la finca hipotecada, si el Banco así expresamente lo decidiera, el adquirente de la finca quedará subrogado en el préstamo objeto de esta escritura. La subrogación llevará aparejada el cambio de titularidad de los recibos que se expidan a partir de la fecha en que el Banco haya acordado la subrogación. A efectos de lo prevenido en este apartado 10.2. el prestatario queda obligado a notificar al Banco, por escrito, en el plazo máximo de una semana, la venta de la finca hipotecada a un tercero».

«10.2.—El Banco podrá requerir al prestatario, en cualquier momento, para que el saldo deudor que represente la cuenta especial de préstamo se documente mediante letras de cambio o pagarés. El saldo de la cuenta se cancelará mediante el abono del valor de aquéllos a ésta, previa deducción de los intereses y comisiones fijados en este contrato por el tiempo que falte hasta el vencimiento de los efectos».

9) *Referencia a los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava en la estipulación undécima*

En la estipulación undécima se hace la siguiente referencia a la octava: «en garantía del puntual cumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestatario en esta escritura, *incluso de la devolución del préstamo en los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava anterior*».

- 10) *Referencia a los intereses de demora, lo referente a la variación del tipo de interés contenida en la estipulación segunda y último párrafo de los párrafos bajo números 11.2 de la estipulación undécima*

En la estipulación undécima de la escritura se pacta la constitución de hipoteca, que ha sido objeto de inscripción, pero no esas referencias que se acaban de expresar, que son las siguientes:

«Undécima... 11.2... (i) Los intereses, *incluidos los de demora...*, y sin que cualquiera que sea el tipo de interés aplicable de acuerdo con lo previsto en la estipulación segunda anterior, la cantidad cubierta por intereses pueda exceder de ocho millones de pesetas»... «La limitación de la responsabilidad hipotecaria a que se refieren los apartados anteriores no implicará el derecho al prestamista a reclamar contra el prestatario o quien se hubiera subrogado en la deuda hipotecaria, cualesquiera otras cantidades que en virtud de este préstamo le fueran adeudadas al prestatario, sin perjuicio de la aplicación de la limitación de la responsabilidad hipotecaria establecida frente a terceros».

- 11) *Apartado e) de los párrafos bajo números 11.4 de la estipulación undécima*

Ese apartado e) de la escritura dice lo siguiente: «Para el caso de que el Banco llegue a adquirir la propiedad del inmueble hipotecado, en cualquiera de los supuestos procesales en que ello es posible, las partes contratantes convienen en que el Banco tendrá la facultad de descontar del precio de remate o adjudicación, el importe del arbitrio de plusvalía y gastos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, así como los de la carga que en esta escritura se establece».

- 12) *Lo referente a las segundas copias en la última parte de la estipulación duodécima*

Esa referencia a segundas copias en la estipulación duodécima de la escritura es la siguiente: «De acuerdo con el artículo 234 y concordantes del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, tanto el prestatario como los hipotecantes, autorizan expresamente y desde este mismo instante al Banco para solicitar por sí solo la expedición de segunda y posteriores copias de la presente escritura, a los efectos del número 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Después de todos estos apartados, la nota registral termina con el siguiente párrafo:

«Todo ello con la conformidad del presentante y de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Barcelona...»

II. EL ESCRITO DEL RECURRENTE, INTERPONIENDO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CITADA NOTA

José M. ..., en nombre y representación de ..., Entidad de la que ostenta el cargo de Presidente del Consejo de Administración, con poderes suficientes, según se acredita por la escritura ..., ante V. E., comparece como mejor proceda, interpone *recurso frente a la calificación del Registrador*, con base en los siguientes:

HECHOS

1.º El día 27 de noviembre de 1986 fue otorgada la escritura de préstamo hipotecario por ... a favor de don ... y doña ..., ante el Notario de Barcelona don ...

2.º Presentada a inscripción la anterior escritura, el 16 de diciembre de 1986, el Registrador de la Propiedad del Registro número 7 de Barcelona extendió nota de calificación conforme a la cual no fueron inscritas: 1) Párrafo 1.2 de la estipulación primera. 2) Variabilidad del tipo de interés contenida en la estipulación segunda, siendo únicamente objeto de inscripción a efectos de la hipoteca el tipo pactado como inicial del 14 por 100. 3) Párrafos 3.3 de la estipulación tercera. 4) Estipulaciones cuarta, sexta y séptima. 5) Párrafos 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta. 6) Totalidad de los apartados *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)* y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados *a)* y *b)* de dicha estipulación octava. 7) Referencia a la estipulación tercera en la novena. 8) Párrafos 10.2 de la estipulación décima. 9) Referencia a los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava en la estipulación undécima. 10) Referencia a los intereses de demora, lo referente a la variación del tipo de interés contenida en la estipulación segunda y último párrafo de los párrafos bajo números 11.2 de la estipulación undécima. 11) Apartado *e)* de los párrafos bajo números 11.4 de la estipulación undécima. 12) Lo referente a las segundas copias en la última parte de la estipulación duodécima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. LEGITIMACIÓN, TIEMPO Y FORMA

El presente recurso se interpone por persona legitimada conforme a lo señalado en el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, actuando en su nombre quien ostenta poder bastante para representar a la Sociedad, en tiempo y forma adecuados, conforme a lo dispuesto en los artículos 113 y 129 del Reglamento Hipotecario.

II. VALIDEZ E INSCRIBIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS CUYA INSCRIPCIÓN HA SIDO DENEGADA

Las cláusulas cuya inscripción ha sido denegada, son perfectamente válidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil. Además producen eficacia real, querida por las partes, por aplicación de lo dispuesto en la cláusula 8.1 de vencimiento anticipado. Por ello son inscribibles según lo señalado en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario.

III. DESTINO DE LOS FONDOS A LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO

La cláusula 1.2 es válida e inscribible. Para el recto entendimiento de esta cláusula ha de partirse de:

- Que no existe en nuestro Derecho exigencia alguna de que el titular propietario de la finca sea el deudor personal del préstamo en cuya garantía se constituye sobre aquélla la hipoteca.
- Que a diferencia de una práctica habitual anterior, en este caso el Banco otorga el préstamo, párrafo 1.1 de la misma cláusula, antes de la adquisición de la finca.

De no admitirse la inscripción de la vinculación del destino de los fondos el Banco podría encontrarse en la situación, contraria a sus intereses y a su voluntad, de que desde el inicio de la vida de la hipoteca fueran distintas personas el titular registral de la propiedad de la finca y el deudor personal del préstamo. Quedando totalmente desvirtuada la naturaleza de la operación. Sin que el Banco tuviere remedio registral

alguno para conseguir el principal propósito buscando por las partes: conceder un préstamo y constituir una hipoteca para la adquisición de una finca.

IV. VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS

El criterio para definir el tipo de interés variable contenido en la estipulación segunda respeta perfectamente lo señalado al respecto por la Circular del Banco de España número 12/1981, de 24 de febrero.

... Bank, S. A., y ... Bank, Sucursal en España, son entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas y así se expresa en la escritura.

La calificación del Registrador ha de limitarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a lo que resulte de las escrituras y asientos del Registro, sin que pueda basar su calificación ni en documentación que los interesados no tuvieron que presentar a la inscripción ni en presunciones de hecho.

En concordancia con la validez e inscribibilidad de la estipulación segunda en su conjunto, y en especial la variabilidad del interés, son también válidas e inscribibles aquellas otras cláusulas que fueron denegadas por su relación con la segunda, como son: el párrafo 3.3 de la estipulación tercera el párrafo 6.2 de la estipulación sexta, la última frase de la estipulación novena, la referencia a los intereses de demora y a la variabilidad del interés en el número 11 de la estipulación undécima.

V. COMISIONES Y GASTOS

La estipulación cuarta de la escritura es válida e inscribible. Es válida la obligación que se impone al prestatario de pagar los gastos de otorgamiento de la escritura, los honorarios del Registro de la Propiedad, cuantos gastos se ocasionen con motivo del préstamo, los impuestos que por la constitución del préstamo e inscripción de la hipoteca se generen, y las costas que se originen incluyendo las de tercería con los honorarios de Letrados y Procurador.

El carácter real que determina la inscriptibilidad de esta cláusula se desprende de:

- a) Por cuanto que conforme a la cláusula 5.3 de la propia escritura los pagos a realizar por el prestatario se imputarán: (i) comisiones; (ii) gastos e impuestos a cargo del prestatario, de acuerdo con lo pactado en el contrato; (iii) pago de las cuotas fijas

vencidas en el mismo orden de su vencimiento, y a su vez, para cada cuota, en primer lugar, el interés; en segundo lugar, el principal, y en tercer lugar, los intereses de demora devengados. De lo que se deriva que para conocer la distribución de los pagos que realice el prestatario, es necesario conocer cuáles son las obligaciones que a éste incumben.

- b) Conforme a la cláusula 8.1, el Banco podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo con obligación del prestatario de reintegrar todas las cantidades adeudadas en ese momento, entre otros, en los siguientes supuestos: incumplimiento en la fecha debida de cualquiera de las obligaciones de pago pactadas en esta escritura y por el incumplimiento de cualquiera de las restantes obligaciones previstas a cargo del prestatario en esta escritura.

Es decir, que otorgado el préstamo y constituida la hipoteca, si el prestatario no satisficiera los gastos que el otorgamiento y la constitución entrañan, el Banco podrá declarar vencido el préstamo, surgiendo la inmediata obligación en el prestatario de pagar desde luego las cantidades adeudadas. Obligación cuya efectividad puede ser conseguida por el Banco a través de los procedimientos de ejecución hipotecaria. De lo cual se desprende que la garantía constituida a favor del Banco para el debido cumplimiento de las obligaciones consignadas en la cláusula cuarta se impone frente a terceros, ya sean poseedores de las fincas, ya titulares de otras cargas o gravámenes.

Siendo válida e inscribible la cláusula, no existe motivo para la denegación de su inscripción en el Registro.

VI. PAGO DE IMPUESTOS Y ASEGURAMIENTO DE LA FINCA

La estipulación séptima no se ha inscrito por ser de carácter personal u obligacional. Frente a ello cabe alegar que lo dispuesto en la cláusula octava de vencimiento anticipado atribuye carácter real a esta cláusula, y a cada una de las obligaciones contenidas en la misma.

Las obligaciones que se contienen son, en síntesis, las siguientes: hallarse el prestatario al corriente de pago de impuestos y gravámenes que pesen sobre la finca; tener la finca asegurada contra el riesgo de incendios; justificar el cumplimiento de las anteriores obligaciones; depositar la póliza de seguros en poder del Banco, y, finalmente, no arrendar la finca por renta que no cubra las cuotas y pagos a que el prestatario está obligado de conformidad con el contrato.

La obligación de pagar los impuestos que gravan la finca, es una obligación legal de cuyo incumplimiento se seguirá un perjuicio por el Banco acreedor hipotecario, por cuanto que los medios coactivos de que disponen el Estado, las Comunidades Autónomas, la provincia y el municipio para hacer efectivos los créditos podría llegar a imponerse en caso de la ejecución especial de los mismos al derecho del Banco acreedor, y en cualquier caso, aunque tal efecto no se produjera, la ejecución podría sin duda perjudicar el derecho del Banco.

Por ello no existe imposibilidad legal alguna de que las partes refuercen el contenido de tal obligación, pudiendo el Banco declarar vencido anticipadamente el préstamo por consecuencia de la falta de cumplimiento de esta obligación legal. Pacto con eficacia real que puede imponerse frente al tercer poseedor de la finca no sólo ya por lo señalado en la cláusula 8.1, de carácter general, sino también porque el tercero puede conculcar el estado en que se halla fiscalmente hablando la finca sobre la que ostente cualquier tipo de derecho, potestad o facultad.

La obligación de tener asegurada la finca es una obligación personal válida, cuyo efecto real viene determinado por el contenido de la reiterada cláusula 8.1.

Su eficacia puede imponerse frente al tercero que no sólo puede conocer de la existencia del seguro, sino que bien puede oponerse al vencimiento anticipado, asumiendo a su costa el pago de la misma, exceptuando así el derecho del Banco a declarar vencido anticipadamente el préstamo. Sin perjuicio, claro es, de las acciones personales, o en su caso, reales que al tercero correspondan por el pago del seguro.

VII. ARRENDAMIENTOS POR RENTA SUPERIOR A LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO

La estipulación 7.4 impone la obligación de no arrendar la finca por renta que no cubra la totalidad de las cuotas y pagos a satisfacer por el prestatario.

Es una obligación que no supone en modo alguno una limitación irracional o abusiva del poder de disposición del titular de los bienes.

Su sentido y finalidad ha de encontrarse en la legítima defensa de los derechos del acreedor de protegerse de aquellos actos del prestatario que disminuyan el valor de la cosa hipotecada.

De indiscutible validez en cuanto se reconoce con carácter general en el propio Código Civil (cuyo artículo 1.129, 3.º, anticipa el plazo concebido *favor debitoris* cuando por actos propios del deudor hubieran disminuido las garantías), y en particular en la legislación hipotecaria,

artículo 117 de la Ley y artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, al contemplar la denominada acción de devastación de hipoteca para defender al acreedor de la disminución del valor de la finca causada por actos del deudor.

El artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario presume *ius tantum* la finalidad de disminuir el valor de la finca si el inmueble se arrienda por renta anual que capitalizada a vez y media el interés legal no llegue a cubrir la responsabilidad total asegurada. Atribuyendo en este caso al Juez la potestad de declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca o adoptar cualquier otra medida que estime conveniente.

La Resolución de 27 de enero de 1986, si bien confirma la denegación de la cláusula recurrida, en la que se imponía la prohibición genérica de arrendar sin el consentimiento de la entidad acreedora, abre el camino para la admisión de cláusulas como la presente que limiten el arrendamiento bajo determinadas circunstancias al declarar:

«que no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque la contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cfr. art. 219, 1.ª, RH) no cubre la responsabilidad total asegurada».

De acuerdo con la citada doctrina, que debemos considerar la actual, la cláusula 7.4 de la escritura es perfectamente válida, y por su conexión con la cláusula 8.1, b), inscribible.

VIII. PAGOS POR EL PRESTATARIO

La cláusula quinta en el párrafo 2 señala la obligación del prestatario de realizar los pagos debidos en virtud del contrato netos para el Banco, sin retención ni deducción impositiva alguna. Se deniega su inscripción alegando un pretendido defecto de ser de «carácter personal».

El apartado 2 es inscribible por cuanto sirve a cuantificar la obligación de pago que recae sobre el prestatario, en estipulación válida, y de

eficacia real, pues está cubierta por el alcance de la cláusula 8.1 de vencimiento anticipado.

El orden de imputación de pagos previsto en el apartado 3 de la misma cláusula es esencial a la vida del préstamo. Sin su eficacia no puede conocerse cuál es el estado cuantitativo de la relación Banco/prestamista. Pertenece en tal grado al núcleo de la relación que sin ella el préstamo quedaría sin operatividad.

Su eficacia real viene determinada porque sólo en virtud de su contenido se podrá conocer que haya habido incumplimiento de la obligación de pago.

IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO

De los supuestos que otorgan al Banco el derecho a declarar el vencimiento anticipado previstos en la cláusula 8, deniega el Registrador la inscripción de los apartados 8.1, *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)*, inscribiendo únicamente los apartados 8.1, *a)* y *b)*, en base a que «no tienen trascendencia real» y sólo «meramente obligacional».

1. Del apartado 8.1, *c)*, sólo puede dejar de inscribirse la referencia a la quiebra, suspensión de pagos o concurso a tenor de la doctrina que inspira, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986, de considerar tales materias de orden público, indisponibles al pacto de los particulares. Todas las circunstancias que motivan el vencimiento anticipado deben tener acceso al Registro, y en concreto las señaladas (i), (ii), (iv) y (v) en la escritura. Su validez reside en el artículo 1.255 del Código Civil en relación con el artículo 1.129 del mismo cuerpo legal. Su inscriptibilidad en la eficacia real *erga omnes* con que ha sido configurada por las partes. Se trata de supuestos de vencimiento anticipado, es decir, de aquellos casos en los que el acreedor puede iniciar los trámites que sean necesarios para la ejecución de la hipoteca.

2. El apartado 8.1, *e)*, contiene una previsión que quizá no sea habitual, pero que responde a las circunstancias de la operación. Como se declara en la cláusula 1.1, el Banco hace entrega del capital prestado al prestatario antes de que la finca sea de su propiedad y de que la hipoteca sea inscrita. No se trata aquí, como en otros casos, de que la constitución de la hipoteca con el carácter de primera y preferente actúe como condición precedente a la disposición de los fondos o a la entrega del capital.

El capital ya ha sido entregado (cláusula 1.1); se busca en la cláu-

sula 8.1, e), proteger efectivamente el derecho del Banco. Si existiesen cargas anteriores o preferentes, en los casos comunes el Banco, sin más, no entregará el capital, en nuestro caso el Banco podrá declarar vencido el préstamo e iniciar los trámites de ejecución hipotecaria. Su validez deriva de responder a un interés legítimo y jurídicamente protegible. Su eficacia real de su imposición *erga omnes* querida y aceptada por las partes.

3. El deterioro del valor de la finca hipotecada previsto en la estipulación octava, 1, f), como causa de vencimiento anticipado, es circunstancia tenida en cuenta en el ordenamiento para legitimar al acreedor a adoptar diversas acciones. Así los artículos 117 de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario; el artículo 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario aprobados por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928; el artículo 29 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982, y demás disposiciones concordantes. No existe, pues, razón alguna que obste a la validez de la cláusula; la eficacia real viene determinada, como en todos supuestos, por el propio sentido de la cláusula en sí.

X. MODIFICACIÓN DEL COSTE PARA EL BANCO

La cláusula 8.2, recogiendo las teorías de la base del negocio de Oertmann, introduce la actuación de lo que en el Derecho medieval fue llamada cláusula *rebus sic stantibus*, al establecer un sistema de modificación voluntaria del contrato, que respete el equilibrio financiero pactado en el inicio, y de no llegarse al pacto, el vencimiento anticipado del préstamo, en los casos en que por razón de un cambio de la legislación vigente o por alteración de importancia del mercado del dinero experimentara el Banco un grave perjuicio.

Se basa la denegación o bien en ser contraria al orden público económico o bien en el carácter obligacional (esto último en virtud de la cláusula 8.1 sólo puede significar que no puede afectar a terceros).

La cuestión debe ser examinada cuidadosamente. La cláusula está en recta correspondencia con la novena, de amortización anticipada, por lo que no hay posición abusiva de una de las partes que motivara una interpretación restrictiva. Si las condiciones varían, el prestatario puede amortizar sin gastos, y el prestamista encarecer el préstamo. En la práctica la fórmula más sencilla será acudir a un incremento del interés, pero no puede rechazarse que la modificación que mejor convenga a ambas partes sea de otra clase.

Quizá el principal obstáculo operativo que en Derecho pueda oponerse a esta cláusula sea el de la falta de previsión de un mecanismo

ajeno al arbitrio de las partes para determinar que se han producido alteraciones de importancia en el mercado del dinero. Para el supuesto de cambio normativo bastará para la eficacia la publicación de la norma que imponga mayores obligaciones. Para la alteración del mercado es con probabilidad necesaria una sentencia declarativa. Pero ello no es obstáculo a la inscripción de la cláusula.

La Circular del Banco de España 12/1981, de 24 de febrero, sobre operaciones a tipo de interés variable denominadas en pesetas, dispone en su norma cuarta:

«1. La entidad prestamista se comprometerá a mantener el crédito durante toda la vida del contrato, no pudiendo alegar la falta de disponibilidad de fondos en los mercados para su rescisión unilateral.

»2. No obstante lo anterior, en las operaciones ligadas al mercado interbancario, y en previsión de circunstancias excepcionales en que no hubiera disponibilidad de fondos a plazo equivalente al período de interés, se podrá pactar en el contrato original la aplicación transitoria de otros tipos de referencia y períodos de interés, en tanto persistan esas circunstancias».

De esta norma no se deduce la prohibición de la cláusula 8.2.

Tampoco es aplicable al presente caso la restricción contenida en la Circular 13/1981, de 24 de febrero, cuya norma primera, entre otras disposiciones, señala que se prohíbe «en general la exigencia por el prestamista de cualquier clase de contraprestación que eleve, directa o indirectamente, su retribución», pues es aplicable a las operaciones a que se refieren los números 2, 3, 4 y 5 del apartado 1 de la Orden ministerial de 17 de enero de 1981, supuestos entre los que no se encuentra el presente.

La cláusula no es, pues, contraria al «orden público económico» definido en esta materia por el Banco de España.

Tiene la cláusula transcendencia real por cuanto determina el vencimiento anticipado ejercitable *erga omnes*.

Por todo ello es válida e inscribible.

XI. SUBROGACIÓN DEL TERCER COMPRADOR DE LA FINCA EN LA HIPOTECA

En la cláusula 10.2 se prevé que en el caso de venta de la finca hipotecada el tercero quede subrogado en el préstamo objeto de la escrituración, por la decisión del Banco, quien podrá imponer al tercer

adquirente de la finca la subrogación en la hipoteca. No trata la cláusula de impedir la venta de la finca, limitando el poder de disposición, sino de atribuir al Banco la potestad de imponer la subrogación al tercer adquirente. La cláusula despliega su eficacia frente al tercero.

La cláusula es rechazada por tener términos imperativos para el adquirente. Precisamente la imperatividad es consecuencia natural de la eficacia real. Por lo que la denegación no puede basarse en tal motivo. Quizá pudiera alegarse el principio de la no restricción al tráfico inmobiliario.

Ahora bien, para conocer el alcance de la cláusula y su validez es necesario diferenciarla de cláusulas análogas, válidas e inscribibles.

Son comunes dos posibilidades para que una cláusula de esta índole fuera válida e inscribible.

En primer lugar configurar la cláusula como una prohibición de disponer y asegurar con hipoteca su cumplimiento. Posibilidad admitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso se inscribirá en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer, conforme determina el artículo 59 del Reglamento Hipotecario en un supuesto de tracto abreviado de asientos.

Esta hipoteca en garantía de la obligación de no vender sino a quien el Banco acepte y que además consienta en la subrogación en el préstamo, no puede ser la misma que asegura el préstamo. Son dos obligaciones distintas que requieren diferentes hipotecas (art. 104 LH).

La otra posibilidad de conseguir un resultado similar al propuesto es eliminar de la cláusula la discrecionalidad del Banco e imponer al adquirente la subrogación automática en el préstamo. El argumento favorable a esta cláusula deriva de su reconocimiento legal a favor del Banco Hipotecario (art. 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y Real Decreto de 3 de noviembre de 1928). Por lo que nada impide que lo que para el Banco Hipotecario es estatutario, una forma de actuación señalada por su norma constitutiva, pueda ser establecido como cláusula pactada por otros particulares (art. 1.255 del Código Civil y los principios de igualdad ante la ley y economía de mercado de los artículos 14 y 38 de la Constitución).

Ambas posibilidades, si bien similares, no coinciden con la redacción ni con el sentido de la actual cláusula.

La doctrina al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado puede resumirse en la Resolución de 27 de enero de 1986, que declara:

«Considerando que el defecto tercero plantea si es inscribible la cláusula por la que el Banco acreedor puede dar por vencido el crédito si la entidad hipotecante transmitiera alguna de las fincas hipotecadas, salvo si lo hace a título de venta y conviniendo en la escritura que el comprador asuma las obligaciones garantizadas con la hipoteca, y cumpliéndose, además, las condiciones que la disposición (antes reseñada) establece;

»Considerando que esta cuestión ha sido reiteradamente resuelta por la Dirección General en sentido de denegar su inscripción, para envolver tales pactos una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes, contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario».

El supuesto examinado por la Dirección General, común en este tipo de cláusulas, no coincide, sin embargo, con el descrito por la cláusula 10.2.

En aplicación de la cláusula podría suceder uno de los siguientes supuestos en el caso de venta de la finca:

- 1.º Que el Banco y el tercer adquirente estuvieren conformes en la subrogación, no existiendo problema alguno.
- 2.º Que el Banco no aceptara la subrogación, con lo que el tercer adquirente no ve en nada modificada la posición que legalmente le corresponde. El vendedor, deudor, puede, si quiere, amortizar anticipadamente la hipoteca.
- 3.º Que el Banco aceptara la subrogación y el tercer adquirente la rechazara. El deudor vendría obligado a amortizar anticipadamente.

La problemática queda reducida al supuesto tercero. La cuestión es ¿implica restricción innecesaria y abusiva contraria a la libertad del tráfico inmobiliario? Realmente, no. Tiene una sobrada justificación la preferencia del Banco por tener por deudores a quienes estime adecuados. No puede ser abusiva e innecesaria una cuestión que se reudce al destino del precio de compraventa, pues la carga se levanta sencillamente destinando parte del precio a amortizar la hipoteca.

No puede, en fin, ser restricción ilegítima la que tiene profunda analogía con el párrafo 1.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

En síntesis, han de ser afirmadas la validez de la cláusulas y su inscriptibilidad.

Por todo ello, y al amparo de lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecario y disposiciones concordantes, SUPLICA a V. E.:

- 1.º Que tenga por presentado este escrito, los documentos que lo acompañan y por formulado recurso contra la calificación del Registrador en la escritura referida.
- 2.º Que adopte las actuaciones en defensa del derecho de mi representada, contenidas en las leyes y que fueran procedentes y en especial en el artículo 114 del Reglamento Hipotecario.
- 3.º Que previos los trámites legales, dicte Resolución ordenando al Registrador del Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona la inscripción de las siguientes estipulaciones de la escritura que fueron denegadas:
 - Apartado 1.2 de la estipulación primera.
 - Apartados 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 de la estipulación segunda.
 - Apartado 3.3 de la estipulación tercera.
 - Estipulación cuarta.
 - Apartados 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta.
 - Apartado 6.2 de la estipulación sexta.
 - Estipulación séptima.
 - Apartados *c), d), e), f)* y *g)* del apartado 8.1 y 8.2 de la estipulación octava.
 - Ultimo inciso de la estipulación novena.
 - Apartado 10.2 de la estipulación décima.
 - Estipulación undécima en su totalidad (las partes que no hayan sido inscritas).
- 4.º Que las notificaciones a que dé lugar la tramitación de este recurso se hagan en la persona de ...

Se acompañan a este escrito poder del firmante y el documento presentado a inscripción.

Es de Justicia que pido en Madrid, a 14 de abril de 1987.

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA.

III. EL AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA DE 3 DE JUNIO DE 1987

Auto.—En la ciudad de Barcelona, a 3 de junio de 1987.

Visto por mí, Jaime Amigó de Bonet, el expediente de recurso gubernativo número 2/1987, interpuesto por don ..., en nombre y representación de ..., contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, en el cual se acreditan los siguientes:

HECHOS

Primero.—Don ..., actuando en nombre y representación de ..., por medio de escrito fechado en 14 de abril de 1987, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 112, 1.º, del Reglamento Hipotecario, interpuso recurso contra la nota de calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, fechado en 16 de diciembre de 1986, puesta en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por ... a favor de don ... en 4 de noviembre de 1986, ante el Notario de ésta, don ..., con número de protocolo ...

Segundo.—Admitido a trámite dicho recurso, le correspondió el número 2/1987 de esta Audiencia Territorial, poniéndose seguidamente su interposición en conocimiento del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona y del señor Notario que autorizó la escritura de préstamo, interesando de los mismos emitiesen el informe previsto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, trámites estos que fueron evacuados.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—La estipulación 14 de la escritura de préstamo hipotecario expresa que «si la calificación registral estimase que cualquiera de los pactos, cláusulas... o apartados de esta escritura no es inscribible, los otorgantes aceptan tal calificación y consienten que denegando la inscripción de las mismas, se inscriba este título y queda constituida la hipoteca» (folio 24), por lo cual el Registrador pudo perfectamente inscribir dicha escritura, a excepción de los párrafos y estipulaciones que tuvo por conveniente, consignando «todo ello con la conformidad

del presentante y de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario» (folio 26).

Segundo.—Al haber prestado, pues, su consentimiento los interesados para que pudiera practicarse la inscripción sin hacer constar estipulaciones o pactos integrantes de la escritura, y, por otro lado, al no existir propiamente una calificación negativa, pues, en definitiva, se registró el título presentado, y la nota del Registrador no constituye calificación porque se limita a *observar* lo previsto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, no cabía interponer recurso contra una inexistente denegación registral.

Tercero.—Lo expuesto es suficiente para desestimar el recurso y, como expresó el Tribunal Supremo en las Sentencias, entre otras, de 10 de enero de 1925, 21 de abril de 1934, 18 de febrero de 1936 y 5 de julio de 1946, no deben hacerse más declaraciones que las precisas para resolver las cuestiones jurídicas planteadas, pues debe simplificarse el *derecho*, no siendo preciso resolver sobre los demás temas controvertidos.

Cuarto.—A mayor abundamiento, y para evitar innecesarias tautologías, se da por reproducido el acertado y exhaustivo informe del Registrador a los folios 45 a 132.

Quinto.—Que no se hace pronunciamiento sobre las costas de este recurso al no apreciarse bastantes méritos para ello, al amparo de los artículos 118 y 130 del Reglamento Hipotecario.

Vistos los artículos, sentencias citadas y demás de aplicación.

El Presidente de la Audiencia Territorial, Jaime Amigó de Bonet, dijo: Se desestima el recurso interpuesto por don ..., en nombre y representación de ..., y se mantiene la nota del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona a que se refiere el recurso, sin hacer pronunciamiento sobre imposición de costas a ninguno de los interesados.

Notifíquese este auto a la parte recurrente y al señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, haciéndose constar que contra esta resolución cabe recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de los quince días siguientes al en que se hubiese notificado la misma.

ASÍ lo acuerda y firma el excelentísimo señor don Jaime Amigó de Bonet, Presidente de esta Audiencia Territorial, de que yo, el Secretario de Gobierno, certifico.

IV. EL INFORME DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Según se acaba de indicar, el auto del Presidente de la Audiencia «da por reproducido» el informe del Registrador. Por ello se transcribe a continuación dicha informe, aceptado por el auto presidencial, y cuyo texto es el siguiente:

Don ..., Registrador de la Propiedad del Registro número 7 de Barcelona, en recurso gubernativo número 2/87, interpuesto por don ..., en su calidad de Presidente del Consejo de administración de «...», contra una nota registral al pie de la escritura de préstamo hipotecario otorgada por «...» y por don ... el 4 de noviembre de 1986, ante el Notario de Barcelona don ..., EMITE INFORME a que se refiere el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, conforme a la comunicación de V.E. de fecha veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y siete, en los siguientes términos:

I. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE PRESUPUESTO BÁSICO

Para que prospere un recurso gubernativo se requiere, ante todo, que exista el presupuesto fundamental previo del mismo, que es una calificación del Registro de la Propiedad reflejada en una nota de suspensión o denegación del documento, con expresión de los motivos.

Cuando el Registrador no extiende la nota de calificación porque tanto los interesados de la escritura como el presentante solicitan la inscripción prestando su conformidad en que se excluyan de la inscripción una serie de pactos, no hay nota de calificación del documento, sino nota de inscripción con indicación de los pactos excluidos con la conformidad de los interesados y presentante.

Esto es lo que ocurre en el presente caso. En la estipulación decimo-cuarta de la escritura *los interesados* aceptan de antemano la calificación y consienten que, denegando la inscripción de las cláusulas, párrafos, menciones o apartados de la escritura que no sean inscribibles, se inscriba el título y quede constituida la hipoteca.

En cuanto al *presentante*, ha prestado la «conformidad» a que se refiere el artículo 434 del Reglamento Hipotecario en el sentido de solicitar que se inscriba el documento con exclusión de los pactos no inscribibles. Así se indica en la nota al pie del documento y en la nota al margen del asiento de presentación.

En estas condiciones el Registrador no ha podido extender nota de calificación de suspensión o denegación, porque ha faltado la «*rogación*». En muchos casos los interesados no quieren que se ponga nota de calificación, porque no desean que los defectos subsanables o insubsanables figuren de modo expreso en el documento. Por eso el Registrador no puede extender *de oficio* la nota de calificación.

Y si no ha habido nota de calificación falta el presupuesto básico fundamental de un recurso gubernativo y éste es improcedente.

Confirman esta posición del Registrador los siguientes preceptos:

1.º El artículo 66 de la Ley Hipotecaria, según el cual «*los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado*».

2.º El artículo 434 del Reglamento Hipotecario concuerda naturalmente con el citado artículo 66 de la Ley, pues en sus párrafos primero, segundo, tercero y cuarto dice lo siguiente:

«Los títulos que se presenten en el Registro se devolverán a los interesados con *la nota que proceda, según los casos, una vez hecho de ellos el uso que corresponda o cuando caduque el asiento de presentación.*»

«*Si se practicaren los asientos, la nota expresará tal circunstancia, indicando la especie de inscripción o asiento que se haya hecho, el tomo y folio en que se halle, el número de la finca y el de inscripción o, en su caso, letra de la anotación practicada. Si el asiento se refiriese a varias fincas o derechos comprendidos en un solo título, se indicará, además, en todo caso, al margen de la descripción de cada finca o derecho, el tomo, folio, finca y número o letra del asiento de que se trate.*»

«Siempre que el Registrador *suspenda o deniegue* el asiento solicitado devolverá el título *con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación* y, en su caso, el tomo, folio, finca y letra de la anotación de suspensión que se hubiere practicado, *salvo que hubiesen solicitado la devolución del documento sin otra nota que la prevenida en el artículo 427.*»

«Cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación o a alguna de las fincas o derechos comprendidos en el título, en la nota deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, *salvo que el presentante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto, o hubieren desistido de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiere, en cuyo caso*

la nota indicará únicamente la circunstancia de la conformidad o del desistimiento, pero no los motivos de la suspensión o denegación.»

Dicho precepto en los últimos párrafos denomina «nota de despacho» a aquella por la que se indica la práctica de la inscripción. Pues bien, en el presente caso, existe una «nota de despacho», pero no una «nota de calificación».

3.º El artículo 429 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo segundo, dice:

«En todo caso, transcurrido el plazo de treinta días que señala el artículo 97, el Registrador extenderá la nota de calificación correspondiente o despachará el documento de acuerdo con su calificación, salvo que el presentante o el interesado le comunique, verbalmente o por escrito, que opta por retirar el documento, subsanar el defecto o pedir anotación preventiva por defecto subsanable, en su caso; solicitar la extensión de la nota de suspensión o denegación, con expresión de los motivos, o expresar su conformidad a la extensión del asiento, con eliminación de los pactos o estipulaciones rechazadas o con el alcance y contenido que exprese la calificación. Por nota al margen del asiento de presentación se hará constar la operación realizada.»

También en ese precepto se distingue claramente la nota de suspensión o denegación de la nota de despacho «con delimitación de pactos o estipulaciones».

4.º El artículo 117 del Reglamento Hipotecario dice: «Sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la *calificación* del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.» Si no hay nota de calificación no puede haber cuestiones relacionadas con ella, y mucho menos de «modo directo e inmediato».

5.º Dos resoluciones idénticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24 de agosto de 1984 confirman esta posición, pues establecen lo siguiente:

«Considerando que el carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino en que no se podrá extender la función calificadora, tal como declaró la Resolución de 19 de diciembre de 1966, más allá o a otros ex-

tremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación.»

«Considerando que este carácter rogado del procedimiento registral aparece reconocido especialmente en los artículos 433 y 434 del Reglamento Hipotecario, que autorizan al presentante o interesado en el documento o la devolución del título sin práctica de asiento alguno o la exclusión de alguna o algunas de las cláusulas que el mismo contenga o *manifestar su conformidad a que se despache el documento sin esa estipulación o pacto, y sin que en este caso haga constar el Registrador los motivos de suspensión o denegación.»*

«Considerando que como el recurso gubernativo —artículo 66 de la Ley Hipotecaria— *sólo puede interponerse contra la calificación* del título hecha por el Registrador, en la cual *se suspenda o deniegue* el asiento solicitado y habrá de rechazarse toda petición —artículo 117 del Reglamento— basada en otros motivos, es claro que *el procedimiento empleado no es el adecuado*, al fallar el sustento que legitima la puesta en marcha del procedimiento registral, o sea la calificación registral, si bien dado que el artículo 108 del Reglamento permite una nueva presentación del título que será objeto de la ulterior calificación, caso de que ésta fuera negativa para la práctica del asiento, cabe que entonces pueda, de acuerdo con los artículos 112 y siguientes del mencionado Reglamento, ser interpuesto el correspondiente recurso.»

Todos estos preceptos y resoluciones son aplicables al presente caso, puesto que:

a) Consta extendida en el documento la nota de «despacho», señalando escuetamente las cláusulas exceptuadas de inscripción, sin expresión de los motivos, ni si se trata de defecto subsanable o insubsanable, y al final de ella consta que es con «la conformidad del presentante de conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario». Además, ello concuerda con la estipulación decimocuarta en que los interesados mismos consienten la inscripción en esos términos.

b) A pesar de ello, se ha interpuesto recurso gubernativo contra una nota de despacho que no es la de calificación, faltando el presupuesto fundamental del recurso. Se trata de un recurso en el que no sólo falta el presupuesto básico, sino que, además, por ello, puede decirse que no ha sido interpuesto dentro del plazo que señala el artículo 113 del Reglamento Hipotecario. Este precepto dice que «el recurso gubernativo se promoverá dentro del plazo de cuatro meses *a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurre*». No corre el plazo porque el cómputo

se produce a partir de la nota contra la cual se recurra, nota que ha de ser, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la nota de calificación con expresión de los motivos y no la nota de despacho con exclusión de pactos con la conformidad de interesados (estipulación decimocuarta) y del presentante (art. 434 RH).

Por todo ello, este Registrador estima que procede la desestimación del recurso. Incluso cree que hubiera bastado alegar la aplicación del artículo 119 del Reglamento Hipotecario para que no se entre en el fondo.

Pero en el supuesto de que el órgano de resolución del recurso considere adecuado entrar en el fondo por razones de economía procesal o a efectos de doctrina, este Registrador emite informe sobre todo el fondo del asunto, en los términos que seguidamente se expresarán en sucesivos epígrafes.

Es más, este Registrador considera que, por la importancia de las cuestiones planteadas, procedería entrar en el fondo por razones doctrinales, al objeto de que quede clara la doctrina sobre toda una serie de estipulaciones abusivas en materia de hipotecas, que no son inscribibles y que afectan a millones de prestatarios.

Es decir, por un lado, este Registrador se ve implicado en el presente recurso sin haber podido extender la nota de calificación. Y como es un presupuesto fundamental considera que debe ser desestimado el recurso. Pero, por otro lado, una vez implicado en el recurso, considera que los pactos excluidos hieren la sensibilidad jurídica y debe dictarse doctrina sobre el fondo, excluyéndolos de la inscripción.

II. LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE PACTADA EN LA ESCRITURA NO ES INSCRIBIBLE POR INFRINGIR TODA UNA SERIE DE DISPOSICIONES

Aunque el Registrador informante no ha tenido oportunidad de extender una nota de calificación por existir conformidad de los interesados (cláusula decimocuarta de la escritura) y del presentante (art. 434 RH) en que se practicara la inscripción sin incluir esa cláusula y sin solicitar nota de calificación, según se ha dicho en el apartado anterior, sin embargo, existen numerosísimas razones para la denegación de la inscripción, según se indican a continuación.

1.º *La escritura infringe la Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España.*

Es curioso que en el escrito de recurso se aluda a esta Circular del

Banco de España, sin tener en cuenta que es lo primero que infringe la cláusula de la escritura.

Dice la cláusula segunda de la escritura, en el apartado 2.3, que «el tipo de interés aplicable a cada período sucesivo anual será el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado... vigente el día inicial del mes anterior al comienzo de cada período anual, incrementado en un margen del 0,75 por 100...» (la parte de la cláusula no transcrita será objeto de los demás apartados).

Pues bien, la Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, en su norma tercera, último párrafo del apartado a), exige que «el tipo preferencial de la entidad» sea «para operaciones de crédito o préstamo de plazo similar al período de interés».

Existe infracción de la Circular por dos razones:

a) *Porque en la escritura no se expresa a qué plazo se refieren los preferenciales que se señalan como tipo de referencia. Hay una gran imprecisión en la escritura.* La Circular, sobre la base de que pueden existir varios preferenciales, señala como requisito del contrato que el «plazo sea similar al período de interés». Si el período de interés pactado en la escritura es de un año, como cada año se pretende una modificación del tipo de interés, es necesario expresar en la escritura, para evitar confusiones y porque lo exige la Circular, que el tipo preferencial a tener en cuenta es el de «créditos a un año». Hay, pues, una imprecisión importante, pues no todos los preferenciales, ni todos los créditos hipotecarios, tienen el mismo tipo. Esta imprecisión por sí sola es ya causa suficiente para no inscribir esta cláusula, pues un extremo tan esencial como es la exactitud en la fijación del tipo de referencia queda *totalmente en nebulosa*, a efectos, por ejemplo, del procedimiento judicial sumario (el art. 131 LH alude a la «exactitud», que aquí es ya imposible), y a efectos del cálculo que puedan hacer los prestatarios, que se encontrarán con grandes dudas sobre esta cuestión. Y es que, efectivamente, no es lo mismo un tipo de interés para un crédito hipotecario a dos, tres, diez o veinte años, y tampoco es lo mismo un crédito para vivienda que para comercio o industria.

b) *Porque en la escritura se alude al «interés preferencial de créditos hipotecarios».* Hay aquí una mínima aclaración que lo que revela es otra infracción de lo dispuesto en la Circular. No hay apenas casos en la realidad social en que los créditos hipotecarios sean tan a corto plazo. Esto significa que se pretende aplicar a cada período anual de interés variaciones con arreglo a preferenciales previstos a «largo plazo», como son los créditos hipotecarios, sin tampoco precisar a qué plazo se refiere, pero que, lógicamente, hay que suponer que se tratará de un

plazo superior al de un año, que no coincide con el período de interés variable pactado en la escritura. No se adapta la cláusula a la Circular del Banco de España.

2.º *La cláusula de la escritura no toma como tipo de referencia, a efectos de la variación, un tipo de interés oficial, como podría ser el tipo que fije el Banco de España o disposiciones oficiales para un determinado tipo de préstamos, sino que acude al preferencial de una sola entidad denominada «...», sucursal en España. Si se hubieran utilizado tales módulos oficiales no habría habido problema para la inscripción de la cláusula de interés variable, porque no hay «una cláusula de interés variable», sino «cláusulas de interés variable», unas que son inscribibles —las objetivas, que cumplen las disposiciones— y otras que no lo son —como la de la presente escritura.*

3.º *No hay garantía de objetividad en la fijación del tipo de referencia. La «objetividad» es básica en Derecho. Nadie puede ser juez y parte. Se trata de un principio general de Derecho que se manifiesta en numerosos preceptos, uno de ellos el artículo 1.256 del Código Civil, que dice que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes». Por eso el tipo de referencia que se pacte a efectos de las variaciones anuales ha de señalarse con toda objetividad por un mecanismo por completo ajeno a la parte acreedora. Se trata de un principio del que parece partir el propio recurrente y en el que, por tanto, no hay discusión.*

Pues bien, en el presente caso en que el acreedor hipotecario es «...», se dice en la cláusula segunda de la escritura (núm. 2.3, ya citado) que el tipo de referencia es «el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado por ‘...’ al Banco de España». Nada más se dice en la escritura de esta denominación, no habiendo datos esenciales sobre identificación, inscripción, domicilio, etc.; ni siquiera una denominación entre «comillas».

El recurrente, en su escrito de recurso, se preocupa de destacar que se trata de dos «entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas, y así se expresa en la escritura».

Ante todo, este Registrador hace constar que, como no ha tenido posibilidad de extender la nota de calificación, no ha podido expresar en ella los motivos para la no inscripción de la cláusula. Pero no cabe duda que entre esos motivos hay que incluir, aunque no como única razón, esta falta de objetividad del tipo de referencia o al menos falta de determinación de la entidad que lo ha de fijar. Este Registrador tiene dudas, resultantes de los términos de la propia escritura objeto de re-

curso, respecto a la relación o identidad entre ambas entidades. En una cuestión como el interés variable, que es una figura de nueva creación y que afecta vitalmente a los intereses de los prestatarios y a su patrimonio, por tener relación con los sucesivos cambios anuales de tipo de interés, es necesario aclarar, pero no en el escrito de recurso sólo, sino en la propia escritura, que se trata de dos «entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas». Y no puede decirse, como dice el recurrente, que «así se expresa en la escritura». En la escritura se expresa sólo la identificación, domicilio y datos de inscripción de la entidad prestamista «...». En cambio, ninguna identificación, circunstancia, domicilio, datos de inscripción en el Registro Mercantil, etc., se señalan respecto a «...», que encima es una sucursal y no una persona jurídica, sin que se expresen los datos de la persona jurídica. Por el contrario, se trata de una entidad que sólo aparece nombrada una vez, como de pasada, y sin entrecomillar. En un asunto de vital importancia como el interés variable, cabría hacerse estas preguntas: ¿Es la misma entidad que «...», de la que sólo la separan unas pocas letras? ¿Tiene personalidad jurídica? ¿Cuál es su domicilio y su inscripción en el Registro Mercantil? ¿Cuál es el domicilio, ámbito, nacionalidad y personalidad jurídica de la persona matriz? A través de los datos de inscripción en el Registro Mercantil el prestatario tendría la oportunidad de comprobar si los órganos gestores son o no los mismos que la otra entidad.

Pero es que, además, el recurrente en su escrito de recurso prefiere ampararse en la imprecisión de la escritura, pues ni por un momento quiere explicar algo sobre la relación o no entre ambas entidades, sino que, al contrario, se cierra sobre los datos —más bien falta de datos— de la escritura.

Hay que observar también que en numerosas escrituras de préstamo que aparecen en la práctica la entidad acreedora se denomina a lo largo del contrato de diferentes maneras: una, la completa denominación, y otra, la vulgar o nombre con que se la conoce en la práctica. Así, por ejemplo, se lee a veces de modo indistinto «Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares» o «La Caixa»; «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona» o «Caja de Barcelona»; «Banco Español de Crédito» o «Banesto»; «Banco de Santander» o «Bansander», etc. ¿Estamos también aquí ante meras variantes terminológicas? ¿Es la entidad acreedora una sucursal en sentido económico de la casa matriz? Es la escritura pública la que debe precisar las identificaciones, pues en otro caso es incompleta la forma de expresar la persona jurídica, que ha de ser con los datos completos de identidad, conforme al artículo 51, regla 9.^a, del Reglamento Hipotecario, y en el presente

caso el precepto no se cumple respecto a la denominación y circunstancias de «...».

Por otra parte, aun suponiendo que desde un punto de vista de las formalidades se tratara de dos entidades y no de una sola, ello no quiere decir que, a efectos de la fijación del tipo de interés variable carezca de relación entre sí. Sabido es que existen en la realidad numerosos casos de sociedades «instrumentales», que sirven a los fines exclusivos de otra entidad. Como se trata de una materia carente de regulación, como es el interés variable, hay que extremar las precauciones a la hora de configurar los requisitos del tipo de referencia, para evitar el fraude consistente en que lo que no está permitido y el propio recurrente reconoce —fijación del preferencial por la propia entidad— se consiga por la vía retorcida de acudir al preferencial de una entidad instrumental de la primera. En el presente caso hay base objetiva para apreciar dudas sobre la relación o dependencia entre dos entidades que responden en su denominación al «...» y que por «casualidad» se encuentran juntas en una misma escritura, tomando una los tipos preferenciales de la otra para obtener una variación anual del préstamo hipotecario concertado con un prestatario.

4.º No es procedente remitirse *al tipo preferencial de una sola entidad*. Resulta bastante insólito en la práctica actual que se utilice como tipo de referencia el de una sola entidad y no la media de una serie de entidades. Actualmente, por el contrario, la mayor parte de las entidades crediticias (basta comprobar cualquier modelo de escritura de préstamo hipotecario de «Caja de Pensiones», «Caja de Barcelona», «Banca Catalana», «Banco de Bilbao», etc.) utilizan como tipo de referencia la media aritmética de los preferenciales de una serie de entidades crediticias distintas de la propia entidad acreedora.

Precisamente se trata de un problema ya debatido en la práctica. Tras unos primeros años de desorientación en esta materia, en que partían de los preferenciales de la propia entidad, las entidades crediticias más relevantes y conocidas en Cataluña cambiaron hace ya tiempo sus modelos de contratos, estableciendo ese otro sistema de tipo de referencia que nada tiene que ver con la fijación del preferencial de la propia entidad, ni siquiera con el de una sola entidad, aunque sea distinta. Por el contrario, se fijan los preferenciales del modo que se acaba de señalar, es decir, remitiéndose a la media aritmética de los preferenciales de seis o más entidades crediticias totalmente diferentes de la entidad acreedora. Con ello lo que se busca es la objetividad de los preferenciales, señalándolos por referencia a la media del mercado crediticio de enti-

dades que ofrecen alguna significación y diferencia con la entidad acreedora (por ejemplo, una media de varios bancos y cajas de ahorro).

La fijación de este sistema más objetivo es consecuencia de una serie de estudios y calificaciones registrales de antiguas escrituras. Ante esta situación que se da en la práctica y que aparece ya bastante consolidada se pretende ahora en la presente escritura aplicar un sistema de referencia en la variación, que no sólo no es objetivo, sino que no representa ningún valor en el mercado crediticio, que es el fundamento de la aparición de los preferenciales. La pregunta es obligada: ¿Por qué se alude en la escritura al preferencial de «...»? ¿Por qué no se acude a una pluralidad de entidades, que reflejaría de modo objetivo el preferencial del mercado crediticio?

Sobre esta cuestión, este Registrador ya escribió hace tiempo unas notas en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en el número 560, enero-febrero de 1984, páginas 9 y siguientes, mostrándose partidario del sistema de media aritmética de preferenciales objetivos, que actualmente es el que predomina en la práctica, según hemos visto.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, en relación con la cláusula de estabilización de rentas o pagos mensuales en el «leasing inmobiliario», del que él se ha ocupado en profundidad en una ponencia presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, es partidario de aplicar esos mismos criterios para la admisión registral de las cláusulas de interés variable, que él resume así: «tipo de referencia objetivo, equidad contractual que impida su carácter abusivo, redacción clara, etc.». (En el libro *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, pág. 833, publicado por el Centro de Estudios Hipotecarios en el año 1985.)

Por el contrario, en la cláusula de la presente escritura se utiliza exclusivamente el preferencial de una sola entidad, que encima es una sucursal de otra. ¿Cómo puede ser un tipo de referencia objetivo el que no responde a ningún módulo oficial ni tampoco a la media del mercado crediticio de varias entidades?

5.º *La cláusula de interés variable de la presente escritura no cumple el principio hipotecario de determinación o especialidad, por mezclar dos conceptos totalmente diferentes como son los intereses variables y los intereses de demora.*

El principio de determinación o especialidad es uno de los principios fundamentales del sistema hipotecario que en materia de hipotecas tiene una serie de manifestaciones ya reconocidas por la ley, por la jurisprudencia y por la doctrina (distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, separación de responsabilidad hipotecaria entre va-

rias fincas, separación de responsabilidades por los conceptos de capital, intereses y costas; imposibilidad de englobar cantidades de capital con intereses, o de intereses con costas, o de intereses de demora con costas, etcétera).

La no separación de cantidades que son diferentes en concepto y en sus efectos atenta contra el principio de especialidad, pues ello induce a gran confusión a los terceros, permitiendo además al acreedor un campo de maniobra inadmisibile.

Pues bien, en la escritura del presente recurso se produce mezcla, confusión o englobamiento de los intereses ordinarios con los de demora. Esta es precisamente la causa de no inscripción de los intereses de demora, según se desarrollará más adelante. Y es también una causa fundamental —una entre varias— para la no inscripción de los intereses variables. Efectivamente, en el pacto de «constitución de hipoteca» de esta escritura (cláusula undécima, número 11.2.ii) se engloba la responsabilidad hipotecaria de «los intereses (*incluidos los de demora*) correspondientes a tres anualidades», señalando un máximo *por ambos conceptos* de dos millones de pesetas. Por eso, en la nota registral al pie del documento sólo se ha inscrito la referencia a intereses ordinarios de tres anualidades, sin comprender en la inscripción ni los intereses de demora, ni los intereses variables, ni esa cantidad máxima que engloba conceptos totalmente diferentes. El tipo objeto de inscripción, según se dice en la nota al pie del documento, es el inicial del 14 por 100. Y ello con la conformidad de los interesados (cláusula decimocuarta de la escritura) y con la conformidad del presentante (art. 434 RH).

Sin perjuicio de desarrollar más adelante este argumento, al hablar de los intereses de demora, aparece aquí una nueva razón por la no inscripción de la variación del interés. La cifra de máximo es esencial para la cláusula de interés variable, según han reconocido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, pues la conciben como «hipoteca de seguridad» con señalamiento de máximo. Pero en el presente caso no se expresa el máximo por el concepto de variación de interés, sino que se engloba con los intereses de demora, concepto totalmente diferente que nada tiene que ver en su fundamento y efectos con la cláusula de interés variable. Ello atenta contra el expresado principio de determinación o especialidad.

Igual que el concepto de «costas» exige expresar una cantidad específica máxima por tal concepto, que no se puede englobar ni con los intereses variables ni con los intereses de demora, tampoco se pueden en-

globalar las cantidades máximas de intereses variables y de intereses de demora.

En el presente caso se ha señalado un máximo global por ambos conceptos, lo que es inadmisibles por falta de claridad y de determinación. Además, ello permitirá la maniobra de exigir a conveniencia intereses variables o de demora, según le sea más ventajoso a la entidad acreedora, prescindiendo de lo que pueda interesar al prestatario y a los terceros. Y, en todo caso, puede dar lugar a gran confusión en el tráfico, a efectos de información a los terceros sobre las cantidades de que responde la finca.

Luego veremos la diferencia entre intereses ordinarios e intereses de demora y la naturaleza de éstos, como fundamento de este nuevo defecto de la escritura.

6.º *La cláusula de interés variable de la escritura infringe el criterio de objetividad resultante del artículo 219 del Reglamento Hipotecario.*

Este artículo 219, número 3.º, regula los requisitos de las cláusulas de estabilización del capital en las escrituras de préstamos hipotecarios. Ante la falta de una regulación legal de las cláusulas de interés variable, y para suplir la laguna, no cabe duda de que ha de aplicarse por analogía el sistema objetivo resultante de dicho precepto. No se trata de mantener la identidad entre cláusula de estabilización del capital y cláusula de interés variable, sino de aplicar el mismo principio inspirador en esta materia de variación de cantidades objeto de la hipoteca.

Pues bien, existen, a la vista del número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, dos infracciones al mismo en la presente escritura de hipoteca, que son las siguientes:

a) El artículo 219, 3.º, señala unos módulos objetivos para que pueda admitirse, a efectos hipotecarios, el pacto de estabilización del capital. No se trata de aplicar esos mismos módulos, sino de aplicar el criterio o requisito de «objetividad» también a los intereses variables, de tal modo que el tipo de referencia se calcule sobre bases objetivas, tal como se ha indicado con anterioridad, pero que ahora se expone fundamentado en el artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario.

b) El artículo 219, 3.º, exige en la circunstancia segunda que «en la inscripción conste la cifra del tipo o módulo vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura». Trasladando este requisito al supuesto de interés variable, es necesario que en la escritura de hipoteca se exprese el tipo de referencia vigente en la fecha del otorgamiento. En la práctica, así se suele expresar, según resulta de los modelos de escrituras de otras entidades crediticias, pues es un dato informativo importante para las

partes y para terceros. Así, por ejemplo, se suele expresar que el tipo de referencia constituido por la media de preferenciales que señala es en el momento de la escritura un 14 por 100, por ejemplo. Y que en lo sucesivo el interés variará añadiendo «un diferencial» (de un punto o medio punto) a esa media que constituye el tipo de referencia.

Ese sistema no es el que sigue la presente escritura, que se limita a remitirse a los preferenciales de un solo Banco, aludiendo al incremento de 0,75 como diferencial. Al no expresarse en la escritura el tipo de referencia actual, no se sabe si ese diferencial de 0,75 puntos responde o no a capricho o arbitrio o a la realidad objetiva. Se trata, por tanto, de una infracción al artículo 219, 3.º, 2.ª, que tiene plena justificación también en las cláusulas de interés variable.

Más adelante se desarrollará la explicación de este artículo 219 del Reglamento Hipotecario, que es fundamental a efectos de la cláusula de interés variable.

7.º El sistema de comunicación al prestatario que se estipula en la escritura no ofrece la más mínima garantía.

En el número 2.4 de la cláusula segunda de la escritura objeto de recurso se regula un sistema de comunicación del nuevo tipo de interés al prestatario que es totalmente insuficiente e inadecuado, a efectos de la garantía de éste.

Si se tratara de «módulos oficiales» no habría mayor problema, pues la oficialidad del tipo y su anuncio a través de disposiciones oficiales permitiría un conocimiento directo por parte de prestatarios y terceros. Pero cuando se trata de preferenciales, y más todavía cuando el preferencial es el de «...», hay una enorme desigualdad en cuanto a la posibilidad de información entre entidad prestamista y prestatario, a efectos de previsiones, cálculos y plazos para rescindir el contrato. La Orden del entonces Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, en su artículo 3.º, que regula el interés variable, exige no sólo que se pacte un tipo de referencia, sino también que se pacte la llamada «cláusula de rescisión», es decir, la posibilidad de desistimiento por parte del prestatario, si no le conviniera el nuevo tipo de interés resultante de la variación de cada período. Pero para hacer efectiva la cláusula de rescisión el prestamista debe comunicarlo al prestatario con antelación suficiente para que éste, a su vez, decida si continúa con el préstamo al nuevo tipo o si desiste del contrato devolviendo las cantidades pendientes.

Por eso, el sistema de comunicación que se pacte en una figura nueva como la cláusula de interés variable es también fundamental para la completa configuración de la misma. Por eso, en la práctica, las entidades

crediticias más conocidas, después de sucesivos tanteos, han llegado a sistemas de regulación de la comunicación minuciosos y aceptables para ambas partes contratantes.

En cambio, en el presente caso, se observa que es insuficiente el pacto de notificación. Es una cuestión que apenas se regula en la escritura, y tratándose de una cuestión que afecta directamente a los intereses individuales de la parte prestataria, ya que puede aceptar el nuevo tipo o desistir del contrato, la notificación ha de ser directa, individual y concreta y, sobre todo, ha de tener una mínima regulación en el documento, pues en otro caso el prestatario podría alegar indefensión ante cualquier comunicación no fehaciente. Por eso han de considerarse requisitos necesarios que en la escritura se pacte y articule ordenadamente un sistema de notificación al prestatario que ofrezca las mínimas garantías de recepción, e incluso que se señale un domicilio para recibir notificaciones, a efectos de notificación de la variación del interés.

8.º La cláusula de interés variable de la presente escritura no se adapta al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984 ni al artículo 51 de la Constitución.

Las cláusulas de interés variable de las entidades crediticias responden al sistema de «condiciones generales de los contratos» que se imponen al «consumidor», pues son cláusulas uniformes para todos los préstamos, respecto a las cuales el consumidor sólo puede adherirse o, en otro caso, no recibir el préstamo.

Precisamente se han planteado a la vez dos recursos por la misma entidad en relación con dos escrituras de fecha diferente, pero que tienen la misma cláusula de interés variable. Son escrituras en las que se trata del mismo acreedor, la entidad «...», pero que están autorizadas ante Notarios distintos y respecto a prestatarios diferentes. Y, sin embargo, tienen las mismas cláusulas. Son los recursos 2 y 4 del año 1987, es decir, el presente recurso y otro.

Ante tal situación de «uniformidad de condiciones generales impuestas» por una parte a la otra, es directamente aplicable el artículo 51 de la Constitución, que en su apartado 1 establece: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.» Y en su apartado 2 establece que «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».

La Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984 desarrolla este artículo 51 de la Constitución, en términos que no dejan lugar a dudas respecto a la necesidad de evitar abusos en las cláusulas de interés variable.

Pues bien, la cláusula de la presente escritura, a diferencia de las cláusulas de interés variable de otras escrituras, atenta prácticamente contra casi todos los apartados del artículo 10 de la citada Ley de Defensa de los Consumidores.

Se trata de una cuestión que será desarrollada más adelante, después de exponer la normativa vigente, pero que en este grupo de razones sobre la no inscripción de la cláusula de la presente escritura es necesario resaltar desde ahora.

9.º La inscripción de una cláusula de interés variable que no reúne los requisitos de inscripción puede producir un daño irreparable si tal cláusula va a la ejecución por vía del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La necesidad de calificar adecuadamente la cláusula de interés variable antes de practicar la inscripción y la necesidad de extremar los mínimos requisitos exigibles se pone todavía más de manifiesto, y es por ello un argumento más para rechazarla en el presente caso, si se tiene en cuenta que si se inscribiera sin cumplir los requisitos el acreedor podría ir directamente a la ejecución de los intereses variables, incluso por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que en ese momento cupiera ninguna alegación por parte del prestatario, pues en ese procedimiento no hay trámites hábiles para tales alegaciones (salvo los casos del art. 132). La cuestión es especialmente grave, pues el Juez de Primera Instancia de dicho procedimiento no tiene ya medios hábiles para impedir la ejecución, aunque existieran infracciones en la cláusula, pues sabido es que el procedimiento judicial sumario se basa exclusivamente en el contenido del Registro. Por eso es tan importante extremar el cuidado en esta materia de las cláusulas variables, más si sabe que en otras materias en que aparecen perfectamente determinadas en el procedimiento judicial sumario.

Después insistiremos en este aspecto, que no puede pasar inadvertido después de la nueva regulación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria dada por la Ley de 14 de mayo de 1986.

REFERENCIA GENERAL A LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

La cláusula de interés variable con referencia a tipos preferenciales tiene su origen en el ámbito del Derecho internacional y concretamente

en el Derecho norteamericano. Una aplicación muy conocida de la misma se ha producido respecto a los préstamos por una gran empresa bancaria con Estados sudamericanos.

Pero si en el ámbito internacional de las relaciones entre Estados o entre grandes empresas bancarias y Estados la regulación de la figura obedece a otros planteamientos propios de una mayor relación de equilibrio entre las partes o de consideraciones políticas y económicas, en el ámbito del Derecho positivo interno de un país continental como España, los requisitos de la nueva figura han de obedecer a otros criterios relacionados con el sistema propio de instituciones y con el orden público económico de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, si en el Derecho norteamericano y anglosajón los principios que rigen esos sistemas pueden permitir la aplicación de una normativa diferente sobre preferenciales, en cambio, en el ordenamiento jurídico español hay que tener en cuenta otras perspectivas que limitan una desmesurada aplicación de la cláusula de preferenciales.

Por eso, lo que en el ámbito internacional o de ciertos sistemas extranjeros podría admitirse, ha de merecer distinto tratamiento y tener distintos límites en el ordenamiento jurídico español.

Por eso, el estudio y el análisis de la cláusula de interés variable ha de hacerse en relación con el ordenamiento positivo vigente y no desde perspectivas economicistas o tomadas del ámbito internacional o de Derechos extranjeros.

En consecuencia, admisión de la «cláusula de interés variable» en la nueva realidad jurídica y social de los préstamos de entidades crediticias, sí; pero calificación de los requisitos y límites con que ha de ser admitida esta nueva figura para que no suponga contradicción con el fundamento del contrato ni con el orden público inmobiliario.

Por eso, aunque no hay demasiados preceptos en el Derecho positivo vigente sobre la cláusula de interés variable, existen principios fundamentales que no pueden ser vulnerados por la entidad crediticia que representa la parte fuerte del contrato con tales condiciones generales.

Partiendo de esta idea general, se señalan a continuación los preceptos y resoluciones que se han ocupado de la cláusula de interés variable, con la finalidad de confirmar, partiendo de la normativa vigente, la exclusión del Registro de aquellas cláusulas de interés variable que no cumplen los mínimos requisitos de legalidad, sin perjuicio de admitir la inscripción de aquellas otras cláusulas de interés variable que cumplan los requisitos de objetividad y claridad.

He aquí la lista de preceptos y resoluciones tenidos en cuenta en la calificación de la presente escritura:

1.º *El citado artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario*, que, aunque referido a «cláusulas de estabilización del capital», según se ha expresado, revela claramente cuál es el criterio del legislador sobre la necesidad de «módulos oficiales y objetivos» en institución tan delicada como es el préstamo hipotecario.

2.º *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1972*, que se refiere a la inscripción de una cláusula de interés variable, pero con dos importantes particularidades:

a) Que contempla una cláusula relativa a «variaciones en virtud de disposición ministerial» (módulo oficial y objetivo), y en esto hay una gran diferencia con la cláusula de interés variable del presente caso objeto de recurso, en que se trata del «interés preferencial particular y subjetivo de una entidad».

b) Que destaca expresamente la exigencia del principio de especialidad consistente en señalar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, caso que en el presente caso objeto de recurso aparece enturbiada por no quedar precisados los distintos máximos correspondientes a intereses variables y a intereses de demora.

3.º *La Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981* liberaliza los tipos de interés y regula los préstamos a tipo de interés variable, exigiendo dos condiciones: a) que se pacte un tipo de referencia; b) que se pacte la cláusula de rescisión. Al no precisar los requisitos de una y otra condición es necesario completarla acudiendo a los principios resultantes del Código Civil, y concretamente a la objetividad que señala el artículo 1.256 y a los límites derivados del artículo 1.255. En todo caso, la cláusula de rescisión exige un sistema adecuado de notificación al prestatario, comunicándole el nuevo tipo de interés con unas garantías mínimas que no se dan en el presente caso. La Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España completa algunos aspectos de esta Orden, y concretamente establece el requisito antes señalado y que no cumple la presente escritura de que se señale «un plazo similar al período de interés» respecto al tipo de interés preferencial. Otro requisito que establece la Circular es la necesidad de señalar un «diferencial», cosa que en la presente escritura se hace, como es natural (0,75 puntos de incremento), pero sin señalar el tipo vigente en el momento del otorgamiento de la escritura respecto al cual hay que aplicar el aumento de 0,75 puntos que es el diferencial.

4.º *Las Resoluciones idénticas de 26 y 31 de octubre de 1984* de la Dirección General de los Registros y del Notariado se refieren a su-

puestos de «cláusulas de interés variable» en que la revisión se pacta para el supuesto de que «por disposición oficial fuera variado el tipo de interés de los préstamos».

Ambas resoluciones son interesantes, pero no se refieren para nada al supuesto de interés «preferencial de la propia entidad crediticia» o de otra «entidad particular y única», como es el caso ahora planteado en este recurso.

El último «Considerando» de ambas resoluciones es muy claro sobre al supuesto de interés «preferencial de la propia entidad crediticia» o de ellas, pues dice: «Considerando que, *ciñéndose exclusivamente al concreto problema debatido, y sin entrar en otros planteamientos que pueden producirse en este tipo de cláusulas de interés variable por ser ajenos a este recurso*, es indudable que si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio, respecto de la cláusula de fluctuación de interés, se está ante una *hipoteca de seguridad que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad*, circunstancia que no se ha hecho constar en la presente escritura, que se ha limitado simplemente a prever su repercusión sin ninguna referencia al límite máximo que puede alcanzarse, por lo que, ante esta indeterminación, no cabe que en su actual redacción pueda acceder a los libros del Registro, si bien el defecto tiene el carácter de subsanable.»

De estas dos resoluciones se desprende lo siguiente:

a) La prudencia con que tratan del problema, en un tema en el que la calificación ha de responder a una meditación profunda.

b) La admisión de las cláusulas cuando se refieren a «revisiones de interés en virtud de disposiciones oficiales», cosa perfectamente admisible, y que no es el caso de la escritura objeto de recurso.

c) La configuración clarísima de la cláusula de interés variable como supuesto de «hipoteca de seguridad», con necesidad de señalamiento de un máximo, lo que, en relación con el caso que es objeto de este recurso, no puede entenderse cumplido si se mezcla esa hipoteca de seguridad con los intereses de demora, que nada tienen que ver con el fundamento y caracteres de los intereses ordinarios, como tampoco tiene que ver ninguno de ellos con las costas, lo que implica señalar cantidades diferentes de responsabilidad máxima por cada uno de los tres conceptos, cosa que no se hace en la presente escritura.

d) La inclusión del tema de las cláusulas de interés variable dentro del ámbito de la calificación registral y la necesidad de resaltar en este campo concreto la independencia de la función calificadora. En este sentido, el Considerando segundo de ambas resoluciones dice lo siguiente:

«El Registrador, en base a la independencia de su función calificadora y a las facultades de que goza con arreglo a ella.» Se trata, por tanto, de evitar condiciones generales repetidas en todas las escrituras que hayan sido impuestas por la entidad crediticia sin atenerse a las mínimas condiciones para el acceso de la cláusula al Registro.

5.º Recientemente, la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ha hecho una breve alusión al interés variable, en los siguientes términos: «(como documento que ha de aportar el actor en el procedimiento señala el siguiente:) 4.º El documento o documentos que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable, permita determinar dicho tipo *con exactitud*, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética, si el tipo de los intereses reclamados no vienesse determinado en la certificación registral ni en la copia autorizada a que alude el último párrafo del número segundo de esta regla».

Aquí se comprueba también la prudencia del legislador sobre esta cláusula, como no podía ser de otra manera.

Ante todo, hay que observar que no se refiere a los requisitos de *calificación e inscripción* de la cláusula de interés variable. Es un precepto en sede de *ejecución* del procedimiento judicial sumario del artículo 131 y, por tanto, para nada se refiere ni podía referirse al problema de los requisitos de validez e inscribibilidad de las cláusulas de interés variable. Estamos en la fase de ejecución en que el procedimiento judicial sumario parte exclusivamente del contenido de los asientos del Registro, y sobre esa base, y bajo el presupuesto de la existencia de un máximo, exige la fijación del tipo con exactitud en el momento de la ejecución. «Exactitud» que no puede producirse cuando en el momento de pactar el interés se prevé un sistema confuso de intereses preferenciales, que es lo que ocurre en este caso, en que remite a los «intereses preferenciales para créditos hipotecarios», como si sólo hubiese un tipo de tales créditos. Pero lo que se quiere resaltar ahora es que el precepto, aunque se refiere a la figura de «interés variable», en nada prejuzga ni puede prejuzgar sobre los requisitos de calificación e inscripción, que han de obtenerse sobre la base del Derecho sustantivo e hipotecario, partiendo del estudio de los requisitos de legalidad y validez de la cláusula en concreto, como cualquier otra cláusula. Al igual que en el artículo 131, el legislador nada dice sobre requisitos de calificación e inscripción respecto al principal del préstamo y de las costas, pues es materia que con carácter previo pertenece a la fase de «inscripción», en relación con el interés variable; se limita a regular el «documento a efectos de ejecución», bajo el presupuesto de que la cláusula de interés variable esté inscrita

—para lo cual ha de ser previamente calificada—, en cuyos requisitos no entra ni puede entrar.

Por tanto, el artículo 131 reformado no ha pretendido resolver todos los problemas de la cláusula de interés variable. Ha resuelto el problema de la *ejecución* cuando la cláusula esté inscrita, ya que antes de la reforma cabía discutir cómo habría de ejecutarse tal cláusula en un procedimiento automático y sin base de alegaciones ni oposición ni excepciones como es el procedimiento judicial sumario. Ahora, al permitir el automatismo, lo que ha de procurarse es precisamente extremar más, si cabe, la calificación registral, pues antes de la reforma del artículo 131 siempre cabía la posibilidad de que, aunque por error se hubiera filtrado una cláusula improcedente en el Registro, el Juez quizá no aplicase luego el procedimiento judicial sumario. Pero ahora, al prever el legislador la ejecución de la hipoteca con tal cláusula, y dado que es ya irremediable para el prestatario que la ejecución se le venga encima, han de estudiarse con mayor profundización y prudencia los requisitos de inscripción de una cláusula de «efectos tan contundentes en el procedimiento judicial sumario».

Por todo ello, el artículo 131, 4.º, no cabe duda de que se refiere a las «cláusulas previamente calificadas e inscritas»; no a las no inscritas, pues éstas, al no tener base registral, carecen de la posibilidad de ejecución en un procedimiento de base registral; que, dentro de las cláusulas de interés variable, inscribibles, no cabe duda de que están también las que obedezcan a baremos o módulos *oficiales*, como son las que se pacten en función del interés básico del Banco de España o de disposiciones oficiales y otros criterios oficiales; que no parece puedan inscribirse cláusulas con referencia a intereses preferenciales cuando éstos no son objetivos; y que, desde luego, es totalmente inadmisibile la inscripción de una cláusula de interés variable que carece de objetividad e imparcialidad, como es la de la presente escritura, respecto a la cual el artículo 131, 4.º, de la Ley Hipotecaria lo que está pidiendo precisamente es que no se inscriba, pues si se inscribe faltando a la legalidad el Juez del procedimiento judicial sumario no tendrá más remedio que proceder a la ejecución, pues cumpliendo él la legalidad no puede paralizar la ejecución al basarse exclusivamente en el contenido registral. En cambio, el trámite de calificación registral, es el momento adecuado para dar el alto a las cláusulas de interés variable que no reúnan los requisitos adecuados, pues después «es ya demasiado tarde» para «el prestatario».

6.º Por último, es disposición fundamental la ya citada Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores de 19 de julio de 1984, y concretamente su artículo 10, que impide la inscripción de cualquier

cláusula de interés variable, y claramente de las que no reúnan los «mínimos» en perjuicio del consumidor, como la que aquí nos ocupa. Esta ley ha de ser objeto de especial atención en un epígrafe independiente, por su trascendencia a efectos del presente recurso.

La Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y las cláusulas de interés variable

La Ley de 19 de julio de 1984 desarrolla el artículo 51 de la Constitución, antes transcrito, en términos que no dejan lugar a dudas respecto a los abusos de la cláusula de interés variable.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS ha insistido sobre esta cuestión en un trabajo inédito sobre intereses variables.

Por tanto, una de las varias razones para que «...» no pueda variar los intereses del préstamo hipotecario concertado con un particular en base a las variaciones que haga «...» de sus intereses preferenciales de créditos hipotecarios incrementado en 0,75 puntos es que en España existe la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor, que en su artículo 10 protege al prestatario en estos casos.

La aplicación de la ley citada es clara por lo siguiente:

1.º Estamos en presencia de un «consumidor» que es el prestatario. El artículo 1.º, 2, de dicha ley establece: «A los efectos de esta ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

2.º Se trata de una defensa del consumidor frente a cláusulas que establezcan condiciones generales, pues el artículo 10, 2, establece:

«A los efectos de esta ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.» En el presente caso hay dos recursos idénticos, lo que demuestra que las escrituras son idénticas.

Estamos, pues, ante un consumidor del bien derivado del préstamo y ante una empresa que establece condiciones generales uniformes.

En el artículo 10 de la ley se exige como requisito, entre otros, bajo

sanción de nulidad parcial (nulidad de la cláusula), que exista «buena fe y *justo equilibrio* de las contraprestaciones, lo que entre otras cosas excluye: ... las cláusulas que, *de cualquier forma*, faculten al vendedor (vendedor en el sentido del número 1: 'venta de productos o servicios') a *incrementar el precio aplazado del 'bien'* ('bien' en el sentido del concepto de consumidor o usuario del art. 1.º) durante la vigencia del contrato».

Se excluyen también: «Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario.» La facultad de resolver el contrato en virtud de no aceptar el nuevo tipo de interés fijado por la parte prestamista, dando un plazo de treinta días para la devolución, implica dejar en manos de la parte prestamista el mantenimiento del contrato con distintas condiciones o provocar su resolución en base a un tipo inaceptable.

Se excluyen asimismo: «Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.»

«Posición de desequilibrio», porque todo se hace depender de intereses que dependen directa o indirectamente de la parte prestamista.

«Condiciones abusivas del crédito», por la misma razón.

Se excluyen igualmente: «Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.» También se incide en este apartado, puesto que las variaciones de intereses obedecerán en el futuro a aspectos que nada tienen que ver con el prestatario, sino que son problemas en las entidades prestamistas, ya que aumentarán los intereses por dificultades internas de ellas mismas (sus propios gastos de locales, personal, problemas económicos, etc.), que con esta cláusula de interés variable tratan de repercutir sobre el cliente con el que ya concertaron una operación y que, por tanto, son incrementos de precio que no corresponden a ninguna «prestación adicional». Por otra parte, se está cambiando la naturaleza del contrato de préstamo, que de conmutativo pasa a ser «aleatorio» para el prestatario, sin justificación alguna desde su posición, pues la única razón son los posibles problemas futuros de las entidades prestamistas, que quieren mantener a toda costa los intereses conforme a mercado o conforme a sus propias decisiones. No se le puede obligar que bajo la

firma de un contrato de préstamo se le haga contratar en contrato de juego, suerte o azar.

También se excluyen: «La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.»

Para aplicar este último apartado del artículo 10 hay que observar que en las variaciones de preferenciales influyen también posibles errores de cálculo de entidades bancarias, por una mala previsión o gestión, junto a otras cuestiones de mercado crediticio, que aparecen todas ellas en una bolsa final, que nos da el «nuevo preferencial». ¿Por qué va a tener que soportar el consumidor los defectos de gestión u organización que, junto con otros motivos, puedan dar lugar a subidas de preferenciales? El «preferencial» es un monstruo de mil cabezas que depende de vicisitudes en las que ninguna intervención tienen los prestatarios y sí, en cambio, las entidades prestamistas.

Y que no se diga que el «consumidor» ha firmado libremente el contrato de préstamo hipotecario y que por ello le obliga, puesto que el artículo 2.º, 3, de la ley dice que «la renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es *nula*».

También tiene gran importancia a efectos de calificación registral el número 4 del artículo 10 de la ley, en cuyo párrafo inicial dice: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.»

Esta ley se dirige también a todas las autoridades y funcionarios públicos, y por ello, al tratarse de un problema de «nulidad de pleno derecho», el Registrador, al amparo de lo dispuesto en esta ley y de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no puede permitir el acceso al Registro de una cláusula de la escritura objeto de recurso, que estima afecta a la «validez del acto dispositivo» a que se refiere dicha cláusula, y la considera como no puesta, conforme a la repetida Ley de 19 de julio de 1984.

Además, el artículo 10 exige «concreción, claridad y sencillez en la redacción» de las cláusulas, «con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato». Aquí se alude a «preferenciales de créditos hipotecarios» de «...», sin proporcionar ningún documento o certificado acreditativo de los actuales preferenciales ni del que se elige como tipo dentro de los varios que puedan existir por la clase y plazo

de operaciones. La aportación de ese documento quizá explicaría por qué se alude a un incremento de 0,75 puntos sobre el preferencial, pues en otro caso no hay justificación de tal incremento, y queda la cláusula sin explicación. Lo mismo ha de decirse del sistema de notificaciones, con muchas lagunas respecto a la forma que ha de llegar al destinatario la notificación, aspecto éste que ya ha sido desarrollado con anterioridad al señalar las infracciones de la escritura.

La regulación de la cláusula de estabilización del capital en la legislación hipotecaria (art. 219 RH) y referencia al orden público inmobiliario

Ante la falta de una regulación determinada de la cláusula de interés variable en las hipotecas en nuestro sistema, resulta sumamente interesante y significativo detenerse en el estudio de una cláusula similar que sí ha sido objeto de regulación en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, sólo que referida a «capital», en lugar de «intereses». Pero no se negará que la analogía es muy grande, pues es un precepto que regula las «cláusulas de estabilización», aspecto éste muy próximo a las «cláusulas de interés variable», sobre todo teniendo en cuenta que una y otra se refieren a riesgos futuros y no propiamente a obligaciones contractuales. Ambas se refieren también a aspectos económicos. Por todo ello la analogía es muy clara.

La regulación de las cláusulas de estabilización sobre el capital en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario parte, además, exclusivamente de consideraciones de Derecho hipotecario, es decir, de carácter inmobiliario, y no simplemente de Derecho civil. O sea que la legislación hipotecaria introduce unos límites y unos requisitos, además de los requisitos resultantes del Derecho estrictamente civil.

Ahora le toca el turno al legislador hipotecario, para destacar que, aparte de los requisitos civiles, existen unos requisitos hipotecarios específicos que impiden el acceso al Registro de cláusulas de interés variable o de estabilización del capital que no sean las previstas por el propio legislador.

¿Y por qué el Derecho hipotecario exige en las cláusulas de estabilización del capital más requisitos todavía, aparte de los de Derecho civil?

La contestación es clara si se parte del que puede denominarse «orden público inmobiliario». Este concepto y las ideas que siguen sobre este artículo 219 los tomo de MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, que tiene una serie de estudios inéditos sobre interés variable muy importantes.

Uno de los límites de la autonomía de la voluntad es el «orden público», aludido en relación con los contratos en el artículo 1.255, junto a las leyes y a la moral. ¿Qué es el «orden público»? Es «un conjunto de reglas cardinales que se deduce del sistema de valores imprescindibles que para cada ordenamiento conforman sus reglas imperativas y por cuyo desconocimiento se desnaturalizaría el mismo ordenamiento en su globalidad» (LACRUZ).

Hay diferentes manifestaciones de «orden público», según las instituciones de que se trate. Así, por ejemplo, en el «Derecho de las personas», es de «orden público» el respeto a la libertad personal, la igualdad entre los cónyuges, la imposibilidad de transigir sobre cuestiones relativas al estado civil. En materia de contratos es de «orden público» el respeto a la posición contractual de las partes, manifestado en los artículos 1.131, 1.132, 1.166, 1.256, 1.449 y 1.692 del Código Civil.

Pues bien, en materia inmobiliaria, existe el «orden público inmobiliario», que tiene varias manifestaciones. Una de ellas, por ejemplo, es la necesidad de diferenciar los derechos personales de los derechos reales y no permitir la «omnímoda» creación, sin límite alguno, de nuevas figuras reales si no es con los requisitos propios connaturales de un derecho real (sistema de *numerus apertus* con limitaciones de orden público inmobiliario). Y otra manifestación es el orden público inmobiliario como límite para que cualquier tipo de riesgo se impute a los inmuebles sin justificación alguna, produciendo una especie de vinculación de la finca en poder del acreedor. Desde esta perspectiva, el «orden público inmobiliario» impide que se puedan inscribir prohibiciones de disponer en actos a título oneroso, o por imposición del acreedor en las hipotecas; e impide también que se pueda producir una inmovilización del inmueble en el tráfico, afectándola a «riesgos» que exceden de lo que la ley permite que se garantice con hipoteca o derechos reales.

En definitiva, el «orden público inmobiliario» tiene por objeto la regulación del «estatuto real de los bienes inmuebles», con eficacia *erga omnes*, en aras a la conservación de su riqueza, la defensa del tráfico jurídico y la coordinación de las diferentes titularidades reales sobre los inmuebles. En este orden público se inserta el Registro de la Propiedad como institución que permite y protege el mismo.

El orden público inmobiliario tiene unos presupuestos y requisitos distintos de los que tiene el orden público contractual. Este último, salvo la necesidad de los requisitos de consentimiento, objeto y causa de los contratos y el respeto a las leyes, la moral y las buenas costumbres, otorga gran amplitud a los contratantes, porque sus efectos se producen sólo entre ellos y sus herederos (art. 1.257 CC).

Pero el ámbito real inmobiliario a través de la inscripción produce efectos *erga omnes* y tiene una trascendencia social que repercute en el tráfico jurídico. Y es por esto por lo que tiene límites más estrictos, no dependiendo únicamente de la voluntad de las partes en sus contratos.

Existen los límites de orden público inmobiliario derivados de la necesidad de proteger el tráfico jurídico frente a las vinculaciones y la inmovilización que éstas producen, así como la necesidad de coordinar todos los derechos reales que recaen sobre los inmuebles, evitando inimizades de la titularidad de cada uno de ellos en las otras. Y es de orden público la distinción entre derechos personales y derechos reales.

Pues bien, en las cláusulas de estabilización se manifiesta la necesidad de tener en cuenta la especialidad del «orden público inmobiliario» y la distinción entre derechos personales y derechos reales. Y en ella también se advierte el afán del legislador hipotecario por poner límites a la estabilización para evitar que la finca quede reducida a valor cero en el tráfico jurídico por vicisitudes externas al tráfico inmobiliario.

Si las consecuencias perjudiciales para la finca, derivadas de las cláusulas de estabilización pactadas, pudieran repercutirse libremente en el estatuto inmobiliario de las fincas, con ocasión de los préstamos hipotecarios, según decisión del acreedor hipotecario, el resultado sería la vinculación de la propiedad inmobiliaria a las fluctuaciones de la moneda, con consecuencias catastróficas sobre los bienes en el tráfico jurídico, al cesar el interés del propietario en la mejora de unos bienes cuyo valor, e incluso el de estas mejoras, podría ser absorbido por la hipoteca y por los intereses ilimitados.

El artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario admite con precaución esas cláusulas, a partir de la reforma de 17 de marzo de 1959, y con muchos límites. Entre 1861 y 1959 no se admitió en nuestro Derecho la cláusula de estabilización en las inscripciones de los préstamos hipotecarios bajo ninguna forma de garantía hipotecaria, precisamente por consideraciones de orden público inmobiliario (Resolución de 1952).

El Decreto de 17 de marzo de 1959 admite tal cláusula por vez primera, en términos muy estrictos, rigurosos y limitados, introduciendo en el artículo 219 del tercer apartado, en el que exige una duración mínima del contrato (tres años), que se determine la estabilización por unos módulos oficiales, expresando que «en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigentes en la fecha del otorgamiento de la escritura», y expresando una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria (hipoteca de máximo).

Examinando detenidamente este artículo se puede ver que el Decreto de 1959 parte de la distinción ámbito real-ámbito personal en la cláusula

sula de estabilización, permitiendo que sólo una parte posible de la cláusula y dentro de unos requisitos pueda repercutir en la hipoteca e incorporarse a la finca; no se pronuncia sobre la validez obligacional y eficacia entre partes, que, desde luego, tienen que ser lícitas (esto por aplicación del Código Civil y de la Ley de Defensa de los Consumidores). Pero, además de los requisitos civiles, establece los «requisitos hipotecarios» de orden público inmobiliario.

El artículo 219 establece módulos oficiales, procedentes de actos generalmente conocidos por ser normalmente usados en las revisiones en los precios de arrendamientos rústicos y urbanos, o susceptibles de conocimiento general, como el precio del oro, el arancel de aduanas. No se trata de aplicar estos mismos módulos a la «cláusula de interés variable», sino de destacar que si «oficiales» u «objetivos» son los «módulos» previstos para la estabilización del capital, han de ser también «oficiales» u «objetivos» —aunque distintos— los módulos previstos para la variación de intereses, pues en otro caso se produciría el contrasentido desde el punto de vista del Derecho vigente en su letra y en su espíritu. Los módulos no oficiales cabría discutir si son admisibles a efectos entre partes, pero no cabrá la inscripción registral a efectos del tráfico jurídico inmobiliario. En el artículo 219 hay, pues, «módulos determinados» y *numerus clausus* de estos módulos, sin entrar en el problema de los «módulos» en el aspecto civil entre partes, que es cuestión distinta, y que aquí no interesa, porque estamos en el problema de la «inscripción» de la cláusula.

En segundo lugar, existe un límite cuantitativo porcentual a la garantía de la cláusula de estabilización, que el legislador fija en el 25 o en el 50 por 100, este último si el plazo es superior a diez años o aquél si es de diez años o menos. Estos límites deben tenerse en cuenta en la práctica, bien en el sentido de señalar un máximo de tipo de interés, que actuará como tope, o bien una cantidad máxima. Pero, en cualquier caso, no cabe mezclar ese máximo con otros conceptos distintos de la estabilización (principio de especialidad).

En la presente escritura ni se establecen módulos oficiales ni objetivos y, además, no consta de modo preciso un «máximo» específico para la variación de intereses, pues se mezcla con el concepto de «intereses de demora», que nada tiene que ver.

Y no se trata sólo de un principio de especialidad formal, sino de la necesidad de evitar que se agote por voluntad del acreedor hipotecario el valor económico de una finca o derecho, por el mero afán de cubrir sus propios riesgos futuros.

No se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, perfec-

tamente admisible conforme a los artículos 105, 142 y 153 de la Ley Hipotecaria, con los límites y requisitos propios de tales figuras, sino de una hipoteca, ésta de estabilización, muy especial, pues no es en garantía de obligaciones, sino en garantía de hechos fortuitos que no suponen ninguna entrega o prestación del acreedor ni ningún enriquecimiento del deudor.

Es una hipoteca en «garantía de responsabilidades por riesgo». La finca responde y paga el daño que al acreedor le causa en su crédito la desvalorización monetaria. La propiedad inmobiliaria y su tráfico jurídico se recarga así con los riesgos y perjuicios de un sector extraño: los riesgos económicos del dinero y de su desvalorización.

Esto es excepcional en el Derecho inmobiliario, porque, en el ámbito inmobiliario, el orden inmobiliario y su tráfico tienen sus propias reglas y sus propios riesgos, distintos de los riesgos del crédito y de los problemas económicos de las entidades bancarias y crediticias.

El principio de libertad del tráfico inmobiliario y del crédito real inmobiliario exige la plena independencia de los riesgos inmobiliarios frente a los otros riesgos derivados de los ámbitos económicos de los diferentes mercados de bienes.

Si no fuera así, las fincas y el tráfico jurídico se convertirían en aseguradores y responsables de hechos, acontecimientos o casos fortuitos del sector dominante, que de esta manera determinaría el valor de los bienes inmuebles, liberándose de sus riesgos, que haría pagar a la propiedad inmueble y a su tráfico.

En otras palabras, la repercusión sobre la propiedad inmueble y el tráfico jurídico de los riesgos extrainmobiliarios.

Esto no se admite indiscriminadamente en nuestro Derecho, pues la hipoteca se puede constituir en garantía del cumplimiento de toda clase de obligaciones, y cubre así la responsabilidad por su incumplimiento. Pero la obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa por parte del deudor, susceptible de indemnización de daños y perjuicios. Es decir, de responsabilidad subjetiva. Donde no hay posibilidad de existencia de responsabilidad subjetiva no hay responsabilidad por obligación. Estaremos ante la responsabilidad objetiva por riesgo, que es propia de los contratos de seguro, de suerte, pero no del préstamo hipotecario.

La razón por la que se permite la inserción de la cláusula de estabilización en los préstamos hipotecarios, y sólo en los de a medio y largo plazo y con unos límites, es porque son el instrumento mediante el que se obtienen capitales para su inversión en la explotación y mejora de los inmuebles, incrementando así su valor y riqueza inmobiliaria. Y es por ello por lo que excepcionalmente se admiten, dentro de los límites

que señala el artículo 219, en contrapartida al beneficio que estos préstamos producirán en la propiedad inmueble. Pero de ahí a admitir la «cláusula de interés variable», sin ningún límite y sin ningún requisito, va un abismo, que iría además en contra de la regulación de la cláusula similar de «estabilización del capital del préstamo».

III. EXPLICACIÓN DE LA NO INSCRIPCIÓN DE LAS RESTANTES OBLIGACIONES Y PACTOS EXCLUIDOS SEGÚN LA NOTA DE DESPACHO AL PIE DEL DOCUMENTO.
OBSERVACIÓN GENERAL COMÚN A TODOS LOS SUPUESTOS

Como observación general y común a todos los pactos excluidos de inscripción que señala la nota de despacho, y que sucesivamente se irán detallando, se aprecia en el escrito del recurrente una confusión o equívoco respecto a dos conceptos totalmente diferentes:

- el *préstamo mutuo* y todas las *obligaciones* accesorias del mismo, de carácter personal;
- y, por otro lado, el *derecho de hipoteca*, de *naturaleza real*, y que es la garantía de la devolución del préstamo y del pago de los intereses. A efectos del derecho real de hipoteca sólo los pactos de trascendencia real son inscribibles y afectan a la hipoteca.

Por eso la nota de despacho no trata de declarar inválidos los pactos no reales, sino de destacar que, al ser personales, sólo tienen efecto entre las dos partes contratantes, y que no pueden afectar a terceros y es por eso por lo que no son inscribibles.

Partiendo de este error previo por parte del recurrente, vienen todos los equívocos y confusiones al estudiar cada cláusula, creyendo que lo meramente personal u obligacional puede tener «efecto real» por el mero hecho de pactarse el «vencimiento anticipado». También este pacto de vencimiento anticipado por lo que se refiere a aspectos obligacionales es un pacto personal entre partes, salvo por lo que se refiere a los aspectos reales.

Por tanto, la desestimación de todas las alegaciones del recurrente es obvia, partiendo de esa confusión entre lo personal y lo real, pues pretende que lo personal tenga acceso al Registro, contra la definición misma del Registro en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, cuyo objeto es la inscripción o anotación de los actos y contratos *relativos al dominio y demás derechos reales* sobre bienes inmuebles. Contra el artículo 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario, que dice que no son inscribibles *los pactos*

que carezcan de trascendencia real. Contra el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, según el cual se han de cancelar los derechos personales indebidamente inscritos. Contra el artículo 9.º del Reglamento Hipotecario, según el cual no son inscribibles los derechos personales u obligacionales. Y, en definitiva, contra todo el sistema inmobiliario español, que parte de la distinción entre derechos reales y obligacionales.

La diferenciación entre lo real y obligacional, básica en la legislación hipotecaria, es también fundamental dentro del Código Civil. El Código Civil concibe el contrato como fuente de obligaciones entre los contratantes, según el artículo 1.089 del Código Civil.

Por eso el artículo 1.257 del propio Código Civil dice que *«los contratos sólo surten efectos entre las partes contratantes y sus herederos»*. Es una norma de esencia del contrato y de orden público. Cualquier pacto que quisiera dar a lo obligacional, «efecto real», sería un contra-sentido, pues aparte de la *contradictio in terminis*, ocurriría que a su vez ese extraño pacto sólo tendría efecto entre las partes contratantes y sus herederos, por lo que, por imperativo del artículo 1.257, no tendría efectos reales.

El vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones sólo puede plantearse dentro del contrato desde la perspectiva de los efectos personales del contrato. Hay aquí también nuevos confusionismos en el escrito del recurrente.

Se confunden, además, los efectos de una «*resolución*» de efectos reales con el *mero incumplimiento de obligaciones* que da lugar a *acciones personales* propias, en su caso, del artículo 1.124 del Código Civil, y en muchos casos ni siquiera eso, según veremos.

Para que se produzca la «*resolución automática*» de un contrato ha de haberse pactado *una condición resolutoria* entendida como «suceso futuro e incierto», acontecimiento extraño al contrato, pero esencial para el contrato, porque las partes han supeditado el consentimiento contractual a ese evento. Por eso las condiciones resolutorias relativas a suceso futuro e incierto son inscribibles (arts. 23 LH y 51, 6.ª, RH), porque el cumplimiento del evento afecta al consentimiento y *afecta a la existencia del contrato*. El contrato deja de existir retroactivamente, con efectos reales. En cambio, el mismo artículo 51, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, que prevé la inscripción de las condiciones, niega el acceso al Registro de los pactos obligacionales, sin trascendencia real.

Por eso, cuando, existente el contrato sin estar sometido a ningún evento condicionante, se produce un incumplimiento ulterior de obligaciones, se trata de una cuestión entre las partes del contrato, y concretamente se trata de «*incumplimiento del sinalagma*» o de la reciprocidad

del contrato oneroso, y entonces, ante ese incumplimiento de obligaciones fundamentales y correlativas, una parte puede ejercitar la acción del artículo 1.124 contra la otra. Pero esta acción tiene efectos *personales entre las partes*. Para que afecte a terceros sería necesario que se tomase anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad (artículos 37 y 42, 1.º, LH).

Únicamente en el supuesto del artículo 1.504 (pacto de la *lex com-misoria*), por razones históricas y por razones de analogía con el derecho real de retracto convencional, la Ley Hipotecaria da «efectos reales» al impago de la obligación fundamental del precio en la compraventa, en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que es el único incumplimiento de obligación al que la ley da efectos *erga omnes* cuando se inscribe. Pero el supuesto del artículo 1.504 es excepcional y la Ley Hipotecaria sólo lo admite en ese caso del impago del precio aplazado.

Por la misma razón, en la hipoteca, que puede garantizar cualquier obligación (art. 105 LH), *lo que se garantiza exclusivamente* en las escrituras —y también en la de recurso— es la *devolución del principal del préstamo y el pago de intereses y, en su caso, el pago de costas*. Respecto de éstas, como están garantizadas con un derecho real, se produce el efecto real, igual que en el impago del precio en la compraventa con la cláusula resolutoria explícita se produce el efecto real. Pero las demás obligaciones, tanto de la compraventa como de la escritura de préstamo, su incumplimiento no da ni puede dar lugar a *extinción del contrato con efectos reales*, pues se trata de obligaciones de distinta naturaleza que las obligaciones de devolución del principal y de los intereses.

Por una parte, son obligaciones extrañas a la «causa» del préstamo y al «sinalagma». Son, además, obligaciones accesorias y futuras, a diferencia de las que ya han surgido y se han garantizado con hipoteca.

Como tales obligaciones futuras, el vehículo adecuado para garantizarlas sería, conforme a la Ley Hipotecaria, que permite la constitución de hipoteca en garantía de toda clase de obligaciones, constituir una *hipoteca en garantía de obligaciones futuras* conforme al artículo 142 de la Ley Hipotecaria, señalando un máximo de responsabilidad de la finca por los conceptos correspondientes y concretamente por la cuantía de indemnización que se fije ante el incumplimiento de tales obligaciones de hacer. Como esto no se ha hecho en la escritura, la hipoteca no puede garantizar tales obligaciones, ni tales obligaciones pueden afectar a la hipoteca ni directa ni indirectamente, pues ello va en contra de la distinción entre derecho personal y derecho real —que es de orden público en el Derecho inmobiliario—; va, además, en contra del ámbito de la garantía de constitución de hipoteca fijado por las propias partes y va en

contra del artículo 1.257 del Código Civil, que dice que el contrato como fuente de obligaciones sólo surte efecto entre las partes contratantes y sus herederos.

Por otra parte, toda esa serie o cúmulo de obligaciones no tiene justificación en el contrato de préstamo y mucho menos a efectos de la hipoteca. En los contratos gratuitos cabe la obligación como «modo» limitativo de la cuantía de la donación (art. 619 CC). Como el donatario recibe un beneficio con la donación se admite un modo únicamente hasta la cuantía del gravamen. Lo mismo ocurre con los legados. En cambio, tratándose de contratos onerosos, la admisión de multiplicidad de obligaciones fuera del cuadro del «sinalagma» y sin una contraprestación clara por parte del acreedor al deudor representa un abuso por lo que se refiere a la estructuración de la causa y a la idoneidad del contenido del contrato. E incluso representa un «modo» que en el *contrato oneroso* es inadmisibles, pues no obedece a justificación alguna. Únicamente tratándose de contratos onerosos de instituciones que realizan subvenciones cabe imaginar la existencia de obligaciones modales en contrapartida con la existencia de la subvención. Pero en el tráfico normal de entidades particulares de crédito, si la lista innumerable de obligaciones que se imponen al prestatario no se explica que tenga una contrapartida, resultará que, aparte de ser meramente personales entre partes y no afectar a terceros, será muy dudoso su validez y eficacia, pues el modo no se justifica en los contratos onerosos, y éstas representan auténticas «obligaciones modales» en contratos que ya tienen cubiertas las contraprestaciones: préstamo-intereses.

Por todo ello, pero sobre todo por su carácter obligacional, procede denegar la inscripción de tales cláusulas, tal como resulta de la nota de despacho al pie del documento.

En concreto, se examinan seguidamente las que se excluyeron de la inscripción según dicha nota.

A) *Obligación del prestatario a aplicar el importe del préstamo exclusivamente al pago del precio de compra del inmueble que se describe en la escritura.*

Según la nota registral, no se ha inscrito: «1) *Párrafo 1.º, 2, de la estipulación primera*». Ese párrafo es el que recoge tal obligación.

El carácter obligacional de esa cláusula, que impide su inscripción, es clarísimo, puesto que en la escritura se dice que «el prestatario *se obliga*». Por otra parte, *la obligación de destinar* el préstamo al pago del precio de la compra de un inmueble es algo que no tiene por qué afectar a tercero. ¿Qué tiene que ver un tercero con esa obligación? ¿Por qué

le va a afectar ese destino, que como tal destino del dinero es algo meramente obligacional e incluso modal? Si, como hemos dicho, se tratara de una institución oficial que presta a intereses muy bajos, podría a lo sumo justificarse que se diera a los fondos un determinado destino. Pero, en todo caso, sería obligacional. Un tercero que en lo sucesivo adquiriera el inmueble ya no tiene por qué verse involucrado en una obligación que no puede controlar ni tiene elementos suficientes para saber si se cumple o no.

Por otra parte, la obligación de aplicar el importe del préstamo al pago del precio de compra del inmueble carece totalmente de relevancia a efectos registrales, que son los que ha de consultar el tercero, desde el momento en que la adquisición del inmueble se ha realizado ya y no consta en la escritura de compraventa que ya se ha inscrito que figure ningún aplazamiento de pago, por lo que es ya inoperante que exista tal obligación entre el Banco y el deudor.

Efectivamente, examinada la previa inscripción de la escritura de compraventa, anterior a la inscripción de hipoteca, se observa, y de ello certifica este Registrador, que tiene a su cargo el Archivo, que las partes del contrato de compraventa manifiestan que el precio correspondiente al piso vendido ha sido ya satisfecho con anterioridad. Por ello, aparte de que se trata de una obligación de destino no inscribible por su carácter obligacional, resulta del documento público de compraventa y de la inscripción de esa compraventa anteriores a la inscripción de hipoteca que no existe ninguna cantidad pendiente de pago por lo que se refiere al piso, por lo que es ya totalmente indiferente que conste el vencimiento anticipado por esa causa, que según el Registro aparece ya cumplida. Consignarla ahora sería crear confusión. En todo caso, el tercero no tiene por qué nombrar un detective que compruebe dónde se ha gastado el dinero el deudor.

Admitir esta cláusula sería tanto como dejar en una oscuridad, confusión e inseguridad total al tercero, que no se animaría a comprar ante la eventualidad de que una obligación que no es suya y que él no puede saber ni controlar le puede provocar, por lo que sea, un vencimiento anticipado de la hipoteca.

Por tanto, es claro el efecto obligacional, personal e inoperante, a efectos registrales, de tal párrafo 1.º, 2, y la nota registral de despacho debe ser mantenida.

B) *Estipulación tercera. Párrafo 3.º, 3.*—Dice también la nota de despacho: «no se han inscrito: 3) Párrafo 3.º, 3, de la estipulación tercera». Esto se refiere al interés variable, y como éste no se ha inscrito

por las razones expresadas en el APARTADO II de este instrumento, es claro que no procede inscribir ese apartado.

C) *Estipulación cuarta. Comisiones y gastos.*—Dice también la nota: «no se ha inscrito: 4) Estipulaciones cuarta, sexta y séptima».

La estipulación CUARTA se refiere a comisiones y gastos.

Esta estipulación es claramente obligacional. Se trata de una cláusula de gastos de otorgamiento de la escritura, honorarios de registro, impuestos de escritura, etc. En ninguna escritura se inscriben estas cláusulas; así, por ejemplo, en una compraventa se incluye la lógica cláusula de gastos, y a nadie se le ha ocurrido inscribirla, porque su ámbito es clarísimamente obligacional. Sólo afecta a las partes contratantes, y no a terceros. La hipoteca no comprende estos gastos, a menos que se diga expresamente, y en tal caso no podrían englobarse con las costas y gastos judiciales, que son un concepto diferente que la ley admite porque se trata de *costas que derivan del propio procedimiento judicial en que se ejecuta la hipoteca*, y por ello su *determinación* es clarísima en la propia ejecución hipotecaria. En cambio, toda esa serie de gastos pactados y que están fuera de la ejecución y de la garantía hipotecaria no tienen nada que ver con la hipoteca, pues se trata únicamente de *unas obligaciones del «prestatario»* y no de los terceros. Para que fuera admisible su garantía con hipoteca tendría que haberse estructurado una *hipoteca adicional en garantía de obligaciones futuras consistentes en esos gastos e impuestos, con diferenciación de la hipoteca en garantía de costas y gastos judiciales*, pues ésta es de distinta naturaleza, ya que su determinación deriva del control del propio procedimiento judicial y en él se realiza un trámite de «tasación de costas». Y, en cambio, respecto a toda esa multiplicidad de gastos, se trata de obligaciones futuras, indeterminadas en su existencia y cuantía, que requieren la constitución expresa de hipoteca de seguridad por un máximo específico para cubrir tales conceptos, y respecto a las cuales la aplicación del procedimiento judicial sumario sería muy dudosa, puesto que se trata de obligaciones futuras que habría que acreditar y que en el procedimiento judicial sumario no es posible hacerlo, dado su automatismo e imposibilidad de alegaciones. Ello demuestra la diferencia entre «costas y gastos judiciales» y estos otros «gastos e impuestos».

En cuanto a «comisiones», se señalan en el *epígrafe* de la estipulación cuarta, y sin embargo en el contenido de ella no aparecen para nada tales comisiones. Pero tampoco serían inscribibles, por la misma razón que se acaba de indicar y porque no se ha especificado qué tanto por ciento de comisión es el que se aplica, requisito necesario no sólo

porque hay unos límites de comisión infranqueables según la Orden de 19 de enero de 1981, sino porque falta la especialidad o determinación, aspecto fundamental para que lo puedan conocer los terceros. Aparte de que sería obligacional, pues no está cubierta por la hipoteca en el pacto de constitución de hipoteca —en el que no se señala ninguna responsabilidad por comisión—, y es en definitiva una comisión «fantasma», totalmente inexistente.

D) *Cláusula sexta. Intereses de demora.*—La cláusula sexta se refiere a los INTERESES DE DEMORA. Según la nota de despacho: «No se ha inscrito esa cláusula sexta de intereses de demora ni tampoco la frase 'incluidos los de demora', que aparece en el pacto 11.2.ii de responsabilidad hipotecaria.»

La razón de no inscribir en este caso este concepto es que la naturaleza de los intereses de demora es totalmente diferente de la naturaleza de los intereses ordinarios, ya que obedecen a distinto planteamiento y requisitos, todo lo cual exige expresar una cantidad *individualizada, específica y máxima por el concepto de intereses de demora*, pues la mezcla y confusión con intereses ordinarios, señalando un máximo para ambos conceptos, significa desconocer la distinta naturaleza entre unos y otros y atenta contra el principio hipotecario de especialidad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha ocupado de la distinta naturaleza entre *intereses y costas* y *entre intereses de demora y costas*, a pesar de que tanto la hipoteca de intereses de demora como la de costas son de «seguridad» y exigen un *máximo*. Esto lo ha destacado la Resolución de 29 de octubre de 1984, que dice: «Considerando, en cuanto al segundo defecto, que aun cuando el supuesto de hecho sea distinto de los que motivaron las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que ahora se trata de una garantía hipotecaria sobre posibles *intereses moratorios* y en la cuantía legal fijada en el momento de la demora, *lo que supone la constitución de una hipoteca de seguridad por ser indeterminado el crédito, con la consiguiente fijación de un máximo de responsabilidad, y en este aspecto se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, pero esta semejanza no implica que puedan englobarse ambos créditos en una sola cantidad, pues siguen subsistiendo en base del principio de especialidad idénticas razones a las expresadas en las indicadas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que implican el que ambas responsabilidades aparezcan claramente diferenciadas a fin de que se conozca tanto por las partes como por los terceros la determinación de cada crédito y se*

evitan así ambigüedades, se elimina toda confusión y se da cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español.»

De esta reciente resolución se desprende:

1.º Que los intereses de demora no se pueden englobar con la cantidad señalada para costas.

2.º Que los intereses de demora constituyen una hipoteca de seguridad semejante a las costas, y a pesar de esa semejanza —que por cierto es mayor que la que existe entre intereses ordinarios y de demora— la Dirección General considera que no cabe englobar ambos créditos en base al principio hipotecario de especialidad o determinación.

Y es que los intereses ordinarios son de naturaleza totalmente diferente a los de demora, lo que exige separarlos debidamente y no englobarlos en una sola cantidad máxima, como ha hecho la escritura en el pacto 11.2.ii, donde se señala un máximo global por intereses de demora y por intereses ordinarios. Ese máximo no ha sido inscrito porque al ser un máximo global de dos conceptos totalmente diferentes no sólo deja indeterminada la cantidad máxima de intereses de demora, sino también, según se ha dicho anteriormente, la cantidad máxima de intereses variables.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1984 distingue perfectamente uno y otro tipo de intereses. En el penúltimo «Considerando» dice que «deben distinguirse unos y otros intereses, siquiera tanto los pactados como los moratorios (sean los pactados o los legales) se mueven sobre la misma línea económica de valorar o bien de disponibilidad de dinero obtenida por el prestatario durante el tiempo fijado (los contractuales) o la privación sufrida por el acreedor (los moratorios), por cuanto *los cometidos son jurídicamente diferenciables* al ser los pactados para el plazo convenido la *remuneración* (a la manera de precio del dinero o renta para su utilización), mientras que a los *moratorios* los singulariza *su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación*, por lo que los moratorios no pueden identificarse con el pacto de interés de los artículos 1.755 del Código Civil y 314 y 315 del Código de Comercio.

En la doctrina también se ha planteado ya la especial naturaleza jurídica de los intereses de demora. Así, recientemente, MANUEL BALLESTEROS ALONSO (en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 229, diciembre 1986, pág. 2322) dice acertadamente lo siguiente:

«Los intereses de demora no tienen —y esto es lo primero que hay que decir— la misma naturaleza jurídica que los intereses llamados or-

dinarios. Estos son, en rigor, el precio del contrato oneroso que se celebra, es decir, el precio del dinero prestado o el precio del aplazamiento de pago concedido (cuando no estamos ante una hipoteca en garantía de un préstamo, sino ante una hipoteca en garantía de una deuda que se reconoce). En ese sentido esos intereses ordinarios constituyen una parte esencial del contrato.»

«Por el contrario, los intereses de demora son algo accesorio al contrato de que se trata, en cuanto que lo primero que de ellos cabe decir es que su pago no forma parte (como en el caso de los intereses ordinarios) del cumplimiento del contrato, sino parte precisamente de su incumplimiento. Los intereses moratorios no son un precio en sentido estricto, es decir, no son una contraprestación que una parte hace para compensar la prestación que en su favor hizo la otra. Los intereses moratorios son, en todo caso, el precio del propio incumplimiento o cumplimiento defectuoso por tardío: la sanción que ahora (en el momento de celebrar el contrato) acordamos que pagaré para el caso de que no cumpla lo que debo cuando debo, sino más tarde.»

«Y si los intereses moratorios son una pena, la cláusula en que se establecen es una cláusula penal, y la obligación principal a que se refieren es una obligación con cláusula penal a la que resultan de aplicación los artículos 1.153 y siguientes del Código Civil. Y antes que éstos, y además de éstos, los artículos que el Código contiene referentes a la propia mora, como son el 1.101 y 1.108.»

«El pacto en el que se establecen los intereses moratorios es, pues, como regla general, y salvando casos particulares, una forma de tasar anticipadamente los daños y perjuicios causados por el incumplimiento consistente en un retraso. Y los propios intereses de demora no son más que la indemnización de daños y perjuicios.»

Y, seguidamente, es partidario de la misma opinión que aquí se mantiene, pues, con base en la referida Resolución de 29 de octubre de 1984 y en las de 14 de febrero y 15 de marzo de 1985, llega a la conclusión de que hay que señalar una cantidad máxima específica e individualizada por intereses de demora, que no se puede confundir ni mezclar con los intereses ordinarios ni con las costas.

E) *Cláusula séptima. Otras obligaciones.*—En la cláusula SEPTIMA de la escritura, bajo el título «Otras obligaciones del prestatario», se contienen precisamente eso: una serie de obligaciones o pactos personales que no son inscribibles a efectos del derecho real de hipoteca, pues son obligaciones no garantizadas por la hipoteca, a pesar de que para garantizarlas existe el mecanismo de *hipoteca en garantía de obligacio-*

nes futuras, señalando un máximo específico por tales conceptos, cuya concreción en el futuro exigiría un procedimiento especial totalmente diferente del previsto para las responsabilidades por capital, intereses y costas, pues o bien se aplicaría por analogía lo dispuesto en el artículo 153, últimos párrafos, de la Ley Hipotecaria, o bien se exigiría una previa nota marginal de concreción de cantidades conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, para instar el procedimiento judicial sumario. Pero esto es, en todo caso, pura hipótesis, pues al no haber quedado garantizadas con hipoteca de seguridad con una cantidad máxima prevista como indemnización por incumplimiento de tales obligaciones, no es posible su acceso al Registro.

Y si son obligaciones, obligaciones siguen siendo, o sea pactos entre partes, que, a pesar de que se pacte el vencimiento anticipado, ello no puede afectar de ningún modo a la hipoteca, que es un derecho real respecto al que en nada afectan esas obligaciones totalmente personales e independientes de la hipoteca.

La entrada en el Registro de tales obligaciones a través del «pacto de vencimiento anticipado» supondría:

a) Un fraude de ley, pues sería permitir la entrada en el Registro de obligaciones no inscribibles a través de un pacto personal de vencimiento anticipado.

b) Una desnaturalización del contrato, que sólo surte efectos entre las partes contratantes y sus herederos, como fuente de obligaciones (artículo 1.257 CC), por lo que, aun pactándose su efecto frente a terceros, sería por lógica institucional un nuevo pacto personal que no trascendería a terceros (art. 1.257).

c) Eludir la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, por no haberse seguido la vía normal de acceso al Registro a través de la garantía de obligaciones futuras por medio de esa hipoteca especial prevista en los artículos 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

d) La confusión entre lo «real» y lo «obligacional», no siendo susceptibles de afectar a terceros, pactos de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones personales, que sólo dan lugar a «acciones personales» y no «reales». El pacto de vencimiento anticipado no cambia la acción personal en real.

e) La admisión de un «modo» en contratos onerosos, porque, en definitiva, se trata de auténticos «modos» u «obligaciones modales» que, en principio, carecen de justificación en contratos onerosos, salvo que se pacte o explicita la contraprestación que recibe a cambio el prestatario

por la adición que supone la imposición de tales obligaciones. En cualquier caso, son «modos que no afectan a tercero».

f) La confusión entre «obligación» y «condición», olvidando que «lo que está en la obligación no puede estar en la condición».

Por eso la obligación del prestatario de hallarse al corriente en el pago de las contribuciones e impuestos que graven la finca hipotecada y de tenerla asegurada contra el riesgo de incendios en una compañía que sea aceptable para el Banco, subrogando a éste como beneficiario del seguro y obligándose el prestatario a satisfacer puntualmente las primas del seguro, son aspectos meramente obligacionales; una serie de obligaciones futuras y modales que sólo vinculan a lo sumo a las partes y que no han sido garantizadas con hipoteca a través de la única figura legal admisible: la hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras. Ello aparte de imponer condiciones sobre «compañía aceptable para el Banco», que puede significar para el prestatario el pago de elevadas primas, con intervención entonces de la Ley de Defensa de los Consumidores, por este camino, ley de la que ya se ha hablado con extensión en epígrafes anteriores.

En cuanto a la obligación del prestatario, «cada vez que lo requiera el Banco durante la vigencia del presente contrato, de justificar el cumplimiento de la obligación anterior», es secuela de ella y, por tanto, tiene carácter obligacional y tampoco afecta a tercero. En cuanto a la posibilidad de efectuar directamente el Banco los pagos por cuenta del prestatario, esto no se ha garantizado con hipoteca específica y diferenciada de las costas y gastos judiciales.

En cuanto a la obligación de que la póliza del seguro del inmueble hipotecado quede en poder del Banco durante la vigencia del préstamo, aparte de ser un pacto personal, es abusivo, pues no hay razón alguna para que el contratante de un seguro se desprenda de la póliza y se la entregue a un Banco, acreedor hipotecario.

F) *Especial referencia a la obligación de no arrendar sino en determinadas condiciones.*—En la misma cláusula SEPTIMA se contiene otra obligación que tampoco ha sido objeto de inscripción. Es la obligación de «NO ARRENDAR la finca hipotecada por renta que no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario, de conformidad con este contrato, salvo previo acuerdo del Banco». Esto representa igualmente una mera obligación personal, que no puede dar lugar a vencimiento anticipado a efectos del ejercicio de la acción real hipotecaria y que no afecta a tercero.

El pacto de no arrendar siempre ha sido considerado como no inscribible, ni siquiera pactándose bajo la forma de dar lugar al vencimiento anticipado, pues va contra la libertad de contratación que resulta del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que es un precepto de orden público inmobiliario.

Por tanto, la no inscribibilidad de tal cláusula resulta con claridad del artículo 27 de la Ley Hipotecaria introducido en la reforma de 144-46.. Pero ya antes el artículo 107, 3.º, de la Ley Hipotecaria y la Dirección General de los Registros y del Notariado habían sentado el mismo principio. Así, la Resolución de 9 de junio de 1914, relativa a un pacto por el que el deudor se obligaba a no hacer contrato alguno sobre la finca hipotecada que sea inscribible en el Registro de la Propiedad mientras no estuviera completamente pagado el acreedor, declara que tal pacto «se opone al principio de libertad de contratación que informa la legislación civil y especialmente a lo dispuesto en el artículo 107, número 4 (actual núm. 3), de la Ley Hipotecaria, que permite en todo caso la constitución de segundas y posteriores hipotecas».

La Resolución de 6 de julio de 1917 declara que «aun cuando el pacto de no constituir sobre las fincas hipotecadas arrendamiento alguno que tenga carácter de inscribible en el Registro, carece de las condiciones esenciales necesarias para ser mencionado en el asiento de hipoteca, por ser una promesa u obligación simplemente personal y negativa, no puede decirse que anula o invalida el derecho real creado, sino más bien que ha de regirse por los preceptos del derecho de obligaciones y, en su consecuencia, la escritura en este particular es defectuosa únicamente por solicitarse en ella la inscripción del aludido pacto». Por tanto, lo declara no inscribible.

La Resolución de 9 de marzo de 1918 se manifiesta en el mismo sentido. La Resolución de 26 de julio de 1928 declara que la prohibición de celebrar ciertos contratos inscribibles, como el arrendamiento, ataca directamente la disponibilidad de las fincas y el crédito inmobiliario, bases fundamentales de nuestro régimen hipotecario; por lo que ha de negarse fuerza real a la obligación negativa de celebrar en lo futuro cierto contrato.

Muy importante es también la Resolución de 16 de junio de 1936, que declaró no inscribible el pacto por limitar el derecho del dueño a enajenar los bienes hipotecados, que decía que «se produciría el vencimiento total de la hipoteca por la venta o arriendo sin autorización del Banco (acreedor) de los inmuebles afectados». En el mismo sentido, las Resoluciones de 18 de noviembre de 1960 y de 4 de noviembre de 1968, que incluso advierte de la no inscripción de pactos que precipitan el

vencimiento anticipado de la obligación, pues son estipulaciones que contienen prohibiciones o limitaciones de disponer *encubiertas* bajo forma de condición resolutoria.

Por tanto, es totalmente indiferente para la Dirección General de los Registros y del Notariado que se hayan pactado como tales prohibiciones de disponer o disfrazadas como pactos provocadores de un vencimiento anticipado. Y es que la limitación es idéntica, y ese vencimiento anticipado es de efectos personales, tal como aquí se defiende.

La reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986 confirma la misma orientación, a pesar de que el recurrente trate de apoyarse en ella. Se había pactado en la escritura del caso de la resolución como «obligación del hipotecante» la de «*no arrendar sin autorización escrita del Banco, sin perjuicio del derecho de éste de impugnar el arriendo cuando sea lesivo a su derecho*».

Ante este supuesto, la «doctrina» de la resolución es que *no es inscribible tal obligación*, con lo que reitera la doctrina de anteriores resoluciones.

La *ratio decidendi* de la resolución se ve clara en los dos primeros Considerandos, pues en el primero centra el «supuesto de hecho» y en el segundo la «doctrina». Dicen así:

«Considerando que el primero de los defectos de la nota hace referencia a *si es inscribible en los libros registrales el pacto por el que la entidad hipotecante o quien le suceda en la titularidad de la finca hipotecada está obligado a no arrendarla sin autorización escrita del Banco prestamista.*»

Y delimitado así el supuesto, he aquí la doctrina de la resolución: «Considerando que ha sido reiterada la doctrina de este Centro en el sentido de que *no cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, unida a la sanción del posible vencimiento anticipado en caso de incumplimiento, disminuyan o restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, ya que, además de atacar más allá de lo necesario su goce y libre disponibilidad, obstaculizan, por otro lado, el destino y función social connaturales a las propias fincas.*»

Y en base a esa doctrina la Dirección General «confirma el auto apelado y la nota del Registrador».

Esta es la «doctrina» y la *ratio decidendi* de la resolución, a la vista del caso planteado, y la verdadera lectura en derecho (*ratio decidendi*) de la resolución. Por eso la resolución que cita el recurrente es una

confirmación de la nota registral del presente recurso, pues su doctrina va en contra de la pretensión del recurrente.

Ahora bien, como no se trata de obviar otras declaraciones de la resolución, se entra también en ellas, pues en nada afectan a la doctrina de la resolución (ya fijada, lo que significa que son *obiter dicta*) y nada significan en pro de la solución que pretende el recurrente en relación con el caso ahora planteado, que es diferente del que, en *obiter dictum*, contempla seguidamente la resolución. En definitiva, «doctrina» de la resolución claramente en contra del pacto; y *obiter dictum*, que, a pesar de lo que crea el recurrente, tampoco favorece el pacto de la presente escritura.

Veamos ese *obiter dictum*. La propia resolución, aludiendo al artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario y a la legislación especial de arrendamientos urbanos (aplicable a la escritura de aquel caso, pero no a ésta, que es de fecha posterior), dice que «no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulta de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cf. art. 219, 1.º, RH) no cubre la responsabilidad total asegurada». Pero seguidamente advierte que ahora «en la legalidad vigente ya no todos los arrendamientos urbanos están sujetos a prórroga legal», lo que es una advertencia muy importante en relación con el caso que aquí se plantea, pues sabido es que el Real Decreto-ley de Medidas Económicas de 30 de abril de 1985 modificó la ley arrendaticia, suprimiendo la prórroga forzosa, cambio fundamental en la legislación arrendaticia, no sólo porque deja el contrato de arrendamiento equiparado en cuanto al plazo a los demás contratos inscribibles, sino porque todo el problema de rentas desfasadas que antes existía deja de tener realidad y hace innecesario plantear una especial regulación del pacto de no arrendar, que por ello ha de quedar en principio equiparado a los demás pactos de no disponer.

Lo primero que se advierte de la lectura de este Considerando es que es muy extraño, pues nadie, ni las partes en la escritura, ni el Registrador, ni los recurrentes, habían alegado nada acerca de esas posibilidades de pactos sobre interés legal del dinero más un 50 por 100. Por tanto, nada tiene que ver esa declaración con el caso planteado; es un clarísimo *obiter dictum*, y por ello no contiene doctrina legal, ni tampoco puede la Dirección General de los Registros y del Notariado dictar «dis-

posiciones normativas» como parece prever ese «Considerando». O sea que no puede ser tomado en consideración por el intérprete.

Pero es que, además, aun suponiendo por mera dialéctica que se admitiera la confusión entre «doctrina» (*ratio decidendi*) y *obiter dictum*, y se entendiera que también es *ratio decidendi* ese párrafo, nada significa tampoco respecto al caso ahora planteado en el presente recurso, por lo siguiente:

a) En primer lugar, la resolución alude a un especial procedimiento de cálculo que ella cree obtener del Reglamento Hipotecario (sin que de él resulte nada de ello), pero que en todo caso nada tiene que ver con el pacto ahora contemplado. Es totalmente diferente. La resolución se refiere a la capitalización del interés legal más un 50 por 100, y en la presente escritura se alude a otro sistema, el de que la «renta no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario».

b) Por ello mismo, esa referencia a «cuotas y pagos» en el presente caso es totalmente indeterminada, pues, según hemos visto, el prestamista pretende que el prestatario sufra una serie de pagos (gastos de escrituras, impuestos, contribuciones, comisiones, seguros, etc.) que nada tienen que ver con las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, indeterminación que no se da en el caso de la resolución, pues en ese *obiter dictum* la resolución no sólo se refiere al interés legal más un 50 por 100, sino que alude a la «responsabilidad total asegurada», concepto éste que en el presente caso no se utiliza, pues se alude a «cuotas y pagos», lo que deja al prestatario y a los terceros en una total inseguridad y además en peor lugar que en el supuesto de la resolución, que sólo se refiere a «responsabilidad asegurada con la hipoteca» y no a «otros pagos» como pretende el prestamista en la presente escritura. Esto coloca al hipotecante en peor condición a efectos de concertar un arriendo, pues le cierra el mercado a una serie de contratos de arriendo que si no fuera por tener que cubrir esos pagos adicionales podría realizar teniendo en cuenta sólo los pagos de obligaciones garantizadas con la hipoteca.

c) En tercer lugar, la resolución se refiere a un supuesto anterior al año 1985 —anterior a la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos—. En cambio, en el presente caso, se trata de actos posteriores a la reforma de la ley arrendaticia (la escritura objeto de recurso es del año 1986), lo que significa que ya no existe la prórroga forzosa ni el peligro de arrendamientos a larguísimo plazo —indefinidos— con renta congelada, pues ahora ha de estarse como regla al plazo pactado. Ya hemos visto que la resolución contiene esa frase que revela que su *obiter dictum* lo hace por la preocupación de la prórroga forzosa y reconoce que

el pacto de no arrendar ahora «tendrá menos justificación al suceder en la legalidad vigente que no todos los arrendamientos urbanos están sujetos a prórroga legal».

d) En cuarto lugar, es totalmente improcedente tratar de fijar la renta arrendaticia, que es un problema de «mercado arrendaticio» con unos baremos referidos a la «responsabilidad hipotecaria», que nada tienen que ver con dicha renta, pues entonces se hace depender la libertad contractual arrendaticia de unos pactos de responsabilidad hipotecaria que son oscilantes, pues todo dependerá de si el préstamo es alto o bajo, a medio o a largo plazo, quedando todo en manos del acreedor hipotecario en supuestos en que las cuotas de amortización (más todos esos pagos adicionales) superen el precio normal de mercado de alquileres. Ello es tanto como impedir la libertad contractual de dar a la finca el uso que le corresponda y percibir frutos civiles a través del arrendamiento con el que poder pagar la hipoteca, por ejemplo. Imagínense, además, arrendamientos a corto plazo o por temporada, que en nada van a afectar al acreedor hipotecario y, sin embargo, al no distinguir el presente pacto, provocarían el vencimiento anticipado.

e) En quinto lugar, si existiera algún abuso por parte del dueño, esto se resuelve por el artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que da una solución que no puede ser obviada a través de pactos, ya que el artículo 219, 2.º, prevé que se ejercite acción de devastación, siendo el Juez de Primera Instancia, por el procedimiento de los incidentes del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, el único competente para decidir qué es lo procedente en casos de arrendamientos concertados a bajo precio en perjuicio del acreedor hipotecario. Así, el artículo 219, 2.º, dice: «El Juez, a instancia de parte, *podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente.*» Esto significa que, al enfocarlo el legislador como un problema de «acción de devastación», no cabe el pacto, pues es el Juez el que ha de decidir lo procedente según las circunstancias del caso, sin que quepa acudir al vencimiento automático del préstamo como supuesto necesario, sin dar posibilidad al Juez de que decida en el procedimiento de los incidentes de la acción de devastación.

Por tanto, el pacto de no arrendar que contempla la presente escritura no es inscribible, conforme a reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmada por la existencia del artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que señala vía distinta para los casos de abuso por parte del prestatario, sin que la entidad crediticia se pueda tomar la justicia por su mano, obviando el pro-

cedimiento judicial del 117 de la Ley Hipotecaria. Con ello se infringiría, además, de forma rotunda el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues se otorga a una de las partes la «facultad de resolver discrecionalmente el contrato» (art. 10, 1, c, 2.º), en lugar de decidir el Juez si es suficiente la situación producida para decretar el vencimiento anticipado, ya que la Ley Hipotecaria y su Reglamento permiten tomar otras medidas alternativas, según los casos.

G) *Cláusula quinta. Imputación de pagos y cuenta especial.*—La nota de despacho señala que no han sido inscritos los números 5.2, 5.3 y 5.4 de dicha cláusula QUINTA.

La razón fundamental es que los citados números 5.2, 5.3 y 5.4 se refieren a aspectos personales, que no pueden ser inscritos y además se *mezclan conceptos en la imputación de pagos*, ya que se señala un orden y se alude a «*comisiones, gastos u otros conceptos*», que no han sido objeto de inscripción, según se ha dicho anteriormente en el apartado C), por lo que es imposible que el Registrador entresaque conceptos inscribibles que aparecen entremezclados con los no inscribibles, como son los intereses de demora, comisiones, gastos, impuestos.

Por la misma razón, la referencia a la cuenta especial en el número 5.4 queda como un pacto personal del préstamo, pero improcedente, a efectos de hipoteca, pues en esa cuenta se incluyen conceptos de comisiones, gastos, intereses de demora que no han sido objeto de inscripción, según se ha razonado anteriormente, por lo que inscribirlo significaría una contradicción con el razonamiento que se ha hecho sobre esos conceptos no inscribibles. Aparte de todo ello, el sistema de certificación de la cuenta sólo es admisible en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en que la Ley Hipotecaria en el artículo 153 prevé un sistema de notificación para que el deudor pueda alegar error o falsedad, cosa que no es procedente en este caso, pues no se ha pactado una hipoteca en garantía de cuentas corrientes, ni se ha previsto tal procedimiento de notificación para alegación de error o falsedad de la certificación bancaria.

H) *Causas de vencimiento anticipado. Motivos comunes a todas las causas.*—En la nota al pie del título se dice que no se han inscrito la «totalidad» de los apartados c), d), e), f), g) y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados a) y b) de dicha estipulación octava.

Motivo común para la no inscripción de todos esos apartados es, como se dijo al principio del apartado III de este informe, que nada tienen que ver con el derecho real de hipoteca, sino únicamente con el

contrato obligacional de préstamo mutuo, es decir, que se trata de obligaciones meramente personales de las partes que no pueden afectar a terceros, porque no son pactos de trascendencia real inmobiliaria.

El recurrente no tiene en cuenta la distinción entre pactos personales y pactos reales, que es la distinción básica en Derecho hipotecario, y que responde a la naturaleza de las cosas y a los preceptos legales vigentes.

En cuanto a preceptos legales, están los ya citados artículos 1.º, 2.º, 27 y 98, etc., de la Ley Hipotecaria, y artículos 9.º, 51, 6.ª; 353, 3, del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la naturaleza de las cosas, el derecho personal, por definición, sólo puede afectar a las partes contratantes y a sus herederos, y así lo define el artículo 1.257 del Código Civil. Cualquier pacto en el contrato tendría efecto obligacional, por lo que si se pretendiese por pacto que tuviera efectos reales (contra la naturaleza de las cosas) ese pacto, señalando efectos reales a lo que por definición no lo tiene, tendría, por imperativo del artículo 1.257, «efectos personales», por lo que tampoco podría conseguir el efecto deseado. Cosa perfectamente lógica, porque la distinción entre el derecho personal y el obligacional no depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza de la situación jurídica. Por eso, la doctrina y jurisprudencia, aun admitiendo la posibilidad de nuevos derechos reales, exigen, como requisitos, que se puedan producir en la nueva figura creada los elementos de todo derecho real y el cumplimiento del principio de especialidad. No hay posibilidad de «conversión» del efecto personal en real por el puro mecanismo de la voluntad de dos partes contratantes, porque los efectos reales los asigna el legislador, sin perjuicio de que el legislador los pueda asignar a aquellas figuras creadas por las partes que tengan los requisitos objetivos de un derecho real, pero no a lo que no tiene requisitos de un derecho real, ni son derechos reales, sino pactos personales de un contrato que se pretende provoquen un vencimiento anticipado, y que conforme al artículo 51, 6.ª, del Reglamento Hipotecario son PACTOS CARENTES DE TRASCENDENCIA REAL INMOBILIARIA.

Por ello, el mero hecho de pactar entre dos partes un «vencimiento anticipado» no significa que tenga «efecto real» a efectos de hipoteca respecto a terceros. Lo que tiene efecto real es el incumplimiento de la obligación garantizada, que es la devolución del préstamo y el pago de los intereses. Las obligaciones no garantizadas con hipoteca no pueden provocar respecto a «tercero» ningún vencimiento, porque no han sido cubiertas por el derecho real de hipoteca.

Es más, pretender que, por el mero pacto de «vencimiento anticipado», lo personal se convierta en real con eficacia *erga omnes* supone

desvirtuar la ley —fraude de ley—, puesto que lo que no puede conseguirse directamente (dar efecto real a lo obligacional si no es por la garantía expresa de hipoteca de obligación futura) se quiere conseguir en contra de la ley (que impide inscribir pactos obligacionales) con el pacto de vencimiento anticipado, que, además, no tiene ninguna base legal, pues no hay ningún precepto que diga que si se pacta el vencimiento anticipado tiene efecto real.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha advertido reiteradamente que no por pactar el vencimiento anticipado de la obligación se puede obtener la inscripción de pactos que prohíben disponer o que limitan la facultad dispositiva del dueño. La razón es la misma que aquí se mantiene: se trata de pactos personales, que no pueden inscribirse por el mero hecho de pactarse el vencimiento del crédito. Otra cosa hubiera sido un fraude de ley, ir contra los preceptos legales y además contra la naturaleza de la distinción entre lo obligacional y lo real. En ese sentido son muy importantes las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 1960 y 4 de noviembre de 1968, entre otras.

Además, el pacto de vencimiento anticipado sólo puede tener efectos meramente personales, pues se trata de obligaciones que no son las garantizadas directamente con la hipoteca. Si se pacta el vencimiento anticipado por falta de pago de las cuotas de amortización del capital o de los intereses en el plazo convenido, el pacto es admisible, pues, en tal caso, el pacto de vencimiento anticipado está relacionado con la obligación garantizada con la hipoteca, que por ello le da efectos reales. Pero no es por el hecho del «vencimiento anticipado», sino porque la hipoteca que se constituye para garantizar esa obligación tiene efectos reales y está garantizando esa obligación.

En cambio, si otras obligaciones futuras, no garantizadas con hipoteca por obligaciones futuras, se pacta que provoquen el vencimiento anticipado de las otras obligaciones garantizadas con hipoteca, se está subvirtiendo todo el orden de conceptos, confundiendo lo obligacional con lo real y confundiendo el préstamo mutuo con el derecho real de hipoteca, los efectos de uno y otro y las obligaciones garantizadas con hipoteca y las no garantizadas.

El incumplimiento de obligaciones no garantizadas con la hipoteca podría garantizarse con hipoteca, señalando un máximo indemnizatorio por tal incumplimiento (art. 142 LH). Pero nada de esto se hace en la escritura. Ello significa que al no haberse seguido la vía adecuada el incumplimiento de tales obligaciones lo único que permite es la posibilidad de exigir entre las partes el cumplimiento o la indemnización de daños

y perjuicios por el incumplimiento, a través de la acción rescisoria del artículo 1.124 del Código Civil, que no tiene efectos respecto a terceros, salvo que se obtuviera anotación de demanda, y aun entonces, y no ahora.

Pero es que hay todavía más. Es muy probable que, aun ejercitando la acción rescisoria del artículo 1.124 del Código Civil ante los Tribunales, sin efectos respecto a terceros, y por ello sólo con efecto entre partes (cumplimiento de la obligación e indemnización de perjuicios), los Tribunales podrían plantear problemas, ya que dependería de si en el juicio las ha considerado como obligaciones propiamente dichas o más bien «modos» en contratos onerosos, que serían entonces nulos.

Aquí ya se entra en otra posibilidad. La calificación registral no se pronuncia: señala simplemente la no inscripción, y si se pregunta, se alude a los efectos personales del pacto. Pero si se quiere obtener una visión completa de las razones de no inscripción, entonces aparecen todos los inconvenientes de esas obligaciones, aparte de su efecto personal. Son razones a mayor abundamiento.

Uno de esos inconvenientes es que pueden incidir en la Ley de Defensa de los Consumidores, según se dijo antes, puesto que no responden a ninguna contraprestación efectiva de la parte fuerte, ya que se acumulan al contrato, amontonando obligaciones sin causa, puesto que la causa es la contraprestación, entrega del préstamo y pago de intereses. Todo ese cúmulo de obligaciones responde a un efectivo abuso de la parte que utiliza condiciones generales de la contratación, y ello lo denuncia el artículo 10 de la Ley de Consumidores, que exige tener por no puestas esas cláusulas, que se aparten de la «causa del contrato».

Pero otro inconveniente es que, en el fondo, no constituyen propiamente obligaciones con contraprestación, sino auténticas cláusulas «modales» que al pactarse en contratos onerosos (préstamo hipotecario), según se ha dicho antes, son nulas e ilícitas, pues el «modo» es una figura que sólo cabe en los contratos gratuitos (donación modal), en que hay un enriquecimiento del donatario; o en aquellos contratos onerosos en que hay subvenciones por parte de organismos oficiales, en que, dada la ventaja que para la otra parte representa la subvención, la ley permite en tal caso que se pacte alguna limitación, y aun así sería meramente obligacional.

En cambio, en los contratos onerosos propiamente dichos, no cabe una cláusula modal, siendo ilícita y nula, no sólo por la Ley de Defensa de los Consumidores, sino conceptualmente por Derecho civil puro, por no responder a una causa ni a una contraprestación, sino a un enriquecimiento injusto y a un abuso de derecho.

De las cláusulas «modales» se ha ocupado con gran profundidad MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, Registradora de la Propiedad de Badalona, en un estudio que ha aportado al reciente Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Río de Janeiro los días 12 de mayo y siguientes de este año 1987, titulado «Contrato condicional. Contrato sinalagmático. Pactos rescisorios, pacto resolutorio, pactos modales. Pacto *ius on sale*. Cláusula penal. Examen de los diferentes supuestos, requisitos y régimen en el Derecho civil y repercusiones hipotecarias en compraventa y crédito hipotecario».

Merece la pena transcribir algunos párrafos de la autora de ese trabajo en relación con estas abusivas cláusulas modales de contratos onerosos:

«El modo sólo se admite en la donación y en el ámbito de sucesiones, es decir, en los contratos a 'título gratuito'. Supone gravar al adquirente con una obligación o una carga, convirtiendo así lo que es un acto a 'título gratuito' en un acto más o menos 'oneroso' para el donatario, el heredero o el legatario. Por eso, aunque producen 'obligación' y en caso de no cumplirse el donante o los herederos del testador pueden solicitar la devolución de lo recibido por donación, herencia o legado, esta 'obligación' tiene como límite el valor de lo recibido. A lo más a que puede llegar el donatario es a quedar igual que estaba, pero no empobrecer su patrimonio.»

«En los contratos 'onerosos' la onerosidad consiste en una prestación a cambio de otra; por lo tanto, en las obligaciones que una parte asume a cambio de las que la otra asume. Más allá de las prestaciones obligadas por el contrato no hay obligación.»

«En los contratos 'onerosos' no puede haber 'modo', porque o hay una obligación de prestar una cosa ligada a la onerosidad o esa obligación estaría fuera del contrato.»

«El 'modo' supondría la obligación de cumplir lo que no es una obligación contractual. Y por ello carece de fuente y de causa.»

«En las cláusulas generales de la contratación se observa la tendencia a introducir pseudoobligaciones modales, es decir, que no puede exigirse su cumplimiento contractual, porque no están en las obligaciones del contrato. Pero se pretende que tengan eficacia para que una parte, la interesada no contractualmente, sino en función de otras finalidades, pueda romper el contrato. Se produce el absurdo de pretender que exista una facultad rescisoria contractual por incumplimiento de lo no debido. Esto es el supuesto de la cláusula *ius on sale*, y de todas las cláusulas 'amenazas de rescisión' por hechos o actos de una parte cuyo contenido

no es la prestación contractual. Mediante ellas una parte pretende conseguir a costa de la otra un «plus» económico o un poder sobre su persona, su patrimonio, una cosa determinada o influir en los actos que están en la esfera de su libertad.»

«Se observan, cada vez con más frecuencia, en las compraventas y otros contratos onerosos cláusulas en virtud de las cuales el comprador, el prestatario, etc., además de pagar el precio, los intereses y demás prestaciones del contrato están obligados a multitud de acciones u omisiones que nada tienen que ver con el contrato, y que más bien se refieren a la libertad de decisión en su trabajo, en otros contratos, en el destino de lo adquirido o en el empleo, residencia, etc. Son auténticas cláusulas 'modales' fuera de contrato e incompatibles con el contrato oneroso.»

«La piedra de toque para distinguir estas pseudoobligaciones es que no tienen equivalente económico. Toda prestación ha de tener un valor, y si la prestación se incumple se fija su valor en equivalente económico, pero si resulta que ese equivalente es cero, es que esa prestación es cero. O lo que es lo mismo: no es prestación, es un sofisma.»

«Estas pseudoobligaciones son contrarias a la conmutatividad, son un plus de beneficio. Y así como en los contratos gratuitos se admite el 'modo' porque el donatario no se empobrece y hasta el límite de lo donado, en los contratos con relación de equivalencia, donde este límite ya está en las prestaciones, el 'modo' es ilícito, porque supone el salto al enriquecimiento injusto. Así con este nombre queda mucho más clara su naturaleza y finalidad, negándoles todo intento de denominación obligacional.»

«Sin embargo, estos sofismas encubridores de enriquecimientos injustos, que pretenden legitimarse mediante nominarlos obligaciones, sin que lo sean, nunca acuden a la acción de cumplimiento que pondría de manifiesto su vacío. Acuden indirectamente a la amenaza de la rescisión. No sólo a la parte contratante, sino que pretenden extenderlo a los adquirentes, produciendo un intento de subversión social que tiene grandes analogías con las formas y técnicas del feudalismo en su sentido decadente.»

1) *Las causas de vencimiento anticipado de la estipulación octava en particular.*—Respecto a la estipulación OCTAVA, 8.1, la inscripción se ha practicado en cuanto a los apartados a) y b) sólo respecto a aquellas obligaciones pactadas de la escritura que son objeto de inscripción, es decir, las garantizadas con la hipoteca (devolución del préstamo, en la cuantía y plazos convenidos y pago de los intereses en el plazo estipulado y tipo del 14 por 100 anual).

En cambio, *no se han inscrito tales apartados a) y b) respecto a las demás obligaciones pactadas* en la escritura que no han sido objeto de inscripción, pues hubiera sido tanto como eludir la ley, no admitir su inscripción conforme a los argumentos ya expuestos anteriormente y, sin embargo, permitir su acceso a través de esta cláusula de vencimiento anticipado general, que, como se ha dicho, es de efectos personales en cuanto a esas obligaciones no inscribibles.

Por lo que se refiere al apartado c) del número 8.1, se trata igualmente de un pacto de efectos personales, que además es totalmente contradictorio con el derecho real de la hipoteca y que nada tiene que ver con él.

Así, en cuanto a la «disminución o riesgo de insolvencia», es un problema de carácter personal del prestatario que en nada afecta a la hipoteca, que al recaer sobre la finca prescinde de las vicisitudes personales del deudor y de su riesgo o no de insolvencia. Va, en definitiva, en contra del artículo 104 y del concepto de hipoteca como derecho que sujeta los bienes, cualquiera que sea la persona del deudor, y por ello, prescindiendo de las «vicisitudes meramente personales», que en nada interesan ni afectan al derecho real de hipoteca. En cuanto al embargo, también mencionado en el apartado c) del número 8.1, tampoco afecta a la hipoteca ya constituida, puesto que en virtud del principio hipotecario de prioridad el título primeramente inscrito prevalece sobre el posterior. O sea que un embargo posterior no afecta a una hipoteca anterior. El principio fundamental del sistema hipotecario de subsistencia de las cargas anteriores determina que una anotación de embargo no puede perjudicar a la hipoteca anterior, y por ello es totalmente indiferente al acreedor hipotecario que exista o no un embargo; y, en consecuencia, pactar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por razón de un embargo representa un «abuso de derecho», pues es pretender ejercer un derecho (el del vencimiento anticipado) sin razón jurídica suficiente. En cambio, con ese ejercicio abusivo, se pone en peor condición de lo que todavía podría estar al deudor, que ve embargados sus bienes, sin que exista ningún perjuicio para el acreedor hipotecario, según se ha dicho. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado es, por ello, muy reiterada, en el sentido de que no es inscribible el pacto que señala que un gravamen de finca hipotecada precipita el vencimiento de la obligación (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25-XI-1935, 16-VI-1936 y 4-XI-1968). Dentro del gravamen se incluye, naturalmente, el embargo. Aparte de ello, el pacto vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, que son de derecho necesario, y que establecen el principio de subsistencia

de cargas anteriores al no afectar a la hipoteca anterior la ejecución derivada de un embargo posterior. El abuso de derecho sube de punto si se tiene en cuenta que el pacto de la escritura no sólo se refiere al embargo de la finca hipotecada —lo cual de por sí ya es suficiente para rechazarlo—, sino que se refiere al embargo de «cualquiera de los bienes del deudor», con lo que la situación de abuso de derecho es todavía mayor, pues ello en nada afecta al acreedor hipotecario, que tiene ya garantizado con la hipoteca su crédito. En cualquier caso, es un problema ajeno a la inscripción de la hipoteca y demuestra que es un aspecto personal, al igual que los demás no inscritos, que sólo hace referencia al préstamo y no a la hipoteca.

En cuanto a la solicitud del concurso de acreedores o de convenio judicial o extrajudicial que suponga quita o espera, también contenidas en el apartado c) del número 8.1, es muy clara la no inscripción de este pacto, conforme a la Resolución de 27 de enero de 1986 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el propio recurrente cita y reconoce que es así, asintiendo en este punto a lo que dice la resolución. Por eso no hay problema en este punto.

En cuanto a «cualquier otra acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario» contenida en el repetido apartado c) del número 8.1, es una reiteración de lo ya dicho anteriormente, sobre aspectos meramente personales, que no afectan al derecho real de la hipoteca.

En cuanto a la referencia indeterminada en ese apartado c) a «cualquier otra circunstancia que, de acuerdo con la ley, determine la pérdida del derecho al plazo para el deudor», aparte la indeterminación que esto supone, resulta innecesaria, pues la ley es aplicable directamente sin necesidad de pacto. Pero es que, además, puede implicar una vulneración de la ley, según se mire, pues hay supuestos en que la ley prevé el vencimiento anticipado *sólo por lo que se refiere a la relación entre partes, sin que ello pueda afectar a terceros ajenos al contrato*, salvo que haya una garantía real como la hipoteca, y en este caso por ese portillo indeterminado podría pretenderse dar efecto real a lo que según la ley es de efectos personales, con lo que se incidiría una vez más en el error repetidamente denunciado en el presente informe. Pero, en todo caso, se trata de un pacto indeterminado y hasta innecesario, según se mire, o en contra de la propia ley.

TAMPOCO SE HA INSCRITO, POR NO SER INSCRIBIBLE, el apartado d) de la cláusula 8.1, que se refiere a la «no inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, cualquiera que sea la causa de la no inscripción, en el plazo de tres meses a partir del presente otorga-

miento». Por tres razones: 1.^a Porque la escritura de préstamo hipotecario ha sido inscrita dentro del plazo de tres meses, con lo que si tuviera acceso la cláusula se podría crear en los terceros la duda o confusión acerca del sentido de dicha cláusula, al no precisarse si se refiere a *la no inscripción «total o parcial»*. 2.^a En segundo lugar, y aun referido el supuesto a la inscripción parcial del documento, porque la calificación registral es un acto totalmente independiente, realizado por el Registrador, y resultaría improcedente tratar de obtener de dicho acto, por vía de pacto, consecuencias perjudiciales para una de las partes, e incluso para terceros, lo que podría plantear que se está mediatizando la independencia de la calificación registral, salvo que quede como un problema entre partes sin acceso al Registro. 3.^a En tercer lugar, porque, sea de ello lo que fuere, resulta que tal apartado no es inscribible desde el momento en que «se solicita y obtiene la inscripción», pues, en otro caso, sería una inscripción que, *desde el mismo momento en que se produce*, nacería ya con la eventualidad de que en cualquier momento se pueda producir el vencimiento de la hipoteca, lo que va en contra de la fijeza de los asientos registrales, cuyos efectos son de orden público y no pueden quedar al arbitrio del acreedor. En otro caso el acreedor en cualquier momento (al día siguiente de la inscripción) podría alegar vencimiento anticipado, a pesar de haber solicitado y obtenido la inscripción y a pesar de haber pactado en la escritura la conformidad con la inscripción parcial del documento (cláusula decimocuarta). Daría lugar a un contrasentido y a un nuevo supuesto de abuso de derecho.

TAMPOCO SE HA INSCRITO el apartado e) de dicha estipulación 8.1, que se refiere a la causa de vencimiento anticipado consistente en la «existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente al de la hipoteca que se constituye en esta escritura», por tratarse de un pacto de efectos meramente personales y, en todo caso, referentes al préstamo y no al derecho real de hipoteca.

En relación con la exclusión de este pacto ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1.º Que si se inscribiera se podría provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el momento mismo de la inscripción o en cualquier tiempo posterior, ya que existen *siempre* una serie de «afecciones fiscales consignadas por nota marginal» con anterioridad a la inscripción de hipoteca, pues se refieren a inscripciones de compraventa anteriores. En el presente caso, examinado el Registro por este Registrador, antes de la inscripción de la hipoteca, se observó que existían afectaciones de plusvalía y autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, e incluso una afección por liquidación caucional por vivien-

das de protección oficial, respecto a las cuales carece de toda justificación que opere el pacto de la escritura, puesto que el Registro de la Propiedad es público y podrían ser perfectamente conocidas por las partes. Pero menos justificación tendría inscribirlo, cuando puede dar lugar al vencimiento anticipado de la hipoteca en el momento mismo de la inscripción y por una causa conocida o que debían conocer las partes, antes de inscribir.

2.º Que, prescindiendo de la existencia de afecciones fiscales relativas a asientos anteriores, la propia inscripción de hipoteca lleva consigo la constancia de la afección al pago de la autoliquidación por la escritura de hipoteca por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que es una carga también preferente a la hipoteca, y no por ello se va a producir el vencimiento anticipado de la hipoteca. Como el pacto alude a la «existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente», la inscripción de tal pacto llevaría al absurdo de incluir esa afección, con el consiguiente vencimiento anticipado de la hipoteca en el mismo momento de la inscripción.

3.º Que por las dos razones anteriormente expuestas deja totalmente en manos del acreedor hipotecario el provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario en cualquier momento, discrecionalidad que va contra lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores antes desarrollada.

4.º Que con el presente pacto, si se inscribiera, se vulnerarían principios hipotecarios, y concretamente el principio de prioridad registral, que exige atender al orden de presentación de los títulos en el Registro, sin que pueda mediatizarse ese principio con pactos que lo limiten o desvirtúen. El principio de prioridad exige que los titulares de derechos reales tengan una mínima diligencia en la presentación de los títulos para conseguir la prioridad. El pacto de la presente escritura pretende sustituir la «diligencia en la prioridad de presentación» por el sucedáneo de provocar un «vencimiento anticipado de la hipoteca», lo que no puede tener efectos registrales, por ir en contra el fundamento del principio de prioridad y por atenuar la necesidad de la pronta presentación de los títulos para evitar precisamente la anteposición de otro título. El pacto puede operar con efectos personales entre partes y respecto al préstamo, pero no respecto a terceros ni respecto al derecho real de la hipoteca.

5.º Porque en el supuesto de que se interpretara que las partes no han querido referirse a las afecciones fiscales, entonces es totalmente inoperante el pacto en el presente caso, pues, examinado el Registro, no existen otras cargas anteriores, por lo que, fuera de esos supuestos —en los que ya se ha dicho que serían absurdas las consecuencias del pacto—,

resulta totalmente innecesaria la inscripción al no darse el supuesto previsto en el mismo.

6.º Porque en el supuesto similar del saneamiento por vicios o gravámenes ocultos, previsto en el artículo 1.483 del Código Civil, respecto al contrato de compraventa, es evidente que se trata de «acciones personales» entre vendedor y comprador, que no tienen acceso al Registro si no es a través de la anotación de demanda.

7.º Porque al ser «público» el Registro (arts. 607 CC y 221 LH), tampoco tendría fundamento aplicar el pacto como un «suceso pasado a la inscripción de hipoteca» *ignorado* por los interesados (art. 1.113 CC), pues lo procedente es examinar el Registro, máxime respecto a afecciones anteriores al otorgamiento mismo de la escritura.

8.º Porque la única justificación del pacto es para el período intermedio entre el otorgamiento de la escritura de hipoteca y la inscripción del derecho real de hipoteca, pero en el presente caso ya se ha dicho que no existe ninguna carga intermedia, y, en todo caso, el efecto del pacto sería personal entre partes y referido únicamente al préstamo y no a la hipoteca, pues sería una acción a ejercitar prescindiendo de la inscripción. Pero una vez «solicitada y obtenida» la inscripción de hipoteca, no puede figurar en el Registro una causa de vencimiento anticipado que podría operar en el momento mismo de la inscripción contra la firmeza de los asientos registrales, que no pueden quedar al arbitrio de las partes, por ser de «orden público» inmobiliario la eficacia de los asientos.

TAMPOCO SE HA INSCRITO el apartado f) del número 8.1, relativo al incendio o deterioro en la cuarta parte de la finca hipotecada. Se alude en la escritura a «por cualquier causa dependiente o no de la voluntad del dueño». Esto es inadmisibles, a efectos de la hipoteca.

En primer lugar, respecto a los casos de «culpa o dolo» del dueño, ya existe la vía de la acción de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, en que, por el procedimiento de los incidentes, decide el Juez de Primera Instancia lo procedente, atendiendo a las circunstancias del caso. Esta decisión corresponde exclusivamente al Juez por declaración de la ley, y no puede sustituirse por el vencimiento automático y anticipado del crédito hipotecario, en todo caso. La intervención del Juez está justificada, puesto que quizá se trate de un caso en que, a pesar del deterioro o del incendio, la finca cubriese con su valor la parte del préstamo pendiente de devolver. Obsérvese que en el «incendio» no se alude al límite de la cuarta parte, con lo que bastaría «cualquier incendio», aunque su efecto hubiese sido mínimo. Y por lo que se refiere al «deterioro en la cuarta parte del valor» de la finca, se trata de una previsión que, aplicada a todos los casos, puede resultar injustificada, pues

aunque se deteriorase la finca en más de la cuarta parte del valor, si el valor restante fuese suficiente para cubrir la responsabilidad hipotecaria, no se ve por qué se va a producir el vencimiento anticipado. Por eso lo procedente es la acción de devastación, si el acreedor cree que quedan perjudicados sus derechos.

En cuanto al «caso fortuito», el artículo 117 de la Ley Hipotecaria no lo comprende, lo que revela que no ha considerado justificado que en relación con terceros se plantee la acción de devastación. Pero si esto es así, tampoco debería afectar a los terceros el pacto de vencimiento del crédito en caso fortuito. Bien está que se admita la validez del «pacto personal del vencimiento del préstamo» por ese caso fortuito entre partes (art. 1.105 CC), pero otra cosa diferente es tratar de darle efectos respecto a terceros a través de la inscripción como pacto de la hipoteca, pues el criterio del legislador es claro examinando el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que es la ley aplicable al derecho real de hipoteca. En cualquier caso, la referencia a la «cuarta parte del valor» también sería indiscriminada aplicada al caso fortuito, pues si queda suficiente valor para cubrir las responsabilidades, representa un claro abuso de derecho provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario.

En cuanto a la EXPROPIACION FORZOSA, a que se refiere también el apartado f), es improcedente el pacto, pues se trata de un supuesto ya regulado por el artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria y artículo 8.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, que dicen claramente lo que ha de hacerse en casos de expropiación forzosa, por lo que el pacto, aparte de ser innecesario, podría dar lugar a confusionismo respecto a la regulación que la ley determina en estos casos. Respecto al artículo 8.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, se prevé que al expropiarse la finca como libre de cargas la Administración expropiante, en el momento de pagar el justiprecio, lo distribuya entre el dueño y el acreedor hipotecario, si existe acuerdo entre ellos. Y si no existe acuerdo sobre tal distribución (art. 8.º, 2) o si alguno no comparece (art. 51, 1, a), la Administración lo consigna en la Caja General de Depósitos. Lo que es inadmisibles es, en vista de la expropiación, provocar un vencimiento anticipado de crédito para cobrar primero el acreedor hipotecario con la venta forzosa de la finca, que podría, además, dar lugar a confusionismos y a retrasar incluso la expropiación o a provocar juicios y ejecuciones inútiles, con el consiguiente retraso y molestias en contra del procedimiento previsto en estos casos. Va en contra del efecto de la expropiación forzosa, que es la expropiación de todos los derechos y no provocar un vencimiento anticipado de algún derecho, con evidente perjuicio del deudor, sobre el que se hace recaer un justiprecio que ha de dis-

tribuirse entre ambos titulares de derechos sobre la finca, y no cargar la desvalorización de toda expropiación en el dueño exclusivamente.

Va también en contra del artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria, que prevé la figura de la subrogación real del justiprecio de la expropiación de la hipoteca. Esta, al pasar de garantía inmobiliaria a garantía mobiliaria (sobre el crédito), se extingue como tal hipoteca, pero el crédito en principio no vence, según estableció la Exposición de motivos de la Ley de 1861, que configuró el supuesto como una especie de prenda del crédito. Según el artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria el precio se consigna si «no hay acuerdo». Ese «acuerdo» del artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria, tal como está redactado el precepto, no es «un pacto previo establecido en la escritura de hipoteca fuera de contexto de la expropiación».

Por tanto, en caso de expropiación no procede el vencimiento anticipado, por pacto, sino el efecto expropiatorio de la finca con pago del justiprecio a los titulares en la forma que la ley señala (arts. 8.º RH, 51, 1, a, del propio Reglamento y 110, 2, LH).

EN CUANTO A LA POLIZA DEL SEGURO. a que se refiere el apartado g) del número 8.1, es igualmente pacto personal que no afecta a tercero por ser una mera obligación del prestatario, según se indicó anteriormente.

VENCIMIENTO ANTICIPADO POR ALTERACIONES ECONOMICAS A QUE SE REFIERE EL número 8.2. Se trata de un apartado que no es inscribible por lo siguiente:

1.º Porque es contrario al orden público económico. Así, las normas sobre nuevos requisitos de coeficientes, depósitos obligatorios, etc., que establezca el Gobierno se deben a motivos concretos políticos y económicos, y no puede pretenderse que incidan en la economía general del país a base de repercusiones que haga por su cuenta la sociedad prestamista. Podrían producirse alteraciones respecto a las finalidades que pretende el Gobierno en cuestión sobre nuevos coeficientes o depósitos. Imagínese que en todos los préstamos de las entidades crediticias hubiera esa cláusula. Se produciría un vencimiento anticipado de todos los créditos que daría lugar a unas repercusiones generales en la sociedad y en la economía de distinta finalidad que las pretendidas por el Gobierno al señalar nuevos coeficientes o depósitos obligatorios. La incidencia en el orden público económico es muy clara, sin que a esta argumentación obste el que es una cláusula no prohibida por una determinada circular que no se ocupa de ese tema, sino de otros distintos, como pretende argumentar el recurrente. Es como si se dijera: «puede atropellarse a al-

guien porque los preceptos del Código Civil relativos a la posesión de inmuebles no lo prohíben».

2.º Porque deja la situación jurídica en una indeterminación total respecto a los sucesivos adquirentes o terceros. Si se inscribiera, se limitaría al tráfico del inmueble (contra el principio que inspira el sistema inmobiliario y el art. 27 LH), ya que se trata de una cláusula imprevisible para terceros que no sabrían a qué atenerse sobre las consecuencias futuras de la hipoteca. Es decir, que respecto a terceros es en todo caso inadmisibile.

3.º Porque deja en manos del Banco acreedor la facultad de dar por vencido el contrato con motivo de cualquier alteración o disposición, por mínima que fuera. Esto va contra lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil y contra el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, razón ésta por lo que no cabe compararla de ninguna manera con lo dispuesto en la cláusula novena.

J) *Cláusula novena, último párrafo.*—EN CUANTO AL ULTIMO PARRAFO DE LA CLAUSULA NOVENA, no es inscribible, porque se refiere a los apartados 3.3, *d)* y *e)*, de la estipulación tercera, que por las razones ya expresadas anteriormente no han sido objeto de inscripción.

K) *Cláusula décima, apartado 10, 2.*—TAMPOCO SE INSCRIBE EL APARTADO 10, 2, DE LA CLAUSULA DECIMA, porque conforme a reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado se trata de un pacto limitativo de la disponibilidad de la finca.

Es el propio recurrente el que cita la Resolución de 27 de enero de 1986, dándose él mismo cuenta de que va «contra el principio de libertad de tráfico inmobiliario», que la resolución señala.

En Derecho hipotecario es de orden público inmobiliario la libertad de tráfico inmobiliario resultante del artículo 27 y del 107, 3.º, de la Ley Hipotecaria, según se ha señalado anteriormente.

Cualquier limitación en futuras ventas por parte del acreedor hipotecario afecta a ese principio, según la Dirección General de los Registros y del Notariado. El caso ahora planteado es uno más —pero más grave todavía— de los varios supuestos contemplados por la Dirección y cuya inscripción no procede.

Se pone una restricción a la venta de la finca hipotecada, puesto que con tal motivo el Banco puede imponer al adquirente la subrogación en el préstamo. Esto puede motivar que el deudor no encuentre ningún adquirente que le compre la finca. Hay que observar que con la imposición

de la «subrogación» el nuevo adquirente se convierte en «deudor» personal, respondiendo con todo su patrimonio frente al Banco (responsabilidad universal). Para el adquirente, la hipoteca opera como limitación de responsabilidad. En cambio, con la subrogación personal responde, además, con todo su patrimonio. Esto es algo que deben decidir libremente, conforme al artículo 118 de la Ley Hipotecaria, el vendedor y el comprador. Y si optan por la subrogación en la deuda personal no afectará al acreedor si no da su consentimiento. Pero éste es totalmente diferente de la «imposición» a conveniencia del acreedor hipotecario, que va contra la libertad contractual y no sólo contra la libertad de disposición.

El recurrente dice que no se limita la libertad de disposición, sino que lo único que ocurre es que se produce el vencimiento del crédito y la obligación de devolver el préstamo. Pero esto es una limitación a la facultad dispositiva, pues el deudor no venderá si se encuentra en dificultades para la devolución inmediata del préstamo. Recuérdesse la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, equiparando a efectos de las limitaciones de disponer las cláusulas de prohibición de disponer y las que precipitan el vencimiento de la obligación (Resoluciones 18-XI-1960, 4-XI-1968 y 27-I-1986).

Según el Banco recurrente, «tiene una sobrada justificación la preferencia del Banco por tener por deudores a quienes estima adecuados». Pero una cosa es prestar a quien se tenga por conveniente y otra distinta es, una vez realizado el préstamo, cambiar a su voluntad a la parte deudora contra la relación jurídica existente, imponiendo la condición de deudora a persona diferente, por vía de sanción consistente en precipitar el vencimiento del crédito si no se acepta la imposición del Banco. Esto va contra todas las normas: las de Derecho civil (asunción de obligaciones), de Derecho hipotecario (libertad de tráfico) y de defensa de los consumidores (art. 10 de la repetida ley citada).

El recurrente se apoya, además, en posibilidades que dice son similares, pero que son completamente diferentes, una de ellas la de *constituir hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación de no vender*. Pero esta fórmula, como el recurrente reconoce, no se ha utilizado en la escritura.

La otra posibilidad es, según el escrito de recurso, «imponer al adquirente la subrogación automática en el préstamo». Pero esta posibilidad está igualmente prohibida, sin que el Banco acreedor pueda equipararse al Banco Hipotecario de España, que por razones de sobra conocidas tiene una normativa especial diferente de la de todos los Bancos y Cajas. Pretender una equiparación con el Banco Hipotecario es infrin-

gir la ley, que sólo prevé la subrogación en la deuda en caso de fincas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario, que es la entidad oficial de crédito que desde su origen cuenta con esta normativa especial. Es como si el recurrente dijera que quiere utilizar el procedimiento de secuestro y posesión interina de la finca porque es el que utiliza el Banco Hipotecario. Pero desconoce que el Banco Hipotecario, por su naturaleza y finalidad y carácter oficial, y porque así lo dice la ley, tiene su normativa especial y diferente.

En la escritura de hipoteca objeto del presente recurso se contiene otro apartado con el número 10.2, a continuación del que con el mismo número 10.2 acaba de ser examinado, y que tampoco ha sido objeto de inscripción. Este otro apartado 10.2 se refiere a la facultad del Banco acreedor de requerir al prestatario en cualquier momento para que el saldo deudor de la cuenta especial se documente mediante letras de cambio o pagarés, aludiendo también a cancelación de la cuenta mediante abono del valor, previa deducción de intereses y comisiones. Este apartado no es inscribible, porque es de carácter «personal» u «obligacional» que no afecta a terceros y porque las «comisiones» que se mencionan no constan fijadas ni han sido objeto de inscripción, según se expresó más atrás. Tampoco lo ha sido la cuenta especial, por no tratarse de hipoteca en garantía de cuenta corriente, según se indicó anteriormente.

L) *Cláusula undécima. Apartados no inscribibles.*—EN CUANTO A LA CLAUSULA UNDECIMA, se han excluido de la inscripción todas aquellas referencias a otras cláusulas no inscribibles, como son los intereses de demora, los intereses variables y las causas de vencimiento anticipado no inscritas. En cuanto a la referencia a la palabra «primera» hipoteca, es una palabra que se excluye siempre de la inscripción, porque su rango ha de resultar de los asientos del Registro, según la prioridad registral, y no de un pacto escriturario.

TAMPOCO SE HA INSCRITO EL ULTIMO PARRAFO DEL APARTADO 11.2, sobre responsabilidad ilimitada personal del deudor y de quien se hubiera subrogado, pues aparte de que es una repetición de la frase inicial «sin perjuicio de la plena responsabilidad personal del prestatario en los términos del artículo 1.911 del Código Civil», que ya se ha inscrito y no procede repetir, es que se alude a la subrogación, que según se ha indicado queda excluido de la inscripción y en todo caso se refiere a «cualesquiera otras cantidades» que son ajenas a la hipoteca, y por tanto deben quedar como pacto personal impropio de la hipoteca. Es una clara manifestación de que el recurrente confunde lo meramente

obligacional —no inscribible— con lo que por tener efectos reales afecta a tercero —hipoteca.

EL APARTADO e) DE LA REFERIDA CLAUSULA UNDECIMA. Tampoco se ha inscrito porque los trámites y normas procesales son de derecho necesario y no pueden ser alteradas por pacto, conforme establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, por lo que ha de estarse a lo que resulte de la ley, coincida o no con lo previsto por pacto, que por ello es innecesario o improcedente.

Cláusula decimosegunda, segundas copias.—TAMPOCO SE HA INSCRITO EL ULTIMO PARRAFO DE LA CLAUSULA DECIMOSEGUNDA, por tratarse de una cuestión ajena a la inscripción, ya que es de ámbito exclusivamente notarial el problema de solicitud de segundas y posteriores copias, siendo una cuestión de mero apoderamiento que en nada afecta a la inscripción por no constituir acto inscribible (art. 2.º de la Ley Hipotecaria).

EN VIRTUD DE TODO LO EXPUESTO, el Registrador informante solicita que sea desestimado íntegramente el recurso y mantenida la nota al pie del documento, por lo siguiente:

1.º Por no ser la nota del documento una *nota de calificación* con expresión de los motivos, única contra la cual cabe recurso gubernativo (artículo 66 LH), sino una *nota de despacho* al pie del título con expresión escueta de las cláusulas no inscritas *con la conformidad del presentante* (arts. 434 y 429, 2.º, RH) y *de los interesados* (estipulación decimocuarta de la escritura).

2.º Porque, *en cuanto al fondo,* respecto al cual este Registrador solicita que se decida *a efectos de doctrina, no son inscribibles ninguna de las cláusulas que se han expresado en la nota registral de despacho,* según los argumentos que se han dado en el presente informe.

Barcelona, veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona

ACTUALIDAD JURIDICA

I. INFORMACION LEGISLATIVA

A) ACUERDOS INTERNACIONALES Y DERECHO COMUNITARIO

1. *Instrumento de ratificación del Acta Unica Europea.*—El *Boletín Oficial del Estado* del 3 de julio pasado publica este Instrumento, al que sigue el texto del Acta. Dado su interés, ya anticipamos este texto completo en nuestro número de marzo-abril de este año, páginas 462 a 496, a donde nos remitimos.

2. *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial, hecho en La Haya el 15 de noviembre de 1965.*—La ratificación tiene fecha de 29 de abril de 1987 y se publica, con el texto del Convenio, en el *Boletín Oficial del Estado* del 25 de agosto. España designa autoridad central para expedir las certificaciones a que se refiere este Convenio a la Secretaría General Técnica, del Ministerio de Justicia, Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional.

3. *Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970.*—La ratificación ha sido firmada por Su Majestad el Rey el 4 de mayo de 1987 y se publica, con el texto del Convenio, en el *Boletín Oficial del Estado* del 25 de agosto. Según su artículo 1.º las autoridades judiciales de los Estados contratantes podrán solicitar por comisión rogatoria, en materia civil o mercantil, la obtención de pruebas y realización de actuaciones judiciales.

4. *Recomendación n. R. (86) 12. del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros.*—Fechado en Estrasburgo el 23 de febrero de este año, el Secretario General del Consejo de Europa ha dirigido a todos los Representantes Permanentes de los Estados miembros ante el Consejo de Europa, un escrito adjuntando el texto de esta Recomendación, referente a ciertas medidas tendentes a prevenir y redu-

cir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales y que fue adoptada por el Comité de Ministros el 16 de septiembre de 1986, con ocasión de la CCCXCIX Reunión de los Delegados de los Ministros.

El texto de dicha Recomendación es el siguiente:

El Comité de Ministros, en virtud del artículo 15.B del Estatuto del Consejo de Europa,

Considerando, por una parte, el incremento del número de asuntos llevados ante los Tribunales, lo que puede tener como efecto el causar perjuicio al derecho de los justiciables a que su causa sea oída en un plazo de tiempo razonable, en el sentido del artículo 6, 1, del Convenio Europeo de los Derechos Humanos;

Considerando, por otra parte, el elevado número de tareas no jurisdiccionales confiadas al Juez, número que, en ciertos Estados, tiene tendencia a aumentar;

Convencido del interés de limitar las actividades no jurisdiccionales confiadas a los Jueces, así como la carga excesiva de trabajo de los Tribunales, a fin de mejorar el funcionamiento de la justicia;

Convencido igualmente del interés de asegurar permanentemente una distribución equilibrada de los asuntos entre las jurisdicciones y de utilizar lo mejor posible los recursos humanos de que ellas disponen,

Invita a los Gobiernos de los Estados miembros, independientemente de los recursos que deberían ponerse a disposición del orden judicial para hacer frente de manera eficaz al incremento de los asuntos contenciosos y de las tareas no jurisdiccionales, a reflexionar sobre la oportunidad de perseguir, en su política judicial, uno o varios de los objetivos siguientes:

I. Alentar, en los casos adecuados, el arreglo amistoso de los litigios, ya sea fuera del orden judicial, ya sea antes o durante el procedimiento judicial.

A este respecto, podrían tomarse en consideración las siguientes medidas:

a) prever, con ventajas apropiadas, procedimientos de avenencia, que, previamente al procedimiento judicial o al margen de éste, tendrían como objetivo resolver el litigio;

b) confiar al Juez, entre sus tareas principales, la búsqueda de un arreglo amistoso del litigio entre las partes, en todos los asuntos que se presten a ello, al inicio del procedimiento o en todas las fases apropiadas de éste;

c) consagrar como una obligación deontológica de los abogados, o

invitar a las instancias competentes a reconocer como tal, la búsqueda de la avenencia con la parte contraria antes de recurrir a la vía judicial, así como en todas las fases apropiadas del procedimiento judicial.

II. Evitar el incrementar el volumen de tareas no jurisdiccionales confiadas a los Jueces y disminuirlo progresivamente confiando dichas tareas a otras personas o a otros órganos.

El anexo a la presente Recomendación contiene ejemplos de estas tareas actualmente previstas por ciertos Estados y de las que el Juez podría ser liberado, teniendo en cuenta los datos o antecedentes propios de cada país.

III. Prever, para asuntos de pequeña importancia o en ciertas materias particulares, órganos que, fuera del orden judicial, estarán a disposición de las partes para resolver los litigios.

IV. Adoptar las disposiciones adecuadas para que, en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial.

V. Generalizar, si no es ya el caso, la institución del Juez único en primera instancia, en todas las materias apropiadas.

VI. Revisar periódicamente la competencia respectiva de los diferentes órganos jurisdiccionales, en función de la naturaleza y del número de demandas, a fin de asegurar una distribución equilibrada de la carga de trabajo.

VII. Evaluar la incidencia eventual de la garantía jurídica sobre el incremento del número de asuntos presentados ante los Tribunales y adoptar medidas apropiadas que en el caso en que se estableciese que este tipo de garantía estimula la incoación de acciones carentes de fundamento.

Anexo a la Recomendación n. R. (86) 12

Ejemplos de tareas no jurisdiccionales de las que se podría liberar a los Jueces de ciertos Estados en función de los datos o antecedentes propios de cada país:

- Celebración del matrimonio.
- Establecimiento de los convenios patrimoniales.

- Dispensa de publicación de los anuncios de matrimonio.
- Autorización a un cónyuge para representar al otro: reemplazar el consentimiento del cónyuge impedido de expresarlo.
- Cambio del apellido, cambio del nombre.
- Reconocimiento de paternidad.
- Administración de los bienes de los incapacitados jurídicamente.
- Nombramiento de un representante legal para los incapacitados mayores de edad y los ausentes.
- Aprobación de las adquisiciones patrimoniales de las personas morales.
- Control de los libros llevados por los comerciantes.
- Teneduría o control de los Registros comerciales:
 - Registro de Comerciante.
 - Registro de Sociedades.
 - Registro de Marcas.
 - Registro de Automóviles.
 - Registro de Buques, Barcos y Aeronaves.
- Concesión de licencias para el ejercicio de actividad comercial.
- Intervención en las operaciones electorales distintas de las previstas por la Constitución.
- Designación de un Juez como presidente o miembro de comisiones en las que su presencia apenas se requiere más que para afirmar su imparcialidad.
- Recaudación de impuestos y de derechos de aduana.
- Recaudación de gastos judiciales.
- Ejercicio de las funciones de Notario.
- Actos relativos a la sucesión.
- Actos de estado civil y Registros de estado civil.
- Registro territorial (control de la inscripción de transmisiones, hipotecas...).
- Nombramiento de árbitros cuando esto se haya previsto por la ley.

5. *Ayuda para la mejora de las estructuras agrarias.*—El Reglamento (CEE) 797/1985, del Consejo, sobre mejora de la eficacia de las estructuras agrarias, establece una acción común con el fin de mejorar la eficacia de las explotaciones y contribuir a la evolución de sus estructuras, asegurando, al mismo tiempo, la conservación permanente de los recursos naturales de la agricultura.

Su aplicación en España, como vía de mejora de las rentas agrarias, así como para mejorar las condiciones de vida, trabajo y producción de la población agraria, exige el establecimiento de las correspondientes líneas de ayudas nacionales. Con este fin se ha considerado la necesidad de reagrupar las líneas de ayuda existentes dirigidas a mejorar la estructura de las explotaciones agrarias y facilitando y racionalizando su gestión.

Dada la situación de recursos financieros limitados, el sistema de ayudas se orienta prioritariamente hacia la explotación familiar, los agricultores jóvenes y las acciones cooperativas. Asimismo se considera necesario apoyar la financiación de aquellas inversiones que sean requeridas por unos planes de mejora fundamentados, tanto en la potencialidad productiva de cada explotación como en la capacidad de absorción de los mercados.

En el establecimiento de estas líneas de ayudas se ha tenido también en cuenta la importancia del cooperativismo y del asociacionismo agrario, como instrumentos para una racional introducción de nuevas tecnologías, y la de las actividades forestales realizadas en explotaciones agrarias, tanto por lo que se refiere a su vertiente económica como a la valoración de su papel en relación con la conservación y mejora del medio natural. Asimismo, se ha considerado la complejidad creciente de las decisiones y de los trabajos de los agricultores, y a tal fin se establecen ayudas para actividades de capacitación y formación permanente que les permitan orientar sus explotaciones con criterios de racionalidad económica.

El Real Decreto 808/1987, de 19 de junio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 26 siguiente, da las normas y disposiciones conducentes a la aplicación del citado Reglamento del Consejo que tienden a contribuir a la mejora de la eficacia de las estructuras agrarias.

B) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1. *Ley Orgánica de la Jurisdicción Militar*.—Tiene fecha de 15 de julio y se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del 18 siguiente, para regular la competencia y organización de dicha jurisdicción.

Plantea la organización de los Tribunales militares en la doble realidad de tiempo de paz y de guerra. La competencia de esta jurisdicción se circunscribe en tiempo de paz al ámbito estrictamente castrense, conociendo de las conductas tipificadas como delitos en el Código Penal Militar. En tiempo de guerra se aminoran las exigencias formales para cubrir una flexibilidad imprescindible para adaptarse a las necesidades de unas Fuerzas Armadas en operaciones. Se crea una Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, con Magistrados procedentes de la jurisdicción

ordinaria y de la militar. Hay también un Tribunal Central Militar y Tribunales Militares Territoriales. La instrucción se atribuye a los Juzgados Togados Militares. También se estructura la Fiscalía Jurídico Militar. Se regulan normas de procedimiento y se garantiza la defensa letrada, salvo situaciones excepcionales.

2. *Ley sobre tributación de la Compañía Telefónica Nacional de España.*—Es la Ley 15/1987, de 30 de julio, y se publica en el *Boletín Oficial del Estado* del día siguiente. Suprime para en adelante la exención tribuaria general que estaba reconocida a esta Entidad.

3. *Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.*—Es la Ley 16/1987, de fecha 30 de julio, también publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del día 31. Regula de modo amplio esta materia, a lo largo de 188 artículos, ocho disposiciones adicionales, once transitorias, la derogatoria y otra final en la que dispone su entrada en vigor a partir del 1 de agosto.

Son importantes los preceptos referentes a la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE), en especial los artículos 175, 176 y 184, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 175

1. La «Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles», abreviadamente RENFE, creada por la Ley de Bases de 24 de enero de 1941, es una entidad con personalidad de Derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil con sometimiento al ordenamiento jurídico privado, teniendo en consideración de Sociedad Estatal de la clase prevista en el apartado *b)* del artículo 6, 1, de la Ley General Presupuestaria, y estando sometida a los preceptos de dicha Ley y a los de la presente, así como a los de las disposiciones complementarias de ambas.

2. RENFE tiene personalidad jurídica independiente de la del Estado, y plena capacidad para el desarrollo de sus fines, estando adscrita al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

Artículo 176

1. Corresponde a RENFE el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Explotar los ferrocarriles comprendidos en la Red Nacional Integrada definida en el artículo 155.

b) Explotar los ferrocarriles que, aun no formando parte de la Red Nacional Integrada, correspondan a la competencia del Estado y cuya gestión le sea encomendada por éste.

c) Explotar, en su caso, los ferrocarriles de competencia de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, cuando dichas Entidades le encomienden dicha gestión conforme a lo previsto en el artículo 181.

d) Realizar la construcción de nuevas líneas ferroviarias que les sea encomendada por el Estado, y, en su caso, conforme a lo previsto en el artículo 181, por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos.

2. RENFE podrá efectuar, además, cuantas actuaciones mercantiles resulten necesarias o convenientes para la mejor realización de las funciones reguladas en el punto anterior, pudiendo llevar a cabo cuantos actos de gestión o disposición sean precisos para el cumplimiento de las mismas.

Asimismo, podrá efectuar cuantas actividades comerciales e industriales estén relacionadas con las funciones a que se refiere el punto 1, incluso mediante la realización o participación en otros negocios, sociedades o empresas.

3. El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, en aplicación de las directrices fijadas por el Gobierno, conforme al artículo 177, establecerá, previa consulta con RENFE, las condiciones básicas de prestación de los servicios ferroviarios que haya de explotar RENFE. Esta asumirá su gestión con autonomía de actuación, que será todo lo amplia que permita la garantía del interés público, la satisfacción de las necesidades sociales y la seguridad de los usuarios.

Cuando RENFE pretenda el cierre de alguna línea o servicio, o la modificación de alguna otra condición básica de la explotación, deberá recabar la oportuna autorización de la Administración, que se entenderá otorgada si en el plazo de dos meses no se realiza la denegación de la misma, o se inicia el procedimiento tendente a verificar su conveniencia, comunicándose a RENFE dicha iniciativa a efectos de suspender la aplicación de la medida propuesta.

Artículo 184

1. Se incorporarán al patrimonio de RENFE todos los bienes muebles e inmuebles adscritos a las líneas ferroviarias de titularidad estatal que la misma haya de explotar, excepto los terrenos de dominio público por los que discurra la línea u otros bienes inmuebles que resulten permanentemente necesarios para la prestación del servicio y respecto a los cuales se realicen expresamente su afectación demanial, los cuales seguirán perteneciendo al Estado, si bien su utilización y administración corresponderá a RENFE. Los bienes demaniales adscritos a las líneas

ferroviarias que sean desafectados pasarán a integrarse en el patrimonio de RENFE.

2. RENFE podrá disponer libremente de los bienes que de conformidad con el punto anterior se integren en su patrimonio, y podrá, asimismo, realizar, en relación con los de dominio público, los aprovechamientos que sean complementarios o estén relacionados con la función esencial de transporte ferroviario a la que los mismos se encuentran afectados.

3. No obstante lo anterior, son Patrimonio del Estado, sujeto a las normas por las que aquél se rige, los bienes de las compañías concesionarias de ferrocarriles que no fueron objeto de rescate por la Ley de Bases de Ordenación Ferroviaria y del Transporte por Carretera de 24 de enero de 1941, y a las que se refieren las Leyes de 27 de febrero y 13 de marzo de 1943.

4. El Gobierno dictará las normas para la actualización del inventario de los bienes adscritos a los servicios gestionados por RENFE, y la clasificación jurídica, conforme a lo previsto en los apartados anteriores de los bienes que lo constituyan.

C) NORMAS AUTONÓMICAS

1. Ley de 19 de junio de 1987, declarando Parajes Naturales en *Canarias* los que se relacionan, con los efectos previstos en la Ley 5/1975, de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos. Se publica en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Canarias* del día 1 de julio.

2. Ley de 13 de julio de 1987, reguladora de la Administración Hidráulica de *Cataluña*, para ejercitar las competencias que tiene en este ámbito la Generalidad sobre aguas y obras hidráulicas, protección del medio y tratamiento de aguas residuales. Su texto puede verse en el *Boletín Oficial del Estado* del 2 de agosto.

II. INFORMACION SOBRE ACTIVIDADES

1. *Jornadas sobre nuevo Derecho de la Empresa.*—Se han celebrado en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, con ocasión de su centenario, con objeto de analizar los problemas jurídicos que se originan por la integración de España en la Comunidad Económica Europea.

Se han desarrollado las siguientes ponencias:

- «Reforma de las leyes y Derecho mercantil», por don Aurelio Menéndez.
- «Administración imperativa y administración concertada en la vida económica», por don Tomás Ramón Fernández Rodríguez.
- «Las nuevas perspectivas de la administración económica y la empresa», por don Sebastián Martín-Retortillo.
- «La propiedad industrial antes las nuevas perspectivas de la empresa», por don Carlos Fernández-Novoa.
- «El modelo normativo de la competencia empresarial: una relectura constitucional», por don Juan Ignacio Font.
- «Las relaciones de trabajo ante la crisis económica y el cambio tecnológico: una primera recapitulación», por don Manuel Alonso Olea.
- «Los instrumentos de financiación empresarial», por don Jesús Blanco Campaña.
- «La empresa ante el nuevo derecho penal económico», por don José María Stampa.
- «Sistema fiscal español y sistemas fiscales en la CEE», por don Enrique Fuentes Quintana.
- «Una nueva regulación para la empresa», por don Evelio Verdura y Tuells.

2. *Curso de Conferencias sobre Derecho Financiero y Tributario.*—

En la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, bajo la dirección del Catedrático don Fernando Sainz de Bujanda, se ha celebrado este Curso, en que se han desarrollado las siguientes conferencias:

- «Las garantías del contribuyente ante el Derecho tributario europeo», por don Ramón Falcón Tella.
- «Recargos municipales y Contribución Territorial Urbana: Aco-taciones al poder tributario de las Corporaciones locales», por don Fernando de la Hucha Celador.
- «En torno al proyecto de Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones», por don Luis María Cazorla Prieto.
- «Régimen de control de cambios. Libre circulación de capitales en la CEE», por don Salvador Montejo Velilla.
- «El tipo cero en el IVA y en la tributación de los fondos de pensiones», por don Pedro Manuel Herrera Molina.
- «Infracciones y sanciones tributarias», por don Miguel Angel Martínez Lago.
- «La Inspección Tributaria y los derechos fundamentales», por don Antonio Gayón Gallardo.

3. *Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia.*—Como continuación a los anteriores Congresos Hispano-Americanos sobre Derecho de Familia celebrados en Madrid, Acapulco (México) y Salta (República Argentina), se ha desarrollado este Congreso en la ciudad de Cáceres, durante los días 9 a 14 de junio de 1987, bajo los auspicios de la Universidad de Extremadura y su Facultad de Derecho.

El Comité Organizador tuvo como Presidenta de Honor a S. M. la Reina Doña Sofía, y fue presidido por don Antonio Hernández Gil, siendo vocales don Diego Espín Cánovas, don Manuel Gitrama González, don José Luis Lacruz Berdejo, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Jaime Pérez-Llantada y don José María Castán Vázquez, actuando como secretario general don Joaquín Rams Albesa.

Especialmente invitado por el Comité Organizador, asistió don Guillermo A. Borda, Catedrático Emérito de la Universidad Católica Argentina y Catedrático Consulto de la Universidad del Salvador (Buenos Aires).

Las Ponencias del Congreso fueron las siguientes: «La familia no matrimonial» (ponente general, señor Espín Cánovas), «La genética actual y el Derecho de Familia» (ponente general, señor Montés Perades), «Igualdad de los cónyuges y gestión de los bienes conyugales» (ponente general, señor De los Mozos) y «La tutela del deficiente mental» (ponente general, señor Luna).

4. *Curso sobre la Propiedad en el Urbanismo.*—Ha tenido lugar en Madrid, organizado por la *Revista de Derecho Urbanístico*, durante el mes de junio, con los siguientes temas:

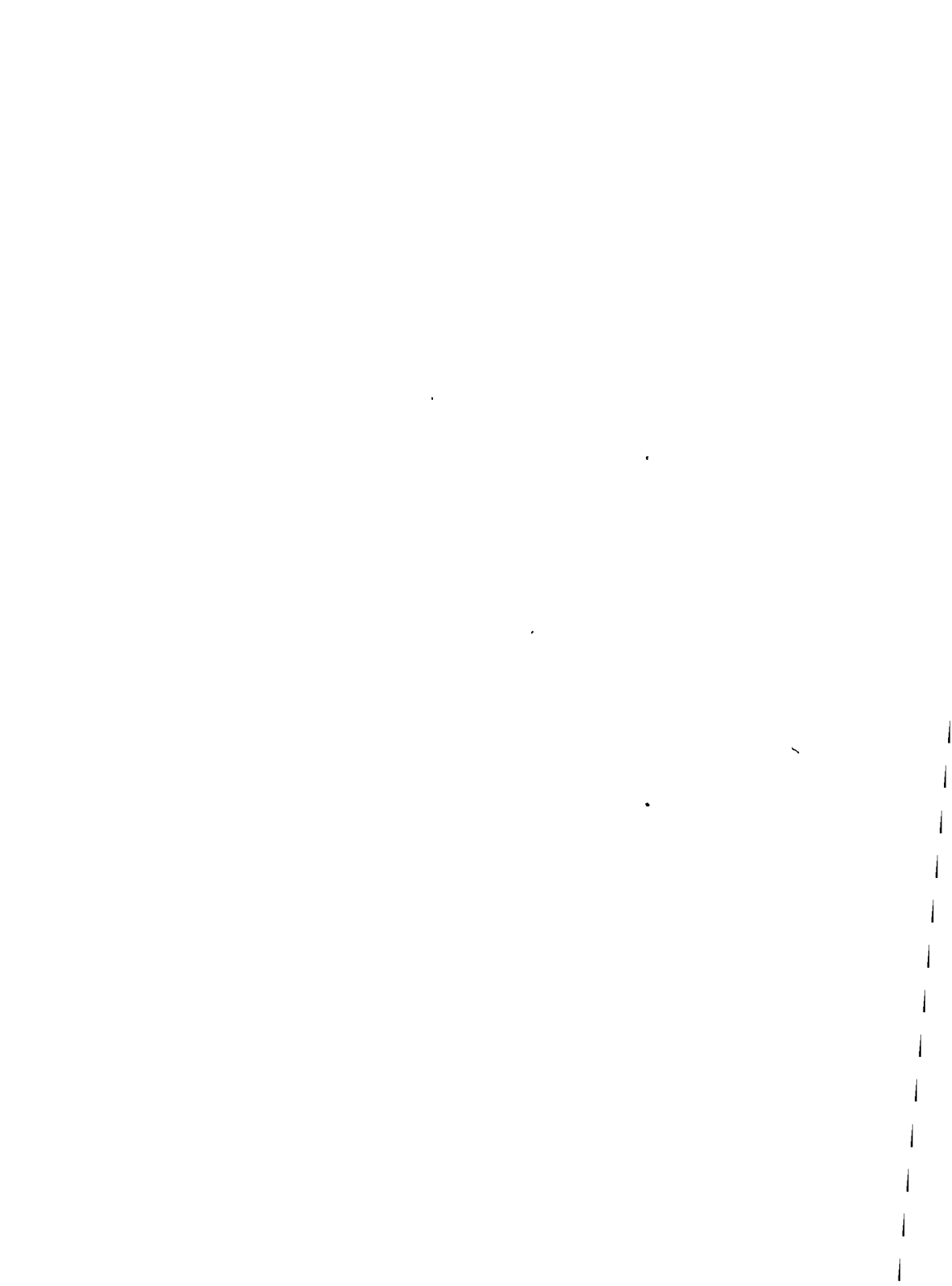
- «Configuración de la propiedad inmobiliaria en la Constitución y en la legislación urbanística», por el señor Bassols Coma.
- «Política del suelo y vivienda. Contenido y alcance de los trasposos de funciones a los entes autonómicos», por el señor Morell Ocaña.
- «Patrimonio histórico-artístico», por el señor Porto Rey.
- «Examen legislativo sobre la promoción de viviendas», por el señor Villar Ezcurra.
- «La propiedad horizontal. Fase de promoción», por el señor Argüelles García.
- «Deberes y derechos de la propiedad inmobiliaria, contemplada desde el aspecto urbanístico», por el señor Ortega García.
- «La propiedad horizontal. Fase de postdivisión», por el señor Muñoz González.
- «Régimen de financiación para la creación de viviendas. Creación

y transmisión de suelo edificable y de viviendas. Aspectos notariales», por el señor Benavides del Rey.

- «Los límites de la propiedad urbana», por el señor Amorós Guardiola.
- «Creación y transmisión de suelo edificable y de viviendas. Aspectos registrales», por el señor Benavides del Rey.
- «Sistemas de garantías procesales en relación con la propiedad inmobiliaria», por el señor Millán Hernández.
- «Los arrendamientos de la propiedad inmobiliaria», por el señor Mingo de Miguel.
- «Transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos documentados. La autoliquidación. El IVA en los arrendamientos de locales de negocios», por el señor Carretero Pérez.
- «La imposición municipal. Contribución urbana, arbitrios, tasas y contribuciones especiales», por el señor Mingo de Miguel.
- «La imposición sobre la Plus Valía», por el señor Espino Granada.

5. *Curso de relaciones jurídicas privadas internacionales.*—Organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, con la colaboración de la Generalidad y las Universidades de Barcelona, se ha celebrado en Vich en el mes de julio, para estudiar los problemas jurídicos dimanantes de dichas relaciones, en la Universidad de Verano Trias de Bes Giró.

LA REDACCIÓN



JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

1. *Sentencia de 4 de febrero de 1987.*—HECHOS PROBADOS EN PRIMERA INSTANCIA.—No hay indefensión cuando el Tribunal de apelación recoge en su sentencia los hechos probados y las alegaciones realizadas en la instancia anterior.—Sala Primera.—Recurso de amparo 920/1985.—Ponente: Don Antonio Truyol Serra. (BOE, 4 de marzo).

Hechos.—a) Con fecha 15 de octubre de 1981, el Magistrado-Juez de Primera Instancia de San Feliú de Llobregat dictó Sentencia por la que se condenaba a don Manuel Páez Barreno, don Juan Servent Grau y a la Compañía «Assicurazioni Generali, Sociedad Anónima», a pagar solidariamente, a la hoy recurrente, la cantidad de 1.000.000 de pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su esposo, ocurrida a consecuencia de accidente de circulación. La Compañía «Assicurazioni Generali, Sociedad Anónima», interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue admitido en ambos efectos y, emplazadas las partes, se les citó para la celebración de vista pública el 19 de septiembre de 1985. En dicha vista compareció el Procurador de la apelante, que solicitó la revocación de la sentencia de instancia, con imposición de costas. Pero no compareció el Letrado que la dirige, por lo que no se expusieron las razones que justificaban la apelación. Así, el acto de la vista duró tres minutos, pues el Letrado de la apelada nada pudo exponer en su defensa, al desconocer los motivos en que se basaba la apelación. Sin embargo, con fecha 26 de septiembre de 1985, la Sala dictó sentencia estimatoria revocando la resolución recurrida.

b) Considera la solicitante de amparo que con ello se le ha producido indefensión y lesionado su derecho a la tutela judicial, puesto que no pudo ejercitar su derecho de defensa contradictoria, ya que, dada la configuración legal del recurso de apelación, al ser la vista oral el único momento para que el recurrente realice la motivación de su recurso, no hubo en el presente caso motivación alguna, sino una mera petición de revocación de sentencia. El proceso civil, sin embargo, viene informado por los principios de justicia rogada, controversia y dispositivo, por lo que resulta inadmisibile la estimación *ex officio* de cualquier recurso, que es lo que ha sucedido en el caso de autos, al suplir el Tribunal la pasividad

y falta de diligencia de una de las partes en la fundamentación de su recurso, creando así una desigualdad entre las mismas. Por otra parte, la Audiencia de Barcelona ha infringido también el derecho de la recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, pues, sin causa que lo justifique, han transcurrido cuatro años desde la Sentencia del Juez de Primera Instancia y la vista de la apelación. Esta violación de tal derecho reconocido en el artículo 24, 2, de la Constitución, ha perjudicado doblemente a la recurrente, que, debido a la entrada en vigor de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, no puede ya interponer recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia, ya que la cuantía del litigio no supera los 3.000.000 de pesetas que la nueva Ley exige para admitir la casación, algo que, si la sentencia se hubiera dictado en un plazo razonable, no se hubiera producido.

Por todo ello, solicita la recurrente de este Tribunal que declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona que impugna, acordando la reposición de las actuaciones a momento precedente para que dicho Tribunal dicte nueva sentencia teniendo en cuenta la absoluta falta de motivación del recurso de apelación, y, subsidiariamente, que declare que contra la citada sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por ser éste el recurso que hubiera podido interponerse si la vista y sentencia del recurso de apelación se hubieran producido en un plazo razonable.

Fallo.—El Tribunal ha acordado DESESTIMAR el recurso de amparo interpuesto, por entender que no se ha dado la indefensión alegada, tal como lo razona en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. Dos son las cuestiones planteadas en el presente recurso de amparo, que deben ser sucesivamente resueltas en este momento: La primera se refiere a la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, que proclama el artículo 24, 1, del Texto constitucional, violación ésta que tanto la parte actora como el Ministerio Fiscal deducen de la ausencia de contradicción real en el proceso de apelación, debida a su vez a la total ausencia de alegaciones del apelante en apoyo de su pretensión; la segunda cuestión atañe a la infracción del artículo 24, 2, de la Constitución, en cuanto que garantiza un proceso sin dilaciones indebidas, infracción que la recurrente, ahora con oposición tanto de la parte recurrida como del Ministerio Fiscal, afirma que se ha producido en la segunda instancia del pleito que da origen a este recurso de amparo.

2. Por lo que hace a la primera de estas cuestiones, es preciso reiterar que la exigencia constitucional de que en ningún caso puede producirse indefensión, comporta, como señalábamos, entre otras muchas, en nuestra Sentencia 4/1982, de 8 de febrero, de la que aquí se hace eco el Ministerio Fiscal, la necesidad de respetar en todo proceso el derecho a la defensa contradictoria de las partes que lo sean o deban serlo, asegurándoles la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y de rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas. Este derecho a la contradicción procesal no determina la necesidad de que de *facto* tenga lugar una efectiva

controversia argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse en numerosos procesos, y que no deriva de lo dispuesto en el artículo 24, 1, de la Constitución, siempre que se respete el aludido derecho a la defensa. Menos aún puede extraerse de aquel precepto la consecuencia de que, a falta de fundamentación expresa de los pedimentos de una de las partes debe rechazarlo el Organó judicial que conozca de los mismos, pues, siempre sin merma del principio de congruencia, y a no ser que el ordenamiento imponga una motivación específica de la acción o recurso ejercitado, delimitando así su procedencia y objeto, es potestad del Tribunal de apelación llevar a cabo un nuevo examen de los hechos y del Derecho aplicable.

3. De acuerdo con lo expuesto, la ausencia en el acto de la vista de la apelación del Letrado de la parte apelante y la consiguiente falta de motivación del recurso formulado por dicha parte no suponen una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque tal recurso fuera estimado por el Tribunal competente. Por otra parte, aunque el recurrente conecte en primer término su demanda con el derecho a una tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, el problema suscitado lo es también, como señala por vía de consecuencia, el de una eventual indefensión. Ahora bien, es claro que la ya mencionada ausencia del Letrado de la parte apelante en el acto de la vista no impidió en modo alguno al Letrado de la hoy recurrente defender en él sus pretensiones de ratificación de la sentencia apelada, oponiéndose argumentalmente a la pretensión contraria, formulada por el Procurador de la apelante en el mismo acto. La falta de motivación de un recurso de apelación no restringe o elimina el derecho a motivar la oposición al recurso, que es, como se ha dicho, lo que garantiza el artículo 24, 1, de la Constitución, por lo que, al no haber mediado limitación alguna imputable al Organó judicial, la recurrente pudo, sin duda, hacer uso de su derecho y ejercitarlo en la medida en que ahora dice haber deseado o necesitado, siendo imputable tan sólo a su falta de diligencia la omisión. La exigencia constitucional del proceso contradictorio ha sido, en tal sentido, respetada, pues la apelada tuvo la oportunidad tanto de justificar sus propias pretensiones como de rebatir las de la contraparte, y puesto que esta última no sometió otros elementos de juicio a la consideración del Tribunal, no tiene por qué extenderse tal garantía constitucional a la respuesta a elementos del debate procesal inexistentes.

4. Por otro lado, tampoco infringe el derecho a la tutela judicial efectiva ni produce indefensión la estimación de un recurso de apelación que no fue motivado jurídicamente, ni puede entenderse que tal estimación se haya realizado infringiendo los principios de rogación y dispositivo. Formulada la pretensión procesal y a la vista de unos hechos declarados probados en la sentencia de primera instancia, que no fueron combatidos por ninguna de las partes, el Tribunal de apelación podía, y aun debía, en virtud del efecto revolutivo y de la regla *iura novit curia*, aplicar el Derecho en la forma que considerase procedente y correcta, más aún en un recurso ordinario como aquél. Este Tribunal ya ha manifestado repetidamente (Sentencias 20/1982, de 5 de mayo, y 15/1984, de 6 de febrero, entre otras muchas) que no constituye indefensión que el Juzgador base sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los

aducidos por las partes, siempre que se atenga al contenido de la pretensión y de la *causa petendi* y, naturalmente, siempre que se atenga el examen de los hechos que se consideren probados. Por esta razón, el Tribunal puede fundamentar jurídicamente su decisión, en un recurso ordinario como es el de apelación, acogiendo la motivación jurídica ofrecida por una de las partes en la primera instancia. Y eso es lo que hizo en el caso de autos la Sala de Barcelona, que se atiene a los términos de la pretensión del apelante y a los hechos acreditados en la sentencia apelada, de la que acepta los resultandos, por lo que su proceder no infringe el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva.

5. En cuanto a la alegada infracción del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, reconocido en el artículo 24, 2, de la Constitución, no puede decirse que concurre cuando, como en el presente caso, la actora puso de manifiesto ante el Tribunal de apelación, mediante escrito que lleva fecha de 28 de marzo de 1985, el tiempo transcurrido desde que se dictara la sentencia apelada sin que se hubiera señalado fecha para la vista del recurso de apelación, solicitando dicho señalamiento, y la Sala se aprestó a realizar éste inmediatamente, satisfaciendo con ello su petición. No cabe, por consiguiente, suscitar válidamente ahora esta cuestión; debiéndose tener en cuenta que en ningún caso podría deducirse de tal eventual dilación la anulación de la sentencia impugnada.

2. *Sentencia de 23 de febrero de 1987.*—MODIFICACION DE ESTATUTOS DE SOCIEDAD MERCANTIL.—No faltan a la tutela judicial ni infringen el derecho de asociación reconocido por el artículo 22 de la Constitución las Sentencias del Tribunal Supremo que fallan en cuestiones sometidas a juicio con arreglo a Derecho.—Recurso de amparo 878/1984 —Ponente: Don Angel Latorre Segura. (BOE, 4 de marzo de 1987).

Hechos.—La compañía mercantil «Larios, S. A.», interpone recurso de amparo contra dos Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1984 (rec. cas. 1062/82), la primera de las cuales casa la dictada por la Audiencia Territorial de Granada el 27 de abril de 1982, y la segunda anula el acuerdo adoptado por la Junta general extraordinaria de «Larios, S. A.», por el que se modificó y reformó el artículo 15 de sus Estatutos sociales. En dicho escrito se expone, en sustancia, lo siguiente:

A) El 31 de junio de 1981, la Junta extraordinaria de accionistas de «Larios, S. A.», aprobó la modificación parcial del artículo 15 de sus Estatutos. Con arreglo a esta modificación se reconocía al usufructuario y al acreedor pignoraticio de acciones los derechos que les confiere el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, reduciendo los que disfrutaban según el texto anterior del citado artículo de los Estatutos que consistían en la totalidad de los derechos políticos y económicos de las acciones dadas en usufructo o en prenda.

B) La accionista y al mismo tiempo usufructuaria de un paquete de acciones doña Pilar Pries Gross, que asistió a la mencionada Junta

general y se opuso en forma expresa a la adopción del referido acuerdo, interpuso demanda pidiendo la nulidad del acuerdo de modificación de los Estatutos, que fue desestimada por Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 27 de abril de 1982. Contra esta sentencia interpuso la señora Pries recurso de casación por infracción de ley, que fue estimado en lo que aquí importa por el Tribunal Supremo en las sentencias impugnadas por entender que el acuerdo recurrido vulneraba el artículo 349, 1, del Código Civil y el 33, 3, de la Constitución, al causar una privación de derechos a la recurrente, alguno de ellos de claro contenido económico, como el de la preferente suscripción de acciones, sin compensación ni indemnización alguna.

C) La sociedad solicitante del amparo alega frente a las Sentencias del Tribunal Supremo que en ellas se aplica a un acto de un ente privado la doctrina de la expropiación forzosa, que tradicionalmente se ha entendido siempre referido a la privación de la propiedad u otros derechos llevada a cabo por la Administración en casos de utilidad pública. Por su parte, en las citadas sentencias, se afirma que la modificación de los Estatutos no podía afectar a derechos de «socios», siendo así que tal modificación no incidía en derechos de los socios, es decir, de los propietarios de acciones, sino de los usufructuarios y acreedores pignoratícios. Bien al contrario, los beneficiados eran precisamente los socios a los que se reconocían en la nueva redacción de los Estatutos derechos que antes no tenían, y que son los perjudicados con las Sentencias del Tribunal Supremo.

D) Entiende la sociedad recurrente que dichas sentencias vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa consagrada en el artículo 24, 1, de la Constitución. Se viola, según la recurrente, el derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto las sentencias impugnadas no están realmente fundadas en derecho y la aplicación que en ellas se hace de la legalidad ordinaria es manifiestamente arbitraria, manifiestamente irrazonable y manifiestamente irrazonada, lo que debe dar lugar al amparo constitucional según la doctrina sentada por este Tribunal. Se niega asimismo el derecho de defensa en cuanto las citadas sentencias se refieren a derechos de los «socios», cuando no fue la situación jurídica de éstos sino de la los nudos propietarios y acreedores pignoratícios el objeto del pleito, por lo que las sentencias incurren, al parecer de la recurrente, en manifiesta incongruencia y resuelven cuestiones no planteadas en el juicio y sobre las cuales, por tanto, no pudo ejercitar la recurrente el derecho de defensa. Señala a este respecto la recurrente que solicitó aclaración de las sentencias impugnadas respecto al alcance del término «socio» usado en ellas, aclaración que fue rechazada por Auto de 28 de noviembre de 1984.

E) Concluye la demanda solicitando la nulidad de las Sentencias del Tribunal Supremo impugnadas. Por otrosí solicita asimismo la suspensión de la ejecución de dichas sentencias.

Fallo.—El Tribunal Constitucional, rechazando las alegaciones de la compañía recurrente ha decidido por esta Sentencia DENEGAR el amparo solicitado, tras razonar detalladamente en los siguientes

Fundamentos jurídicos.—1. En el presente recurso la compañía mercantil «Larios, Sociedad Anónima», solicita la anulación de dos Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la primera de las cuales casa la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada, en que se desestimaba la demanda presentada por la señora Pries Gross contra la sociedad peticionaria del amparo, y la segunda decreta la nulidad del acuerdo de la Junta general extraordinaria de dicha sociedad por el que se modificó el artículo 15 de sus Estatutos. Por cuanto esta última sentencia es consecuencia obligada de la primera, en la que se encuentran los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en apoyo de sus decisiones, las consideraciones que siguen se referirán principalmente a la sentencia que casó la dictada por la Audiencia Territorial de Granada.

2. La cuestión debatida en el proceso que motiva este recurso de amparo consiste, como se ha dicho, en la modificación llevada a cabo por la Junta general extraordinaria de «Larios, Sociedad Anónima», del artículo 15 de sus Estatutos. En su primera redacción, y en lo que aquí interesa, dicho artículo confería al usufrutuario de acciones los derechos inherentes a éstas, mientras que en su nuevo texto se acomodaba su contenido a lo previsto en el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), reconociendo al usufrutuario sólo el derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período del usufructo y que sean objeto de reparto dentro del mismo. El acuerdo fue recurrido por la señora Pries Gross, usufructuaria de un paquete de acciones, recurso que fue estimado finalmente por el Tribunal Supremo, basándose en que el acuerdo vulneraba los artículos 349 del Código Civil, que protege la propiedad privada, y el 33, 3, de la Constitución que extiende esa protección a todos los derechos, porque operaba una privación injusta de derechos sin indemnización ni contraprestación alguna. Para la sociedad demandante del amparo la Sentencia del Tribunal Supremo vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva, a que no se produzca indefensión y a la libre asociación, reconocidos en los artículos 24, 1, y 22 de la Constitución. En los escritos de la recurrente se alude en ocasiones a otros preceptos constitucionales como el 9, 3, que se refiere a la seguridad jurídica, y el 14, en que se consagra el principio de igualdad; pero el primero no genera derechos susceptibles de amparo, y en cuanto al segundo no se cita término concreto de comparación que pueda servir de base para un enjuiciamiento desde este punto de vista de la cuestión planteada.

3. Según la recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ha producido porque la resolución del Tribunal Supremo no puede considerarse una decisión fundada en Derecho, ya que supone una aplicación de la legalidad «arbitraria, manifiestamente irrazonada y manifiestamente irrazonable», y si bien la aplicación de la legalidad corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios según el artículo 117, 3, de la Constitución, cuando esa aplicación reviste los caracteres que la recurrente atribuye a la sentencia impugnada, esa aplicación es sólo una apariencia. Frente a tales argumentos, conviene advertir, en primer término, que ciertamente una decisión judicial que fuese arbitraria, irrazonada e irrazonable no estaría fundada en Derecho y, en consecuencia y de acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal, vulneraría el derecho

a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución. Pero también debe señalarse que, como la misma recurrente indica, el juicio sobre la arbitrariedad y falta de fundamento jurídico de una resolución judicial debe distinguirse cuidadosamente de las discrepancias que pueden tenerse con la forma en que el juzgador ordinario (en este caso el Tribunal Supremo) interpreta y aplica las leyes. El Tribunal Constitucional no puede pronunciarse sobre esa última cuestión, pues de acuerdo con el artículo 117, 3, ya citado y el 123, 1, de la Constitución, esa interpretación y aplicación corresponde exclusivamente a los órganos judiciales ordinarios, salvo que al hacerlo violasen alguna garantía constitucional, lo que en este caso se habría producido si realmente, como afirma la recurrente, la aplicación de la legalidad fuese sólo una apariencia por carecer manifiestamente de todo fundamento razonable. Pues bien, el examen desde esta perspectiva de la sentencia impugnada no conduce a que ésta pueda ser considerada como no fundada en Derecho.

4. En efecto, dice la recurrente que la sentencia, en primer lugar, «arbitraria», porque en ella se afirma que la actuación de una sociedad anónima que modifica sus Estatutos para ajustarlos a la legalidad vigente es ilegal, lo que resulta absurdo; y porque también en la sentencia se aplica el instituto de la expropiación forzosa a una entidad privada, lo que no es menos absurdo, dado que la expropiación forzosa sólo puede ser llevada a cabo por la Administración. Pero en contra de lo que señala la recurrente ninguno de los dos argumentos son pertinentes. Respecto al primero debe advertirse que la modificación estatutaria no se ha producido por la necesidad de adaptar el texto de los Estatutos a preceptos legales de carácter imperativo, pues el artículo 41 de la LSA no impide que los Estatutos de una sociedad anónima atribuyan al usufructuario de acciones más derechos que los que imperativamente le reconoce. Lo que realmente se discutió en el proceso y resolvió la sentencia es si la modificación era ilegal por otros motivos y concretamente, por lesionar injustamente los derechos de la usufructuaria. En cuanto al segundo argumento, la lectura de la resolución impugnada revela que su verdadera motivación no consiste en afirmar que la sociedad debió proceder a la expropiación forzosa para reducir los derechos de la usufructuaria, lo que sería insostenible, sino en considerar que esos derechos no podían ser recortados en la forma que lo hizo el acuerdo social, porque ello supone una privación injusta de los mismos sin indemnización ni contraprestación alguna, lo que contradice los artículos 349 del Código Civil y 33, 3, de la Constitución, que, según el Tribunal interpreta, prohíbe esa privación en todos los casos y no sólo en el de la expropiación forzosa, a la que, por cierto, no se alude expresamente. Esta interpretación podrá ser discutida, pero no puede calificarse de «manifiestamente arbitraria» como hace la recurrente. El segundo reproche que se formula en la demanda contra la sentencia es que ésta es «manifiestamente irrazonada», lo que tampoco puede aceptarse. Como se acaba de decir, la sentencia motiva su fallo, aunque sea de manera muy concisa, por lo que no cabe afirmar que carezca de fundamentación o razonamiento jurídico. En cuanto al tercer motivo alegado para negar que la resolución recurrida esté fundada en Derecho y que consiste en considerar la «manifiestamente

irrazonable» se basa en una interpretación de la sentencia que no se deduce de su contenido, pues en ella no se dice que los particulares puedan expropiar derechos siempre que indemnicen convenientemente a los terceros expropiados, ni tal consecuencia se extrae necesariamente de su motivación ni de su parte dispositiva. La sentencia se limita a resolver el caso concreto planteado, decidiendo que en ese supuesto existió una privación injusta de derechos, lo que no supone que mediante indemnización pueda un particular privar en sus derechos a un tercero cuando se le antoje. De todo lo expuesto resulta que ni la sentencia referida ni, en consecuencia, la que anuló el acuerdo social, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede afirmarse que sean resoluciones no fundadas en Derecho.

5. La recurrente impugna también la Sentencia del Tribunal Supremo porque ha vulnerado el derecho a la defensa reconocido en el artículo 24, 1, de la Constitución. Argumenta la demanda respecto a este punto que el objeto del proceso que desembocó en las resoluciones impugnadas consistió en decidir si el acuerdo social privaba de derecho a una usufructuaria de acciones, no si se privaba de derechos a un socio, cuestión esta última que nunca fue discutida ni siquiera planteada. Sin embargo, siempre según la recurrente, uno de los puntos esenciales de la sentencia es que el acuerdo es ilegal porque priva de derechos a uno de los socios. Pedida aclaración de este extremo de la sentencia, el Tribunal Supremo dijo que no era necesaria y que el término socio se utilizaba «en el sentido propio de su significado». La demanda sostiene que de esta forma la condena se ha producido en base a hechos y fundamentaciones jurídicas que cambian totalmente la pretensión de la actora, con lo que hay una incongruencia absoluta entre los términos en que se ha planteado el pleito y la resolución dictada por el Tribunal Supremo. La consecuencia sería que la recurrente ha sufrido indefensión, pues no ha podido alegar en el proceso respecto a la privación de derechos del socio, a la que finalmente se refiere la decisión del Tribunal Supremo. Pero tampoco es admisible esta argumentación de la recurrente ni se advierte en las resoluciones impugnadas vulneración del derecho de defensa. El proceso versó, sin duda, sobre la legalidad del acuerdo por el que se reducían los derechos de la usufructuaria sin indemnización alguna; el recurso de casación tuvo como motivo primero la infracción que dicho acuerdo provocaba del artículo 349 del Código Civil y del 33, 3, de la Constitución. Este fue el motivo estimado por el Tribunal Supremo por las razones ya expuestas y la razón por la que se resuelve la parte dispositiva de la segunda de las sentencias impugnadas declarando la nulidad del acuerdo. Que incidentalmente se diga en la motivación que la libertad que compete a las Juntas generales no significa que puedan operar una injusta privación de derecho «a sus socios» no supone la introducción de una cuestión nueva en el proceso con relevancia para el fallo sobre lo que el recurrente no hubiese podido alegar, pues es evidente que toda la argumentación de la sentencia se refiere a la privación de derechos de la usufructuaria, que por otra parte era también socio por ser propietaria de un paquete de acciones.

6. Queda por examinar la alegada violación del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Norma suprema. Afirma la recurrente

que ese derecho se extiende también a las sociedades mercantiles, por lo que sería aplicable a éstas el derecho a la libertad de organizarse no ya en virtud de disposiciones de carácter legal, sino de un precepto constitucional. Consecuencia de ese derecho sería la libertad de modificar los Estatutos, respetando determinados límites, que no habrían sido traspasados en el acuerdo objeto del proceso por lo que ese acuerdo estaría también protegido por el derecho fundamental consagrado en el artículo 22 de la Constitución. Como se ve, el razonamiento de la recurrente parte de una premisa que hay que considerar con carácter previo a entrar en el fondo de la cuestión, y que consiste en afirmar que el término «asociación» usado en el citado artículo 22 comprende tanto las uniones de personas de finalidad no lucrativa como las de fines lucrativos, es decir, las sociedades, y, entre ellas, las anónimas. Podría parecer, a primera vista, que nada se opone a esta interpretación, porque si bien es cierto que con nuestra terminología habitual el término «asociación» designa las uniones de personas con fines no lucrativos, también lo es que un concepto amplio de asociación se encuentra en el Código Civil (artículos 35, 2, y 36) al referirse a la «asociación de interés particular», sean civiles, mercantiles o industriales. En el mismo sentido cabe aducir que entre otros ordenamientos se ha reconocido esa extensión, incluso con un texto constitucional análogo al nuestro. Así, en Italia, la doctrina dominante considera que el artículo 18 de su Constitución (análogo al 22 nuestro) aplicable a las sociedades mercantiles. En la República Federal Alemana, en su Ley Fundamental, se reconoce el derecho de formar «asociaciones y sociedades» (art. 9, 1), y tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han considerado en diversos aspectos las sociedades mercantiles cubiertas por ese precepto de la Ley Fundamental.

Sin embargo, y aun si admitiese esa apertura de fines del derecho fundamental de asociación, éste sólo podría invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de dicho derecho. Pero en las sociedades mercantiles y, en particular, en las sociedades de capitales, cuya forma más característica es la sociedad anónima, predomina frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales, por lo que, sin excluir la posibilidad de que en determinados casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación respecto a este tipo de sociedades, es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa o bien tiene un carácter preferentemente económico. En el presente recurso la posibilidad o no de que un acuerdo social reduzca sin indemnización las facultades del usufructuario, entre ellas la de suscripción preferente de nuevas acciones, y aumente consiguientemente las del nudo propietario, plantea una cuestión que atañe sobre todo al contenido de derechos patrimoniales que se reconoce en el artículo 33, 3, de la Constitución y cae, por tanto, fuera del derecho de asociación y del ámbito del recurso de amparo.

4

.

.

II. Resoluciones de la Dirección General

POR ALFONSO PRESA DE LA CUESTA,
JUAN PABLO RUANO BORRELLA
y JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

ES NECESARIO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL PARA LA DISOLUCION DE CONDOMINIO EN LA QUE LOS MENORES SE ENCUENTRAN REPRESENTADOS POR SU MADRE USUFRUCTUARIA DE LA CUOTA QUE A AQUELLOS PERTENECE EN NUDA PROPIEDAD, JUNTO CON OTROS CONDUENOS EN PLENO DOMINIO.—SI EL PRECIO FIGURA APLAZADO EN LA ESCRITURA, NO SE PUEDE PRETENDER QUE APAREZCA COMO PAGADO EN LA INSCRIPCION (RESOLUCIÓN DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1986. «BOE» DE 17 DE DICIEMBRE.)

1. *Hechos.*—1. El día 4 de mayo de 1981, mediante escritura autorizada por el Notario don Roberto Blanquer Uberos, se procedió a disolver el condominio afectante a tres fincas rústicas que habían sido adjudicadas en *pro indiviso* y por quintas partes iguales a cinco hermanos en operaciones de testamentaria y que al fallecer uno de los cinco hermanos se adjudicó su participación en dichas tres fincas en nuda propiedad a sus tres hijos menores y en usufructo a su viuda, siendo la extensión superficial total de las tres fincas rústicas de 407 hectáreas, 33 áreas y 14 centiáreas, a las que se les asigna un valor total de 6.000.000 de pesetas.

2. Al otorgamiento de la escritura de disolución de condominio concurren los cuatro hermanos vivos y la viuda del fallecido, que intervino en propio nombre y en nombre de sus tres hijos menores de edad, precisándose en dicha escritura, según exposición de los cinco otorgantes, que las tres fincas constituían una unidad de explotación «por las características del terreno y por las necesidades de maquinaria y material para su explotación, que requiere capital circulante adecuado», y que dicha unidad de explotación formaba un todo indivisible, ya que la división haría desmerecer visiblemente su valor, tanto en uso como en cambio. Así pues, manifestaron su propósito de proceder a la disolución del condominio y a que su propiedad pleno y exclusiva quede en uno de los condóminos, mediante abono compensatorio a los demás.

3. La disolución del condominio se llevó a efecto por el procedimiento

convencional y según los pactos dispositivos consignados en la escritura: 1.º y 2.º Se adjudicó a uno de los condueños el pleno y exclusivo dominio de las tres fincas a calidad de abonar a los restantes el exceso de dinero, según cuantía fijada y determinada. 3.º Dicho abono compensatorio se llevará a efecto en determinado número de anualidades; y 4.º Los otorgantes acreedores del abono compensatorio atribuyeron al pacto dispositivo «tercero» carácter meramente civil y obligatorio entre las partes y consintieron formalmente a los efectos de publicidad registral y de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria «que en el asiento procedente se exprese el pago del precio como hecho, sin reflejar la cláusula tercera, sino solamente la presente», aceptándose por el adjudicatario este consentimiento formal.

4. Presentada la primera copia de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Mérida, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento a las doce horas del día 5 de los corrientes, asiento 1407, folio 144, del Diario 123, y examinado, se deniega su inscripción, por los siguientes defectos: 1. No procede aplicar el artículo 1.062 del Código Civil, debido: a) a la importancia económica de las tres fincas, que las hace divisibles; b) que en realidad están ya divididas, constituyendo fincas registrales independientes; c) que existiendo menores no se puede realizar la partición como se tenga por conveniente, sino aplicar el artículo 1.061 del Código Civil. 2. No procede reflejar en la inscripción el precio como pagado cuando de la escritura (cláusulas primera, tercera y cuarta) resulta que está aplazado, dado el carácter imperativo del artículo 10 de la Ley Hipotecaria. Siendo insubsanables ambos defectos, no procede tomar anotación preventiva.—Mérida, 20 de octubre de 1983.—El Registrador.—Firma ilegible.»

5. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos meramente doctrinales, y alegó: Los otorgantes han atribuido a las tres fincas trato de «unidad de explotación agrícola», y resulta injustificado que frente a una valoración de la realidad formulada por los otorgantes se emplee en la calificación el concepto más simple y material de finca, y que frente a la valoración jurídica y económica de que la división material haría desmerecer el valor de la unidad de explotación se oponga el criterio formal del concepto registral de finca de que las fincas son divisibles por su importancia económica. Que el Registrador calificador no puede sustituir con sus criterios personales los de los otorgantes, salvo que éstos sean contrarios a Derecho, y nadie en Derecho prohíbe que se forme una Empresa agrícola sobre la realidad física y acotada de diversas fincas, sean continuas o discontinuas, estando prevista la operación de agrupación o inscripción bajo un folio, como una finca, de varias fincas rústicas, incluso discontinuas, en el artículo 44, números segundo y tercero, del Reglamento Hipotecario; por tanto, si dicho texto legal prevé la hipótesis de que varias fincas registrales, incluso discontinuas, se integren en una misma explotación, es contrario a Derecho que se argumente que las fincas tratadas como unidad de explotación constituyen fincas registrales independientes, siendo indiferente que la unidad de explotación se invoque a efectos de agrupación registral o a otros efectos. Que la afirmación que las tres fincas forman una unidad de explotación no era necesaria para cesar en el *pro indiviso*, que podría

haberse hecho separadamente, adjudicando cada una de las tres fincas al mismo condueño en calidad de abonar el exceso, se afirmó porque era cierto y porque era la causa y motivo de que se procediese de modo unitario. Que la disolución del condominio no se va realizar por árbitros o amigables componedores, sino por los propios interesados y las normas del Código Civil sobre la forma de proceder a la disolución del condominio, a la partición de la cosa común o de la herencia tiene diverso vigor normativo respecto a la actividad particional según quien la realiza; por ello, no se trata de escoger entre los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil, sino de medir la amplitud de las facultades representativas de la madre viuda en la partición en la que está interesado el hijo menor sujeto a patria potestad. Que los artículos 392, 400, 402, 404, 406, 1.058, 1.061, 1.062 y 1.255 del Código Civil no imponen ninguna restricción a la partición que otorgan los interesados, ni vinculan ni limitan la autonomía de la voluntad de los mismos que convienen entre sí la partición. Que conforme a las disposiciones transitorias de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y la disposición transitoria segunda del Código Civil, para calificar la escritura autorizada el día 4 de mayo de 1981, procede aplicar la legislación vigente dicho día; así pues, según los artículos 159, 160, 162 y 163 del Código Civil (vigentes hasta junio de 1981), la madre viuda, que ejerce la patria potestad, tiene la condición de administradora legal de los bienes de los hijos menores que están bajo su potestad, con plenitud de facultades de gestión y representación, salvo los límites establecidos en la Ley, entre los que se encuentran el artículo 164 del Código Civil (vigente hasta junio de 1981), que debe considerarse de interpretación estricta, siendo cuestionable su aplicación a las enajenaciones indirectas; pero de lo que se trata es de analizar su posible colisión con el artículo 1.060 del Código Civil (vigente hasta junio de 1981), que es aplicable a la disolución del condominio conforme el artículo 406 del Código Civil; de los artículos 402 y 404 del mismo texto legal resulta que uno de los tipos de partición es la adjudicación del bien común a uno de los condueños en pleno y exclusivo dominio, a calidad de abonar el exceso de adjudicación en metálico a los demás, y a esta modalidad de convenio particional se le puede considerar como una enajenación indirecta, que es cuando el artículo 1.060 del Código Civil tiene sentido y alcance y excluye toda posibilidad de aplicación extensiva del artículo 164 del mismo Cuerpo legal, y, en virtud de ello, la madre viuda que represente al hijo menor, bajo su patria potestad, le representa con plenitud de facultades, sin precisar aprobación ni intervención judicial; esta interpretación está confirmada por la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930 y las Resoluciones de 6 de septiembre de 1897, 7 de junio de 1915 y 25 de abril de 1924, y, asimismo, está recogida en los artículos 1.060 y 166 del Código Civil, según texto introducido por Ley 11/1981, hoy vigente. Que parece ser razonable que los otorgantes de la escritura de disolución del condominio puedan ejercitar, antes de la presentación e inscripción del título en el Registro, el derecho reconocido en los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 434 de su Reglamento y en el mismo acto de configuración jurídica separan los aspectos meramente obligacionales, sin trascendencia respecto a terceros, solicitando su no inscripción, de los aspectos reales, trascendentes respecto a terceros, solicitando

sin embargo su inscripción, para hacer constar que en el ámbito de la publicidad registral el precio se tenga por pagado. Que de reflejarse en la inscripción el aplazamiento del pago, en virtud de lo establecido en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria, comparándolos con los artículos 32 y 34 de la misma, se consignaría en el asiento registral un dato del título a cuya mención la publicidad registral no atribuye efectos sustantivos, y asimismo sería una excepción el principio de «no inscripción» de las obligaciones o de los derechos personales, establecido en los artículos 1.º, 2.º, 18 y 32 de la Ley Hipotecaria y 7.º y 9.º de su Reglamento, pues tal expresión podría ser gravemente perjudicial para el crédito del titular registral, ya que en la práctica no se aplica la norma del artículo 355 del Reglamento Hipotecario y, aun observando tal norma, se produciría igual perjuicio al examinar el público los libros por exhibición de los mismos.

6. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota calificadora, alegó: Que en el Registro se presentó posteriormente otra escritura otorgada por el Notario recurrente, de fecha 24 de marzo de 1983, por la que se hipotecan las tres fincas, que han sido adjudicadas a un solo condueño, dándoles a las mismas un valor total de 26.100.000 pesetas. Que no procede la aplicación del artículo 1.062 del Código Civil, al ser las fincas divisibles por la importancia económica de las mismas, tanto por su extensión superficial como por su valor en el Registro. Que son criterios distintos el de explotación ideal (art. 1.056 CC) y el de finca indivisible (art. 1.062 del CC); esta indivisibilidad necesariamente tiene que ser determinada con un criterio objetivo derivado de la naturaleza de la cosa a dividir, ya que son distintos los términos empleados en el artículo 1.056, aplicable sólo a las particiones realizadas por el testador, de los del artículo 1.062, aplicable a todas las particiones en general, y, en este caso, sólo se considerará acto particional cuando se trate de adjudicación de bienes indivisibles o que desmerezcan mucho por su división, criterio que está recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1964 y de 28 de noviembre de 1957 y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 1964 y de 6 de abril de 1962; por otro lado, la indivisibilidad económica ha de ser acreditada plenamente para que el acto particional pueda inscribirse; considerándose por tanto, que la calificación del acto, como particional o como de enajenación, es indispensable para determinar los requisitos de capacidad y de representación precisos en los sujetos que han de realizarlo. Que no puede dejarse a la madre, como representación legal de los menores, la decisión única e inapelable de calificar las fincas como indivisibles, ya que de este modo nunca sería necesaria la autorización judicial de venta de bienes de menores cuando estén en condominio con mayores de edad. Que el Registro de la Propiedad es voluntario, pero el sistema de registración no se deja al arbitrio de las partes, sino que se rige por normas imperativas que el Registrador tiene que cumplir, siendo una de ellas el precio excesivo en dinero aplazado, que hay que hacer constar, siempre en virtud del artículo 10 de la Ley Hipotecaria, publicándose una circunstancia que pertenece a la entraña del acto registral, no pudiéndose excluir estos datos porque lo soliciten los interesados en la escritura, y así lo

ratifica la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1933.

7. El Presidente de la Audiencia Territorial de Cáceres dictó auto en el que mantuvo el contenido de la nota del Registrador, por razones análogas a las señaladas por este funcionario, poniendo de relieve, como defecto complementario, que la escritura no indica concretamente la participación que en el precio tienen la usufructuaria y los menores nudo propietarios.

8. El Notario recurrente apeló el auto presidencial ante este Centro directivo, reiterando lo alegado en el escrito de interposición del recurso gubernativo, e hizo especial mención en los artículos 400, 401, 402, 2.º; 404 y 406 del Código Civil, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 1943, en cuanto a la división de la cosa común; a los artículos 1.058 y 1.059 del mismo Código, en lo referente a la disolución del condominio, y en cuanto al aplazamiento de pago considera que no existe contrasentido entre la cláusula tercera, aplazamiento, y la cuarta, delimitación del aplazamiento al terreno civil para que en el terreno hipotecario conste el pago, ya que se trata de evitar la ambigüedad y el contrasentido de las sucesivas reglas y excepciones resultantes de los artículos 36 y 37 de la Ley Hipotecaria, excepción primera (contradictoria con los arts. 1.95 y 1.298 CC); artículos 10, 11, inciso primero, de la misma Ley, y artículo 355 del Reglamento Hipotecario, y que el acreedor civil por causa de un título inscrito, cuyo crédito es meramente civil, no adquiere mejor derecho por la constancia de su crédito en el Registro, pudiendo renunciar a dicha constancia; y, por último, indicó que debe tenerse por no puesta en el auto la referencia a un defecto complementario, máxime cuando en el dispositivo primero de la escritura calificada se especifica la participación de cada menor como nudo propietario y de la madre como usufructuaria en el abono compensatorio.

La Dirección General ha acordado DESESTIMAR EL RECURSO y confirmar el auto apelado en virtud de los siguientes

II. *Fundamentos de Derecho.*—Vistos los artículos 163, 467, 487, 490, 492, 503, 507, 519, 608, 1.059 a 1.062, 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil; artículos 10, 11, 18, 82 y 98 de la Ley Hipotecaria; artículos 51, 58, 353, 3.º, y 434 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930, 28 de noviembre de 1957, 5 de diciembre de 1959, 31 de enero de 1964, 30 de noviembre de 1974 y 13 de julio de 1981, y las Resoluciones de 6 de septiembre de 1897, 9 de octubre de 1901, 24 de junio de 1902, 30 de septiembre de 1905, 7 de junio de 1915, 25 de abril de 1924, 22 de febrero de 1943, 6 de abril de 1962 y 2 de diciembre de 1964.

1. Respecto al primero de los defectos de la nota recurrida deben analizarse algunas aclaraciones previas que permitan entrar al problema subyacente: a) Efectivamente, como bien afirma el Notario recurrente, la admisibilidad o no de la consideración unitaria como explotación agrícola de las tres fincas relacionadas en el documento calificado carece de relevancia para la resolución final, toda vez que el mismo debate jurídico

se suscitaría si la adjudicación a uno solo de los condueños, con abono a los demás de su importe en metálico, se hubiese realizado separadamente respecto de cada una de aquéllas. *b)* Que bajo el asiento del Diario inmediatamente posterior al que motiva el presente recurso se presenta escritura de constitución de hipoteca otorgada antes de que hayan transcurrido dos años desde la escritura de «disolución de condominio», en la que las fincas cuestionadas reciben una tasación, a efectos de subasta, cuatro veces superior a la estimada a efectos particionales. *c)* Que aun cuando queda al margen del presente recurso, dada su necesaria concreción a las cuestiones relacionadas con la calificación registral (art. 117 RH), no puede pasar inadvertido que la escritura debatida envuelve un claro supuesto de autocontratación que trasgrede los límites de su permisividad, toda vez que el usufructo de cosas poseídas en común, como representante legal de los nudos propietarios, no sólo realiza la división de aquéllas concretando su usufructo a la parte que se adjudica a éstos (artículos 490 y 507 CC), sino que además cobra el crédito sobre el cual pasa a recaer el usufructo (art. 507) y liquida en ambos conceptos la situación de concurrencia de titularidades diversas sobre el crédito cobrado, con violación de lo dispuesto en el artículo 163 (anterior 165 CC) y 507 del Código Civil. Ciertamente tal cobro y liquidación, por recaer sobre dinero, escapa a las facultades calificatorias registrales, y que además puede considerarse como una cuestión posterior y desligable de la división de la comunidad propiamente dicha; sin embargo, la unidad negocial del supuesto examinado exige su toma en consideración, por cuanto apreciada conjuntamente con las demás particularidades del mismo determinará una diferente valoración jurídica de lo realizado.

2. Dicho lo anterior, debe pasar a examinarse el primer defecto señalado en la nota de calificación, esto es, si se precisa autorización judicial para la validez de una división de cosa común en la que ésta se adjudica íntegramente a uno de los copropietarios a calidad de abonar a los demás su parte en metálico, cuando entre éstos hay algunos menores de edad que fueron representados por su madre viuda, quien a su vez ostentaba el usufructo de la cuota correspondiente a sus representados.

3. Es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código Civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o «grave desmerecimiento» puede excepcionarse aquella regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezcan a las razones objetivas apuntadas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable, y en especial, y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación.

4. Nos encontramos, pues, ante una cuestión de identificación del tipo negocial efectivamente celebrado, y en este sentido la labor del Registrador no puede detenerse en una admisión automática de la calificación del mismo formulada por los otorgantes o por el funcionario autorizante, sino que deberá comprobar su correspondencia con los elementos del supuesto de hecho recogido en la escritura, y en caso negativo deberá

desestimar la inscripción del negocio tal como fue configurado. Ahora bien, cuando esta labor de comprobación está supeditada, como en el caso concreto, no a la apreciación de la existencia de los elementos exigidos por el tipo negocial declarado, sino a la valoración concreta de alguno de ellos, como tal valoración viene determinada por factores ajenos al título calificado, y presupone un juicio de hecho, de conveniencia u oportunidad, es evidente que escapa a la calificación registral, que deberá limitarse a aceptar el *nomen iuris* negocial declarado, y observar el efectivo cumplimiento de la normativa legal que le corresponda, sin perjuicio, claro está, de la revisión judicial procedente en caso de impugnación.

5. No obstante lo expuesto, no puede darse por agotado el análisis de este primer defecto de la nota; la concurrencia sobre alguna de las cuotas de los derechos de usufructo y nuda propiedad debe ser tomada en consideración, toda vez que, como resultado de la partición verificada, se produce una alteración sustancial (cambio de cuota sobre inmueble por dinero) del objeto sobre el que confluyen aquellos derechos opuestos, de innegable repercusión sobre su esencia y contenido, y cuya verificación al margen de un proceso particional exigiría una decisión bilateral de los titulares afectados (arts. 467, 487 y 503 CC). En consecuencia, en el presente supuesto, la actuación de la madre usufructuaria, aun cuando se haga en el exclusivo concepto de representante legal de sus hijos menores nudo propietarios, está comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y de sus representados. Frente a esta consideración no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que tanto más reciba éste, cuando más se beneficiará aquél, pues si ello es cierto, olvida cómo el objeto del usufructo y nuda propiedad de ser de una u otra especie puede beneficiar alternativamente a uno de los titulares sin perjuicio del otro (piénsese en que la conversión del inmueble usufructuado en dinero, y la puesta de éste a interés —arts. 507, 2.º, y 492 CC— puede posibilitar, dado el proceso inflacionista actual, la derivación en favor del usufructuario del mismo capital usufructuario, al recibir el tratamiento de rédito lo que no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria). Si a ello se añade la discrepancia antes apuntada entre las valoraciones asignadas a las fincas adjudicadas y la concurrencia de un claro autocontrato transgresor de los límites legales, debe concluirse la necesidad de nombramiento de un defensor judicial que represente a los menores nudo propietarios en el acto particional (art. 163 CC).

6. El segundo defecto advertido en la nota de calificación plantea la cuestión de si cabe hacer constar en el Registro, por acuerdo de los interesados, que ya está hecho el pago del abono compensatorio, a pesar de que el mismo queda, según la escritura, aplazado por seis anualidades.

7. Los argumentos aducidos por el Notario recurrente para defender la posibilidad de que conste en el Registro que el precio se ha pagado, a pesar de que en cláusula de la escritura se indica su aplazamiento no pueden ser admitidos: 1.º El artículo 434 del Reglamento Hipotecario no confiere a los interesados lo que el recurrente denomina un «derecho de configuración jurídica», sino una simple facultad de manifestar o no

su conformidad con el despacho parcial del documento propuesto por el Registrador. 2.º El artículo 10 de la Ley Hipotecaria ordena reflejar en la inscripción «por lo que resulta del título» la forma en que se haya hecho o convenido el pago cuando en el negocio celebrado intervino precio o abono compensatorio; de modo que no queda al arbitrio de los particulares el estipular la consignación registral de un modo de pago distinto del efectivamente convenido, ni so pretexto de la limitación del alcance de la expresión del aplazamiento no garantizado especialmente, en virtud de los artículos 1.124, 1.295 y 1.298 del Código Civil y 11 de la Ley Hipotecaria; así lo confirman el carácter indisponible de la normativa reguladora de la forma, requisitos y efectos de los asientos registrales (art. 608 del CC), así como el valor y alcance de la calificación registral, que no puede desconocer ninguno de los elementos integrantes del negocio tal como aparece configurado en la escritura presentada (art. 18 LH). 3.º La indicación en el Registro de la forma de pago del precio no puede confundirse con las menciones (rigurosamente rechazadas por los arts. 98 LH y 51, sexta y séptima, del Reglamento), sino que se trata de una circunstancia exigida por el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, exigencia legal —que ahora el intérprete no puede enjuiciar, sino acatar— para concretar, con más exactitud, el negocio causal a que obedece la adquisición. 4.º La inaplicación del artículo 353, 3, del Reglamento Hipotecario a las indicaciones de formas de pago no aseguradas con carácter real se desprende de nuestra legislación hipotecaria (cfr. art. 58 RH), y no deriva de una «práctica» o «conducta» de los Registradores que sea perjudicial para los titulares registrales, como afirma el recurrente. 5.º El consentimiento para la cancelación, a que se refiere el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, no puede confundirse con el consentimiento a que se consigne en el Registro un dato distinto del que se desprende del negocio celebrado. 6.º Los interesados no pueden someter a la calificación del Registrador aquellas partes de los negocios que tengan por conveniente, impidiéndole examinar las cláusulas que decidan. Es después de la calificación registral, y cuando la impugnación o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación o a alguna de las fincas o derechos comprendidos en el título, cuando se permite —por aplicación del principio de voluntariedad de la inscripción— que los interesados decidan la registración total o parcial, pero sin que en ningún caso puedan limitar el ámbito de la calificación registral respecto de un determinado negocio.

III. COMENTARIO.—Aunque a primera vista sean tres las cuestiones objeto de debate en este recurso, en realidad resultan ser no menos de cinco; a saber:

- * La de si estamos en presencia de una sola finca de carácter discontinuo o, por el contrario, ante tres fincas ordinarias e independientes.
- * La de si la cualidad de indivisible de un inmueble, a los efectos de la disolución del condominio que sobre el mismo existe, puede ser objeto de calificación registral.
- * La de si cabe aplicar el artículo 1.060 del Código Civil cuando la disolución de la comunidad o partición de la herencia se verifica conforme a los artículos 404 y 1.062 del mismo texto legal, o, por

el contrario, aquel precepto sólo resulta viable para el supuesto contemplado en los artículos 402 y 1.061.

- * La de si es posible que en la partición o división de la cosa común, los menores nudo propietarios puedan estar representados por sus padres usufructuarios de la cuota que a aquéllos pertenece sin más requisitos, en base al artículo 1.060.
- * La de si las partes interesadas en la inscripción pueden, con fundamento en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, predeterminar el contenido de la inscripción misma.

Veamos cada una de las cuestiones que hemos reseñado.

A) *La unidad o multiplicidad de fincas.*— Tanto el Notario recurrente como la Dirección General sólo se ocupan de este punto en orden a resaltar su intrascendencia respecto del fondo de asunto; así se nos dice que el hecho de que estemos en presencia de una o de tres fincas no influye en la solución final, pues al mismo resultado podría llegarse adjudicando todas las fincas a un mismo condueño a calidad de abonar a los demás su participación en metálico.

En primer lugar he de afirmar que tal razonamiento no me parece del todo admisible; de un lado, porque el Registrador debe atender al supuesto de hecho concreto y no a otro diferente, y por otro lado, porque la cuestión no resulta tan intrascendente como a primera vista pudiera parecer.

El razonamiento de que «lo que no se puede hacer de una forma se podría hacer de otra» no parece aceptable. El Registrador se encuentra ante un título que contiene entre otras cosas una exposición de los hechos que sirven de base al negocio jurídico documentado, quedando vinculado por los mismos; en ningún caso podrá hacer juegos de palabras, sino que deberá resolver si el documento tal y como se encuentra configurado resulta o no inscribible, y si no lo fuera deberá rechazar su registración. No puede, por tanto, el calificador hacer valoraciones personales en el sentido apuntado, que equivale tanto como decir... «si no pasa nada»... O es, o no es, y si no es, deberá ser objeto de suspensión o denegación, según los casos.

Como ya advertía, si partimos de lo dicho, es decir, del sometimiento a los hechos revelados en el título que son los que vinculan al Registrador, podremos ver claramente cómo este punto no resulta ni mucho menos intrascendente, sino que es motivo de suspensión del documento en cuestión.

El fundamento de Derecho de la adjudicación a uno de los condueños de las tres fincas, se centra en el artículo 401, en relación con los artículos 404 y 1.062, todos ellos del Código Civil; como dichos preceptos contemplan el supuesto de finca naturalmente indivisible o que desmerezca enormemente por su división, se nos dice que las tres fincas registrales constituyen una unidad de explotación, es decir, una finca discontinua cuya registración admite el artículo 8.º de la Ley Hipotecaria. En conclusión, la indivisibilidad deriva de la finca única que forman las tres registrales. Sobre esta base, dígase cómo podrá el Registrador hacer constar el fundamento de derecho que sostiene la disolución de la comunidad

sin incurrir en una anomalía registral, tal como es la mención de la existencia de una finca oficialmente inexistente. El calificador, para justificar en la inscripción la adjudicación de la finca se vería obligado a hacer referencia a esa indivisibilidad procedente de la finca única, y ello supondría relacionar en el asiento un derecho susceptible de inscripción separada y especial, es decir, la constancia de una mención prohibida en nuestra legislación hipotecaria. Así pues, para que ello hubiera sido posible debió haber precedido la previa agrupación de las tres fincas registrales en orden a formar la única discontinua, y entonces sí: como ésta resulta indivisible, se adjudicaría a uno de los condueños a calidad de abonar a los otros su participación en metálico.

Ahora bien, ¿con qué se encuentra el calificador?, pues con tres fincas de una superficie nada despreciable que registral y documentalmente resultan divisibles, por cuanto su indivisibilidad se funda en el hecho de que las mismas forman una sola, la cual carece de constancia registral. Sobre esta base, al Registrador no le queda otro remedio que suspender el título en tanto no se produzca la previa agrupación. Todo ello sin entrar en el posible fraude fiscal que supondría la actuación pretendida por el recurrente.

B) *La cualidad de finca indivisible.*—La segunda cuestión que se plantea en este recurso es la de si el Registrador puede apreciar el carácter indivisible de la finca. Tanto el recurrente como la Dirección General sostienen que ello no es materia de calificación; también es esta mi opinión, pero creo que es preciso puntualizar algo más.

Debe tenerse en cuenta, que la indivisibilidad de una finca puede proceder de su naturaleza o, como en este caso, del hecho de que desmerezca mucho por su división o se haga inservible para el uso a que se le destina. Cuando la indivisión proviene de un hecho subjetivo (desmerecimiento del valor) o cuasi subjetivo (inutilidad para el uso al que servía), es claro que el calificador no podrá entrar en tal cuestión; pero ¿qué ocurre cuando la indivisibilidad proviene de la propia naturaleza del inmueble? En este supuesto la respuesta no es ya tan clara. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que, como reiteradamente tiene sentado el Tribunal Supremo, la cualidad de indivisible ha de tener un origen natural y no legal, es decir, se ha de tratar de una indivisibilidad de hecho y no de derecho; en este sentido la situación es objetivamente valorable. Si en un documento se adjudicara una finca a uno solo de los condueños alegando que aquélla resulta indivisible conforme a la legislación agraria, tal título deberá ser rechazado siguiendo la doctrina jurisprudencial. Los condueños podrían dividir la finca incurriendo en las sanciones legales, o bien proceder a la enajenación de las cuotas a uno de los cotitulares, o incluso enajenar la finca en su totalidad a un tercero, pero lo que no podrían hacer sería utilizar la vía de los artículos 401, 404 y 1.062 del Código Civil. En este supuesto, creo que la calificación registral de dicha materia es perfectamente posible.

También nos podemos encontrar con locales de negocio cuya división se encuentre prevista en los estatutos de la propiedad horizontal a la que pertenece, en cuyo caso tampoco sería admisible la pretendida situación de indivisibilidad de hecho.

C) *El aspecto material de la disolución del condominio.*—Para el análisis de esta materia, lo primero que ha de tenerse presente es la norma de remisión contenida en el artículo 406 del Código Civil, «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia». Ello quiere decir que ante la ausencia de una reglamentación específica respecto de un determinado punto en sede de comunidad de bienes, resultarán de aplicación, en cuanto ello fuere posible, las normas sobre partición de herencia.

En relación con los elementos personales que pueden intervenir en la división de la cosa común, el artículo 402, párrafo primero, nos habla de condueños o árbitros o amigables componedores; debemos, por tanto, diferenciar entre unos y otros, y para ello comenzaremos por los segundos.

a) «División de cosa común realizada por árbitros o amigables componedores».—De conformidad con el párrafo segundo del artículo 402, los árbitros o amigables componedores «deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno (de los condueños, se entiende), evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico». Se pretende, pues, evitar desigualdades entre los partícipes, así como impedir que se les pueda adjudicar sin su conformidad algo diferente de la cosa sobre la que son condueños. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la cosa resulta ser indivisible? En tal supuesto no habría posibilidad de hacer lotes iguales, y, por tanto, el desembolso en metálico sería inevitable; ¿pueden intervenir en tal supuesto los árbitros o amigables componedores? En principio, el artículo 402 sólo les impone la obligación de evitar los suplementos a metálico «en cuanto sea posible», y no, por tanto, cuando no lo sea; por ello, a primera vista parecería factible tal posibilidad. Sin embargo, si observamos las consecuencias de la indivisión la respuesta varía; según los artículos 401, 404 y 1.062 cabrían dos posibilidades: o adjudicar la finca a uno de los condueños a calidad de abonar a los demás su participación en metálico, o proceder en otro caso a la enajenación de la finca. Estas posibilidades son atribuidas por los referidos preceptos tan sólo a los condueños, y ello es lógico, ya que la decisión de adjudicar a uno u otro condueño, o la falta de acuerdo al respecto que lleva a la consiguiente enajenación, son facultades que exceden de las de un mero arbitrio o amigable componedor, los cuales, por otro lado, no resultan ser representantes de los partícipes, y, por tanto, no podrían llevar a cabo la enajenación a tercero prevista en el párrafo segundo del artículo 1.062 y en el artículo 404.

Por otro lado, no parece que los árbitros o amigables componedores a los que se refiere el artículo 402 tengan mucho que ver con los que prevé la Ley sobre Arbitraje Privado; el Código Civil no exige para los mismos requisito especial alguno, ni establece los efectos de su decisión, que serán, por tanto, equiparables a los de la partición realizada por los condueños, con la posibilidad de rescindirla de conformidad con los artículos 1.073 y siguientes del Código Civil.

Ni que decir tiene que para que los condueños puedan designar a tales árbitros deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 1.058, es decir, ser mayores de edad y tener la libre administración de sus bienes.

b) «División de la cosa común realizada por los condueños».—Aquí existe una casi total ausencia de normas en sede de comunidad de bienes, y por ello es obligado recurrir a las que rigen la partición hereditaria, de conformidad con la remisión general contenida en el artículo 406 del Código Civil.

Al igual que en el caso anterior, el principio general es el de igualdad de lotes; dispone a tal efecto el artículo 1.061 del Código que «en la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie».

Este principio general tiene, sin embargo, sus excepciones: unas derivan del poder de decisión de los condueños y otras de la propia naturaleza de la cosa objeto del condominio. Así pues, como señala el artículo 1.058, «si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente». Ello quiere decir que en tales casos los condóminos podrán desvirtuar el principio general contenido en el artículo 1.061, creando lotes desiguales con suplementos en metálico, nombrar árbitros, etc... Ahora bien, ¿podrán aplicar por su voluntad el mecanismo de los artículos 401, 404 y 1.062 del Código Civil?, es decir, ¿podrán adjudicar la cosa a uno de los cotitulares a calidad de abonar a los demás el metálico correspondiente aún cuando aquélla resulte divisible? A mi modo de ver, ello no resultaría posible, pues se desvirtuaría la propia esencia de la disolución de condominio dándose tránsito a un supuesto de enajenación de todas las cuotas a uno de los condueños. Como es lógico, el principio de libertad establecido en el artículo 1.058 ha de ser interpretado dentro del contexto en el que se encuentra; la adjudicación a un condueño de cosa divisible sería un supuesto de extinción de comunidad por vía de enajenación, pero no un caso de disolución de condominio.

La otra excepción al principio general del artículo 1.061 lo constituye el supuesto de cosa esencialmente indivisible o que desmerezca enormemente por su división, esto es, los casos previstos en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil. En tales casos caben dos posibilidades: que se adjudique la finca a uno de los condueños o que se venda la misma a un tercero.

Resulta claro que cuando la cosa es divisible y entre los comuneros hay menores se ha de guardar la igualdad en los lotes, como consagra el artículo 1.061, no siendo precisa la autorización judicial cuando aquéllos se encontraran representados por sus progenitores, por aplicación del artículo 1.060; pero ¿sucede lo mismo cuando la cosa es indivisible y, por tanto, han de aplicarse los artículos 404 y 1.062?, ¿es posible en estos casos dicha representación sin más requisitos? Para dar una respuesta se hace imprescindible analizar las consecuencias que derivan de dichos preceptos.

De los artículos 404 y 1.062 pueden deducirse las siguientes situaciones:

- 1.º Que puede ocurrir, como de hecho ocurre en el presente caso, que la finca se adjudique a persona distinta de los menores.
- 2.º Que, por el contrario, puede resultar adjudicada al propio menor.
- 3.º Que puede no llegarse a un acuerdo en cuanto a la adjudicación y, por tanto, se ha de proceder a la venta del inmueble.

Conviene, por otro lado, tener presente que los artículos 164 y siguientes del Código Civil no exigen la previa autorización, ni la posterior aprobación judicial (contrariamente a lo que sucede con el tutor, art. 271) para las divisiones de cosa común o particiones en las que los menores se encuentren representados por sus padres; lo que queda confirmado en el artículo 1.060 del mismo texto legal.—Aplicemos, pues, estas directrices a los supuestos a que antes se ha hecho referencia.

Si la finca resultara adjudicada al menor, se aprecia claramente la no necesidad de autorización judicial previa, por cuanto a lo más nos encontraríamos ante un caso de adquisición de inmuebles por persona menor, para lo cual el Código tampoco exige la reiterada autorización; si por faltar el acuerdo la finca debiera ser objeto de venta, entraríamos de lleno en el supuesto contemplado en el artículo 166 del Código, en el cual se exige que los padres obren con autorización judicial cuando procedan a enajenar bienes de sus hijos menores, y ello es así, porque en este caso nos encontramos ante una enajenación «forzada» que no difiere en su naturaleza de la «ordinaria», salvo en cuanto a su origen se refiere. (Ver nuestro trabajo «Mecánica de la extinción de condominio con cuotas gravadas», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores* número 217, abril 1985, pág. 2253.)

El problema grave se plantea en el caso de que la finca fuera adjudicada a persona distinta del menor, es decir, en el supuesto planteado en el recurso. Técnicamente nos encontraríamos en presencia de una disolución de condominio, y no como en el caso de la enajenación «voluntaria» o «forzada» donde existiría extinción de comunidad no por vía de disolución, sino por vía de enajenación.

Para aclarar mejor el asunto intentaré explicar brevemente los conceptos a que se han hecho referencia: la extinción de comunidad se produce siempre que ésta deja de existir, pero las vías por la que esta situación puede producirse son diversas; así, la extinción puede tener lugar por destrucción de la cosa común, por su pérdida, por enajenación (voluntaria o forzada), por disolución de condominio (división de cosa común o adjudicación de la indivisible), etc. . De esta forma podemos ver cómo la disolución de condominio es una especie de extinción de la comunidad, a la cual resultan aplicables los artículos de referencia.

En el caso planteado existe propiamente disolución de comunidad, y, por tanto, en principio resultaría aplicable el principio general contenido en el artículo 1.060, excluyente del requisito de la autorización judicial. Pero si esto es así desde el punto de vista teórico o técnico, no debe olvidarse el aspecto práctico que aconseja dicha autorización, por cuanto hablar de extinción de condominio y no de enajenación puede ser aceptable respecto del adjudicatario, en orden a determinar la naturaleza jurídica de la cosa adjudicada, pero no respecto del adjudicante, pues al fin y al cabo, para éste hablar de disolución de comunidad o enajenación resulta un mero juego de palabras, y, por tanto, algo irrisorio. No se ve, desde luego, la diferencia que existe entre la disolución de condominio en este caso y una enajenación de la cuota, en orden a determinar las garantías que han de concurrir al acto. Al menor le da lo mismo la naturaleza jurídica del negocio en cuestión, lo cierto es que se trate

de una disolución o de una enajenación, su cuota se ve sustituida por metálico que se supone en ambos casos equivalente.

El Centro Directivo ha optado en esta resolución por el aspecto estrictamente técnico, aplicando sin objeciones el principio general contenido en el artículo 1.060 del Código Civil a los casos previstos en los artículos 404 y 1.062 del mismo texto legal.

D) *La posible autocontratación.*—En realidad, la Dirección General apunta este defecto como corolario de la nota de calificación, en la que no se alude al mismo de una forma expresa, sino implícita, por referencia a la imposibilidad de aplicar sin más el artículo 1.060 del Código Civil.

La resolución me parece totalmente acertada en este punto, ya que, como la misma dice, se «están comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio (esto es, el de la madre usufructuaria) y el de sus representados (esto es, los hijos menores nudo propietarios). Como bien señala el Centro Directivo, una cosa es la determinación de una cuota abstracta sobre un derecho concreto de la misma cosa sobre la que recae aquélla y otra muy diferente la alteración o cambio del objeto del derecho abstracto; efectivamente, la sustitución de la cosa por dinero puede favorecer enormemente al usufructuario, perjudicando a su vez al nudo propietario y, por tanto, no puede decirse que los intereses de uno y otro titular sean paralelos, sino que, por el contrario, se contraponen.

Establecido en este punto el criterio de referencia que sigue la Dirección General, es de estimar que si la madre representante legal de los menores no hubiera sido usufructuaria de la cuota que a aquéllos pertenece, la nota registral hubiera sido revocada en este punto, olvidando, sin embargo, el primero de los defectos apuntados en la letra A) de este comentario, que claramente se extrae de la nota calificadora. Pero además, y dejando siempre a salvo el defecto que a continuación veremos y que confirma el Centro Directivo, se llega a la conclusión de que ante la cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división, aun cuando ésta se adjudique a persona distinta de los menores representados legalmente, no es necesaria la autorización judicial; lo cual sinceramente me parece una gran quiebra en el sistema de garantías que amparan el patrimonio de los menores, sobre todo teniendo en cuenta que la administración de los bienes de los mismos corresponden a dichos representantes legales.

E) *La delimitación del contenido de la inscripción.*—El recurrente pretende que en el Registro conste el abono compensatorio como recibido, aun cuando según el documento resulte aplazado. Desde luego este punto no merece casi comentario; la pretensión del Notario autorizante no nos parece lógica. Mucho podría decirse, como hace la Dirección General, en contra de ella desde el punto de vista estrictamente técnico; aquí basta decir que, en primer lugar, el pago del precio y la forma en que se estipula forma parte del negocio jurídico, y de ahí lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley Hipotecaria; en segundo lugar, el contenido de la inscripción no puede quedar al arbitrio de las partes, entre otras cosas porque la registración no es algo que a ellas sólo interese, sino

que, por el contrario, la legislación hipotecaria es por esencia una legislación de terceros; y, por último, porque del contenido del artículo 434 del Reglamento Hipotecario se llega a la conclusión de que la propuesta de no inscripción no proviene en ningún caso de los interesados, sino del Registrador, ya que aquéllos se limitan a «prestar su conformidad» con el rechazo que aquél determina, o a «desistir» de la registración en relación a los pactos que aquél especifica; de esta manera puede observarse claramente cómo la intervención de los interesados es posterior a la del Registrador, y se limita a la materia por éste señalada, evitando así la nota de calificación por escrito.

ALFONSO PRESA DE LA CUESTA

NO CONSTANDO QUE DE LA DEUDA HAYAN DE RESPONDER LOS BIENES GANANCIALES, RIGE EL PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 1.373 DEL CODIGO CIVIL: «CADA CONYUGE RESPONDE CON SU PATRIMONIO PERSONAL DE LAS DEUDAS PROPIAS», POR LO QUE NO ES POSIBLE, UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, EL EMBARGO DE UN BIEN GANANCIAL CONCRETO POR DEUDAS CUYA GANANCIALIDAD NO HA SIDO PROBADA (RESOLUCIÓN DE 16 DE FEBRERO DE 1987. «BOE» DE 26 DE FEBRERO DE 1987).

I. *Supuesto de hecho.*—1. El Procurador de los Tribunales don Mariano Torija Rodríguez, en representación de «Auxiliar de Redes Eléctricas, Sociedad Anónima», formuló demanda y promovió autos en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra la Entidad «Montajes Cimarrón, Sociedad Anónima», y don Victoriano Lorenzo Arellano, ejercitándose al efecto la pretensión de que se condenara solidariamente a dichos demandados a pagar a la expresada Sociedad actora el importe de las letras de cambio que se reclamaban, de que era aceptante la Sociedad demandada y avalista don Victoriano Lorenzo Arellano, más la cantidad a que ascendían los gastos del protesto y devolución de las mencionadas letras de cambio, más los intereses legales de aquellas sumas principales, desde la fecha de los respectivos protestos.

El día 20 de abril de 1985 se dictó sentencia por el Juez de Primera Instancia de Torrijos, en cuya virtud condenó a los citados demandados al pago de las cantidades anteriormente expresadas por los conceptos reclamados. Instada la ejecución de la citada sentencia, mediante escrito del Procurador de la Sociedad demandante, de fecha 3 de marzo de 1986, se interesó se practicara anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los embargos causados sobre los inmuebles que se descubrieran, librándose al efecto, con fecha 18 de marzo de 1986, el correspondiente mandamiento por duplicado del señor Registrador de la Propiedad de Torrijos para que practicara la anotación preventiva de embargo sobre las fincas que en el mismo se relacionan.

2. Presentado el citado mandamiento judicial en el Registro de la Propiedad de Torrijos, fue calificado con la siguiente nota:

«Denegada la anotación ordenada en el presente mandamiento, por figurar inscritas las mismas que el mismo comprende a nombre de doña María Cruz Hernández Alonso, con carácter privativo, y no ser la misma demandada, según consta en el propio mandamiento. No procedería anotación de suspensión, ni aún en el supuesto de haberse solicitado.—Torrijos, 15 de abril de 1986.—La Registradora (firma ilegible).»

A la vista de la anterior nota de calificación, la parte actora interesó al Juzgado de Primera Instancia de Torrijos que se adicionara a dicho mandamiento, tal como constaba en el escrito antes referido de 3 de marzo de 1986, las circunstancias acreditativas de que el crédito que se perseguía aparecía documentado en fecha anterior a la escritura de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que el demandado tenía con su esposa, que fue otorgada el 18 de febrero de 1983, y que los inmuebles embargados figuraban inscritos a nombre de aquélla, habiéndolos adquirido en la citada escritura de liquidación de gananciales.

Presentado dicho mandamiento adicionado en el Registro de la Propiedad, fue calificado: «No procede la práctica de la anotación preventiva de embargo que, solicitada en el mandamiento que antecede, fue ya denegada, pues subsisten las mismas dificultades de tipo formal, en cuanto a su titular registral, que se hicieron constar en la anterior nota extendida por esta oficina el 15 de abril último, sin que se puedan considerar salvadas con el testimonio literal del escrito de la parte actora de 7 de mayo pasado; y todo ello con independencia de las acciones que ésta pueda ejercitar sobre nulidad de la escritura de disolución de la sociedad de gananciales e inscripciones que causó.—Torrijos, 5 de junio de 1986.—La Registradora (firma ilegible).»

3. Don Mariano Torija Rodríguez, en nombre de «Auxiliar de Redes Eléctricas, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la Ley 17/1975, de Reforma del Código Civil y del Código de Comercio, de 2 de mayo, ya proclamó en el párrafo 3.º del artículo 1.322 de aquél que «las modificaciones del régimen económico-matrimonial realizadas constante el matrimonio, no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros»; dicho precepto era una clara consecuencia de lo establecido en el artículo 1.320 (*sic*) de dicho Cuerpo legal, que también quedó afectado por la reforma llevada a cabo por la citada Ley, terminándose así con el antiguo sistema consagrado en dicho artículo, anteriormente a la citada modificación. Que la reforma llevada a cabo en el Código Civil en virtud de la Ley 11/1981, de 31 de mayo, siguió la misma línea doctrinal en el artículo 1.317. Que la aplicabilidad en el terreno hipotecario de los transcritos preceptos civiles vino articulándose a través del contenido del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947, y la modificación introducida por Decreto de 17 de marzo de 1959, promulgados con anterioridad a la reforma del Código Civil por Ley 17/1975, de 2 de mayo. Que dicho precepto en su momento no tenía más alcance que lo referente al artículo 1.413 del Código Civil, según la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, que se requería para la enajenación y obligación a título oneroso de bienes gananciales por el marido, el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial. Que el artículo 144 del Reglamento

Hipotecario, en su anterior redacción establecía una previsión de anotaciones de embargo sobre los bienes que fueron de la sociedad de gananciales, una vez disuelta ésta, que no podía referirse al supuesto de disolución que hubiera tenido lugar con causa de contrato o escritura de separación de bienes y consiguiente disolución voluntaria de la sociedad de gananciales, por la simple razón de que en la fecha de su promulgación, no previa todavía nuestro Código Civil la posibilidad de modificar el régimen económico matrimonial, después de celebrado el matrimonio, modificación que no fue posible hasta la promulgación de la Ley 17/1975, de 2 de mayo; pero, no obstante, parece que por razones de analogía podía aplicarse el segundo párrafo del artículo 144 del Reglamento Hipotecario a estos supuestos, aunque se ha citado olvidando en la aplicación de dicho precepto reglamentario, lo establecido en el artículo 1.323, párrafo 3.º, del Código Civil, posibilitándose que las modificaciones del régimen matrimonial perjudiquen de hecho los derechos ya adquiridos por terceros, siempre que la demanda sea dirigida también contra el cónyuge adjudicatario de los bienes; con lo que en el terreno práctico, en muchos casos, por desconocimiento del acreedor de que se hubiese llevado a cabo la disolución, éste se verá perjudicado en sus derechos crediticios por la mera omisión de dirigir la demanda contra el cónyuge adjudicatario. Que, precisamente por las anteriores razones, la doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarada en la Resolución de 11 de febrero de 1964, establece que la exigencia del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, puede cumplirse en la práctica 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. Esta doctrina es reiterada por las Resoluciones de 20 de febrero de 1964, 21 y 24 de febrero, 13 y 18 de abril de 1964 y 9, 13 y 14 de diciembre de 1966. Que en la práctica judicial para poder ser inscrito los mandamientos de embargo sobre los bienes gananciales pertenecientes a la sociedad conyugal ha sido suficiente la notificación del embargo realizado a la esposa del cónyuge demandado. Que el citado artículo 144 del Reglamento Hipotecario ha sido modificado en virtud del Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre, pero dicha reforma ha seguido los criterios anteriores, sin tener en cuenta la nueva normativa y sin tan siquiera tener en cuenta la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que suavizó la anterior redacción; así pues se sigue el principio de que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, o al menos, contra el cónyuge a cuyo favor se hayan inscrito los bienes como consecuencia de la disolución de la sociedad de gananciales, si éste era el cónyuge deudor; dicho principio aparecía además ratificado por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenida en las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981. Que la Resolución posterior de dicho Centro directivo, de 28 de marzo de 1983, distingue entre la obligación contraída por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida, la obligación puramente personal contraída por uno solo de los esposos y la obligación contraída por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales le reconoce la Ley. Que la cuestión que se plantea es que la última reforma del artículo 144

del Reglamento Hipotecario en que se ampara la calificación del señor Registrador, no ha recogido, en aras de una mecánica registral, el principio proclamado en el artículo 1.317 del Código Civil, y el perjuicio a que se refiere dicho artículo resulta palpable si se condiciona la proclamación de su ausencia al cumplimiento de los requisitos procesales, cuando en el espíritu de la Ley, de lo que se trata es de evitar que al amparo de maniobras con claros fines defraudatorios se produzca dicho perjuicio. Que no se puede considerar que se pueda hablar de principio de seguridad de tráfico jurídico, cuando dicha seguridad jurídica está continuamente padeciendo por causa de las expresadas maniobras fraudulentas que están proliferando en este tema de las liquidaciones de la sociedad de gananciales. Que la conclusión a que debe llegarse necesariamente es la nulidad en este extremo de la reforma del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en virtud de lo establecido en el artículo 28 en relación con el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 31 de julio de 1957, que proclama dicha nulidad de pleno derecho con respecto a las disposiciones administrativas contrarias a las leyes, y no cabe duda que el Real Decreto mencionado que lleva a cabo la reforma del Reglamento Hipotecario es una disposición administrativa según el párrafo 2.º del artículo 23 de la Ley antes citada. Que no obstante, la actual redacción del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, hay que sostener que son inscribibles las anotaciones de embargo preventivo de bienes inmuebles ordenados por los Juzgados o Tribunales en persecución de deudas de la sociedad de gananciales contraídas antes de su disolución, que hayan de practicarse sobre aquellos inmuebles que como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales hubieran sido adjudicados al cónyuge contra el que no se hubiera dirigido la demanda, siempre que dichos Juzgados y Tribunales hubieren ordenado la práctica de la expresada anotación con conocimiento de que los bienes perseguidos se encuentran ya inscritos en pleno dominio a favor del otro cónyuge, cual es el caso que nos ocupa, ya que por encima de cualquier redacción reglamentaria hay que tener en cuenta lo establecido en el párrafo 3.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, y uno de los efectos claros y terminantes que producen las inscripciones de bienes determinados a favor de la sociedad de gananciales es el de la responsabilidad de dichos bienes por las deudas y obligaciones contraídas a cargo de los mismos.

4. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, alegó: Que de los asientos del Registro resultó que las fincas objeto del embargo figuraban inscritas exclusivamente a nombre de doña María Cruz Hernández Alonso, por virtud de escritura de disolución de sociedad de gananciales, de fecha 18 de febrero de 1983. Que las deudas fueron contraídas por don Victoriano Lorenzo Arellano durante la vigencia del régimen económico matrimonial de la sociedad legal de gananciales. Que la nota calificadora está fundamentada:

1.º En el principio de tracto sucesivo encarnado, entre otros, en el artículo 20, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, y para el caso de la anotación preventiva de embargo, se reitera en el artículo 140, párrafo 2.º, inciso primero, del Reglamento Hipotecario.

2.º En el artículo 144 del referido Reglamento, que exige para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges.

3.º En la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, establecida en las Resoluciones de 6 y 10 de noviembre de 1981 (*sic*); y

4.º En lo establecido en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario.

5. El ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia de Torijos informó: Que de todas las actuaciones obrantes en autos se infiere que el demandado señor Lorenzo Arellano estaba casado con doña María Cruz Hernández, en las fechas en que avaló las letras de cambio, cuyo importe fue objeto de reclamación en los citados autos. Que el 18 de febrero de 1983, dicho matrimonio otorgó escritura de liquidación de la sociedad de gananciales. Que al carecer de bienes el demandado se hizo traba, con indicación de la representación del ejecutante, en bienes inmuebles que aparecían inscritos a nombre de su esposa, como bienes privativos, cuyo título de adquisición fue al serles adjudicados en la liquidación de la sociedad de gananciales. Que doña María Cruz Hernández no fue demandada, constando que tuvo conocimiento del procedimiento, el 17 de marzo de 1986, a instancia de la parte ejecutante.

6. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que sólo puede estimarse de naturaleza ganancial el crédito, cuya ejecución se insta, mediante la interposición de un juicio declarativo de impugnación de la liquidación de la sociedad de gananciales, en el que se obtenga la declaración de nulidad de la escritura y la cancelación de la inscripción registral de adjudicación, y ello por aplicación del artículo 1.402 del Código Civil, en relación a los artículos 1.082 y siguientes del mismo Cuerpo legal; y que al no haberse obtenido la declaración anterior resulta inexcusable la aplicación del principio del tracto sucesivo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 38 de la misma.

7. El recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que no cabe mantener que para la efectividad de la responsabilidad económica sobre los bienes que habían sido gananciales, tenga el acreedor que acudir a un nuevo juicio declarativo de impugnación de la liquidación de la sociedad de gananciales, al amparo de lo prevenido en los artículos 1.082 y 1.402 del Código Civil, claramente inaplicables cuando dicha sociedad ha sido ya liquidada. Que, por lo tanto, no es de aplicación al supuesto que nos ocupa lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 38 de la misma:

1.º Porque los bienes adjudicados privativamente a cualquiera de los cónyuges, procedentes por su liquidación de la sociedad de gananciales, no se inscriben nuevamente a favor de persona totalmente distinta a aquélla a cuyo favor lo estaba previamente.

2.º Porque lo establecido en el artículo 1.317 del Código Civil se impone sobre lo dispuesto, por su parte, por los citados preceptos hipotecarios, por haber sido promulgados los preceptos de naturaleza civil posteriormente a aquéllos y considerarse, por lo tanto, derogados en lo que resulten contradictorios con los preceptos civiles, en virtud de lo establecido en el artículo 2, párrafo 2.º, del Código Civil. Que la doctrina contenida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 y 10 de noviembre de 1981, aparece actualmente superada por la contenida en las Resoluciones de dicho Centro directivo de 28 de marzo y 15 de abril de 1983. Que parece claro que será la autoridad judicial que conoce del procedimiento en que se reclaman los créditos, la única competente para ordenar que de dichas deudas responden los bienes que se integraban en la sociedad económica, aunque registralmente estén ya inscritos a favor del cónyuge no demandado. Que, precisamente, el Juez que conoce de los autos, ha entendido que por tratarse de una deuda contraída durante la vigencia de la sociedad de gananciales y a cargo de la misma, procede que se haga efectiva sobre los bienes que la integraban, aunque ya estén inscritos a nombre del cónyuge del deudor demandado.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Vistos los artículos 392, 403, 1.083, 1.317, 1.365, 1.373 y 1.410 del Código Civil; 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 140, 1.º; 144 y 166, 2.º, del Reglamento Hipotecario y las Resoluciones de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981.

1. El Registrador deniega la actuación del mandamiento de embargo porque las fincas a que afectan constan inscritas como privativas de la mujer en virtud de adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta. En el embargo concurren las circunstancias siguientes:

1.º La deuda reclamada había sido contraída por el marido, como avalista de unas letras de cambio, sin que conste en el mandamiento que la deuda fuera de aquellas de que hayan de responder los bienes gananciales.

2.º Constaba al interesado, cuando solicitó el embargo en ejecución de sentencia dictada en juicio declarativo, que las fincas estaban ya inscritas a nombre de la mujer, la cual nunca fue demandada, si bien sí notificada de la exigencia del procedimiento, con posterioridad a la solicitud del embargo.

2. No constando que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317 CC), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos,

ya que del mismo artículo 1.373 del Código Civil se desprende que el que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor correspondan en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que, de existir ya disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales.

3. Una vez disuelta la sociedad de gananciales, cabe, pues, el embargo de la parte que al marido deudor corresponda en la sociedad de gananciales, al modo que por deudas privativas de un heredero cabe el embargo de la parte que al heredero corresponda en una herencia (confróntese art. 166, 1.º, II, RH). Téngase en cuenta que las reglas de la partición y liquidación de herencia rigen también en la partición y liquidación de gananciales (cfr. art. 1.410 CC) y según ellas para la determinación de lote de bienes que corresponde a cada coheredero (o, por tanto, a marido y mujer en la partición de gananciales) no es necesaria la intervención de los acreedores privativos. Estos pueden, si quieren, intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga un fraude o perjuicio de sus derechos (cfr. art. 1.083 CC) y oponerse a la división que se haga sin su concurso (cfr. arts. 392, II, y 403 CC). Ahora bien, si la partición está ya consumada, lo único que les queda a los acreedores es la impugnación en los términos que la Ley prevé (cfr. artículo 403 CC). Si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta sino que el patrimonio común está liquidado y partido, los acreedores privativos de un cónyuge sólo pueden embargar los bienes que integran el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido en la partición (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día podrá provocar anotación preventiva de demanda).

4. Nos encontramos, pues, en el presente caso, con un mandamiento de embargo sobre fincas que aparecen inscritas a favor de una persona que, según el mismo mandamiento, no es la persona demandada, procede, pues, la denegación en aplicación de los principios de tracto sucesivo y legitimación y, en concreto, de las prescripciones establecidas en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 140, 1.º, del Reglamento Hipotecario.

Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado.

III. COMENTARIO.—1.º Planteamiento del problema existente en la resolución.

— Un cónyuge —casado en ese momento bajo el régimen de gananciales— avala un crédito respecto al que aparece como deudor principal una Sociedad mercantil cuyo nombre no hace al caso.

— Posteriormente, ante el impago del referido deudor principal, el acreedor obtiene sentencia en juicio declarativo condenando al pago correspondiente a deudor y avalista.

— En ejecución de dicha sentencia se ordena tomar anotación preventiva de embargo sobre una finca que en la fecha del crédito-aval aparece

inscrita como ganancial, pero que con posterioridad y antes de ordenarse la anotación del embargo fue adjudicada a la esposa del avalista (en virtud de escritura de disolución de la sociedad de gananciales) e inscrita a favor de la misma, como privativa, en el Registro de la Propiedad.

— La parte actora pretende la anotación, en base, fundamentalmente, al artículo 1.317 del Código Civil, así como al 1.322 de dicho texto, tendentes ambos a proteger a los acreedores frente a las modificaciones del régimen económico-matrimonial acordadas por los cónyuges. La Registradora entiende que el principio del tracto sucesivo impide la práctica de la anotación, al no haberse dirigido la demanda contra el titular registral, la esposa. La Dirección General, sin desdeñar este argumento, pone como principal punto de apoyo para su razonamiento la falta de constancia del carácter ganancial de la deuda.

2.º Cuestión previa: la desaparición de la presunción de ganancialidad de la deuda en la reforma del Código Civil en 1981.

a) El antiguo artículo 1.408, 1, del Código Civil y su significado.

Decía así este precepto: «Serán a cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contrajere la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad».

La razón de existencia de esta presunción de ganancialidad de la deuda era clara: al ser el marido —salvo pacto en contrario, supuesto cuyos efectos en este orden también aparecía recogido en el citado precepto 1.408, 1— el encargado de la gestión del patrimonio ganancial, debía gozar de una amplia credibilidad frente a los acreedores, los cuales, a su vez, era necesario que ostentaran la posibilidad de hacer efectivo su crédito procediendo únicamente contra él.

Sin embargo, con la reforma de 1981, al atribuirse a ambos cónyuges la gestión de los bienes gananciales (art. 1.375 CC), desaparece la necesidad de presumir como tales las deudas contraídas unilateralmente por uno de los cónyuges; de este modo, el artículo 1.367 establece que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro». A lo que añade el artículo 1.373: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias...».

b) No obstante lo dicho, creo que cabe plantear la siguiente pregunta: ¿Ha desaparecido efectivamente la presunción de ganancialidad de la deuda?

No pretendo afirmar nada, sino simplemente dejar en el aire unas ideas:

Primera: El artículo 1.361 del Código Civil contiene —todavía— una presunción de ganancialidad de los bienes.

Segunda: El artículo 1.317 del mismo texto consagra un importante derecho a favor de los acreedores, incompatible en muchos casos con la no presunción de ganancialidad de la deuda.

Tercera: En un título ejecutivo firmado por uno solo de los cónyuges se hace muy dura —cuando no imposible— la prueba de que la obligación

asumida lo fue como ganancial. ¿Cómo debe actuar el contratante, en este caso, con persona casada: exigiendo siempre que la obligación sea aceptada por ambos cónyuges? ¿Dónde quedaría entonces el importante principio de la libertad de contratación y actuación de cada uno de los cónyuges, pretendidamente reforzado con la repetida reforma del Código Civil?

Cuarta: Existen una serie de supuestos —a los que ya me he referido en el comentario de una anterior resolución (1)— en los que uno de los cónyuges puede unilateralmente obligar el patrimonio ganancial. Destacan por su importancia y posible entidad, las deudas contraídas en el ejercicio ordinario de una profesión u oficio (art. 1.365, 2, CC), los gastos urgentes de carácter necesario (art. 1.386 CC) e incluso las relativas al ejercicio de la potestad doméstica (art. 1.319 CC).

3.º Fundamentos de Derecho de la resolución.

A mi juicio, hay un fundamento de Derecho básico, de índole sustantiva: la privatividad de la deuda, como consecuencia de no haber sido probada su ganancialidad. Dice así en su número 2: «No constando que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código Civil: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias». Y... no cabe, para conseguir, una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317 CC), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos». A lo que añade en el número 3: «... Téngase en cuenta que las reglas de la partición y liquidación de herencia rigen también en la partición y liquidación de gananciales (art. 1.410 CC) y según ellas para la determinación del lote de bienes que corresponde a cada coheredero (o, por tanto, a marido y mujer en la partición de gananciales) no es necesaria la intervención de los acreedores privativos. Estos pueden, si quieren, intervenir a su costa en la partición para evitar. ».

Y hay también, en un segundo plano, un fundamento de índole formal: el principio del tracto sucesivo, que aparece recogido en el número 4, y cuyo juego se entronca directamente con la privatividad, en este caso, de la deuda.

4.º La doctrina de esta resolución estudiada compativamente con la contenida en las de 25 de abril y 27 de mayo de 1986.

La Resolución de 25 de abril de 1986, aunque refiriéndose a un supuesto de preferencia de créditos, decía lo siguiente —que pienso puede considerarse como doctrina general—: «Desde el punto de vista de los acreedores que tengan derecho a perseguir los bienes gananciales, ni la disolución de la sociedad, ni siquiera la adjudicación de tales o cuales bienes gananciales a uno u otro cónyuge a consecuencia de la liquidación, significa que se haya producido la salida del bien ganancial de la misma masa autónoma de responsabilidad. En todo caso los acreedores

(1) *RCDI*, núm. 577, año 1986, págs. 1848 y sigs., Resolución de 27 de mayo de 1986.

conservan —hay que repetirlo— sobre los bienes gananciales las mismas posibilidades que antes de la disolución».

Y la Resolución de 27 de mayo del mismo año entendía que a los efectos de la anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales —y con tal carácter inscritos— «... la exigencia de demanda conjunta... no guarda armonía con el carácter individual de la cualidad de deudor, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes —en este caso, los gananciales— si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso».

¿Cómo se concilia la doctrina de estas resoluciones —sin perjuicio, por supuesto, de las peculiaridades del caso a que se refieren una y otra— con la de la que nos ocupa? Ya he dicho antes que, a mi entender, el matiz de esta última es la no justificación de la ganancialidad de la deuda. Sí lo está la primera, y de ahí la rotundidad con que se emplea la Dirección General; y aunque no resulta en la segunda, no obstante, al no haberse producido la liquidación de la sociedad de gananciales, el artículo 1.373 del Código Civil abre camino para perseguir bienes gananciales por deudas cuya ganancialidad no ha sido probada (de ahí que dicho precepto y tal interpretación, en unión de otros argumentos (2), anulen al artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario siempre que no hubiera tenido lugar la disolución de la sociedad de gananciales, según la Resolución de 27 de mayo de 1986).

Por lo cual, teniendo en cuenta las tres resoluciones, puede entenderse la siguiente doctrina de la Dirección General: si la deuda es probadamente ganancial —y aunque no resultara tal prueba, si no se hubiese procedido a la disolución de la sociedad de gananciales (jugando en este caso con el art. 1.373 CC)—, los acreedores conservan íntegro su derecho a perseguir los bienes gananciales, bastando —de cara a la anotación preventiva de embargo— la demanda dirigida contra uno de los cónyuges y la notificación al otro de la existencia del procedimiento. Sin embargo, si la deuda no es probadamente ganancial no responderán de ella los bienes gananciales que antes de la anotación preventiva de embargo fueron adjudicados en concepto de privativos al cónyuge no deudor.

5.º Conclusión y crítica.

Tal vez pueda parecer un poco dura esta interpretación de la legislación actual en materia de bienes gananciales y concretamente respecto a la no existencia en la actualidad de un precepto similar al antiguo artículo 1.408, 1, del Código Civil.

A mi modo de ver, estamos ante una especie de contrasentido del legislador, que queriendo mantener un régimen como el de gananciales, con todas sus peculiaridades, no mantiene, a su vez, las que deberían ser

(2) Puede el ya citado comentario a la Resolución de 27 de mayo de 1986, en RCDI, núm. 577, páginas 1848 y sigs.

consecuencias ineludibles de dicho régimen, entre ellas la presunción de la ganancialidad de la deuda contraída por uno de los cónyuges, pues no veo cómo se concilia esta no presunción de la ganancialidad del pasivo con la presunción de ganancialidad del activo (art. 1.361 CC), ni con la posibilidad de los cónyuges de actuar unilateralmente —en determinados casos— respecto al patrimonio ganancial, ni con la amplia protección que el artículo 1.317 de dicho Código pretende brindar a los acreedores.

La Dirección General, por tanto, se mueve en un marco legal encorsetado y deficientemente articulado. Se hace una reforma parcial, pero no se atan todos los cabos sueltos. Consecuencia de lo cual es que por un lado deba protegerse a los acreedores —en base al art. 1.373 CC—, rompiendo el artículo 144, 1, del Reglamento Hipotecario —que, no lo olvidemos, es coherente con una interpretación purista de lo teóricamente pretendido por la reforma (lo que ocurrió fue que la práctica empezó a dejar ver las grietas de aquélla y la inoperancia de lo ambicionado en ciertas cuestiones)— y por otro haya que respetar la desaparición de la presunción de la ganancialidad de la deuda (consecuencia de la imperante necesidad de una administración conjunta del patrimonio ganancial). ¿Cómo acertar, si el mismo legislador no tiene unidad de criterio, si no son coherentes sus consecuencias? Por eso creo que el error fue haber querido «modernizar» una sociedad de gananciales que no podía funcionar de otro modo a como funcionaba; era un mecanismo tan complicado y perfecto que con unos ligeros retoques se alteraban todas sus piezas, y en este caso los retoques fueron más que ligeros. De ahí que posteriormente la jurisprudencia y la doctrina tengan que colocar parches e interpretar lo que no admite interpretación, en un intento de encontrar homogeneidad en algo que no la tiene.

¿Había que establecer legalmente una administración conjunta cuando tenemos el buen ejemplo de sociedades mercantiles con administrador único o varios solidarios? ¿Por qué el artículo 1.375 del Código Civil no dijo que «en defecto de pacto de capitulaciones, la gestión —no pretendo referirme a la disposición— de los bienes gananciales corresponde a ambos cónyuges con carácter solidario», con lo que se hubiera podido mantener una norma semejante a la del artículo 1.408, 1, antigua? ¿Es que la obsesión de enterrar viejos fantasmas no veía otro camino para respetar el artículo 14 de la Constitución que la administración conjunta y mancomunada, cuando con ello a quien se perjudicaba era a terceros? (en el supuesto que nos ocupa a los acreedores, que ven cómo el artículo 1.317 del Código Civil les sirve para bien poco).

Por todo lo dicho voy a apuntar una solución diferente para el caso, aunque sin acogerla plenamente, pues los argumentos a su favor —por las razones apuntadas— pienso que son igualmente váidos en su contra. Sería la siguiente: dejando a un lado la pretendida privatividad de la deuda v dando entrada al artículo 1.317 del Código Civil, éste significaría que mientras no pase a tercero, el bien ni sustantiva ni registralmente ha dejado de ser ganancial en lo que a responsabilidad se refiere, por lo que los acreedores podrían perseguirlo, aunque se hubiera producido la liquidación de la sociedad de gananciales; es decir, la deuda no se presume ganancial *inter partes*, entre los cónyuges, pero sí respecto a

terceros, en cuyo caso se impone el artículo 1.317. Y el principio hipotecario del tracto sucesivo no sería obstáculo, porque, como digo, respecto a los acreedores el Registro sigue publicando una titularidad ganancial; para lo cual el Juez, al ordenar la anotación, deberá hacer constar en el mandamiento que se trata de un crédito anterior a la disolución de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, insisto, soy consciente de los obstáculos legales que se oponen a esta argumentación. Por lo cual, a modo de conclusión definitiva, voy a repetir la doctrina de la Dirección General:

1.º Deuda ganancial (las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente, por uno con el consentimiento del otro, o por uno de ellos sin dicho consentimiento en los casos en que puede obligar unilateralmente los bienes gananciales): ni la disolución de la sociedad de gananciales ni la adjudicación de bienes determinados a uno u otro cónyuge afectan a los acreedores. El artículo 1.317 del Código Civil juega con toda su fuerza (Resolución de 25 de abril de 1986).

2.º Deuda privativa (todas tienen tal carácter, salvo que se pruebe su ganancialidad); deben distinguirse:

- Si no se ha disuelto la sociedad de gananciales: pueden responder de ella los bienes gananciales por aplicación del artículo 1.373 del Código Civil, bastando dirigir la demanda contra un cónyuge y notificar al otro la existencia del procedimiento (Resolución de 27 de mayo de 1986).
- Si se hubiera disuelto la sociedad de gananciales: la demanda debe dirigirse ineludiblemente contra el titular registral del bien.

JUAN PABLO RUANO BORRELLA

DERECHO PREFERENTE DE ADQUISICION DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA TRANSTIMIDAS INTER VIVOS. ES VALIDO EL PLAZO DE QUINCE DIAS PARA NOTIFICAR AL CONSEJO DE ADMINISTRACION (RESOLUCIÓN DE 30 DE ABRIL DE 1987. «BOE» DE 16 DE MAYO).

I. *Hechos*.—1. El día 3 de abril de 1986, ante el Notario de Madrid don Jerónimo Rodríguez Arias, se constituyó la Sociedad «Inverlag, Sociedad Anónima». En el artículo 7.º de los Estatutos se decía literalmente: «En caso de transmisión de acciones, por actos *inter vivos*, los accionistas y la Sociedad tendrán un derecho preferente de adquisición, a cuyo efecto el accionista que se proponga transmitir sus acciones lo pondrá en conocimiento del Consejo de Administración, que en el plazo de quince días notificará la transmisión proyectada a los demás accionistas, éstos podrán adquirir las acciones en venta en proporción a las que posean, si fueren varios, notificándolo al Consejo de Administración dentro de los quince días desde que reciban la comunicación. Si ninguno acepta, podrá la Sociedad en los quince días siguientes adquirir las acciones conforme al artículo 47 de la Ley.

2. Presentada la primera copia de la escritura de constitución en el Registro Mercantil número 2 de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado el precedente documento se devuelve al presentante por cuanto el artículo 7.º de los Estatutos sociales concede a la Sociedad un derecho de adquisición de las acciones, a ejercitar en quince días, siendo este plazo insuficiente para la convocatoria de la Junta, conforme a los artículos 53 y 47 de la Ley de Sociedades Anónimas. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado. Extiendo esta nota con la conformidad de mis cotitulares en Madrid a 30 de mayo de 1986.— Firma ilegible.»

3. Otorgada la correspondiente escritura de subsanación ante el citado Notario el 24 de junio de 1986, ampliándose el plazo del inciso último del párrafo primero del artículo 7.º de los Estatutos, de quince a veinte días, fue inscrita en el Registro Mercantil.

4. Don Antonio Fernández y Rodríguez de Mejorada, socio fundador de «Inverlag, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo a efectos meramente doctrinales contra la anterior calificación y alegó: Que la misma atenta al principio de libre empresa (art 38 CE). Que la limitación a la libre circulación de acciones ha de entenderse como una condición y de acuerdo con el artículo 1.116 del Código Civil, si tal condición fuera imposible ha de tenerse por no puesta, y así el accionista, después de transcurridos los plazos establecidos en el artículo 7.º de los Estatutos, podrá transmitir sus acciones y el acto será válido y eficaz frente a la Sociedad, ya que las limitaciones y restricciones de los derechos individuales deben interpretarse restrictivamente. Que igualmente la nota de calificación atenta al principio de autonomía de la voluntad, al estar en contra de lo dispuesto en los artículos 545, número 2, del Código de Comercio, y 1.255 del Código Civil, y 46 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuya virtud los socios fundadores pueden imponer limitaciones a la libre transmisión de acciones y un derecho preferente para su adquisición en favor de los accionistas y/o de la Sociedad, y estas limitaciones deben respetarse, y si el derecho preferente no se ejercita dentro del plazo de quince días que se establece en el artículo 7.º de los Estatutos el accionista podrá transmitir sus acciones, por lo que si la Sociedad quiere ejercitar su derecho dentro del plazo de quince días podrá hacerlo y cumplir los plazos establecidos en el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas. Que también dicha nota va en contra del principio de Dirección y Administración de la Sociedad (arts. 56, 76 y 79 de la Ley de Sociedades Anónimas y 25 de los Estatutos sociales). Que el contenido del artículo 7.º de los Estatutos no impide el cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas, pues aquél se limita a imponer al accionista que quiere transmitir sus acciones la obligación de comunicarlo al Consejo de Administración, y como éste es quien mejor conoce los intereses de la Sociedad puede convocar Junta general extraordinaria para que válidamente constituida, conforme al artículo 58 de la Ley de Sociedades Anónimas, le autorice a adquirir las acciones y poder así actuar de cualquiera de las formas que se establece en el artículo 47 de dicha Ley.

5. El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación en todos sus extremos, e informó que el artículo 7.º de los Estatutos sociales

establece un derecho de adquisición preferente para los socios y la Sociedad, y que según reiteradamente ha declarado la jurisprudencia registral del Tribunal Supremo, tal derecho ha de establecerse con claridad los plazos de su ejercicio. Que conforme al citado artículo 7.º, el Consejo de Administración, hasta que no se conozca la falta de ejercicio de su derecho por los accionistas no puede convocar la Junta general extraordinaria, por ignorar el posible orden del día, y aunque el Consejo de Administración conozca los intereses de la Sociedad ello no le permite el no convocar la Junta general extraordinaria, por entender que no interesa a la Sociedad la adquisición de las acciones. Que una convocatoria de la citada Junta, sin que el Consejo de Administración sepa a ciencia cierta si la misma se podrá celebrar, viola las relaciones que marca la Ley entre los órganos sociales y concretamente el artículo 48 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que la Junta no sería debidamente convocada cuando el orden del día no es conocido por quien convoca. Y es indudable que en el plazo de quince días, tras conocer la negativa o el silencio de los socios a adquirir las acciones, no es posible publicar la convocatoria de la Junta en los periódicos y el *Boletín Oficial del Estado* con quince días de anticipación. Que la necesidad *a posteriori* de celebrar Junta universal supone privar a los socios de su derecho a tomar decisiones con las mayorías legales, y sobre todo la oportunidad de tener una segunda convocatoria, lo que contradice la Ley de Sociedades Anónimas. Que si no se convoca la referida Junta por imposibilidad de cumplir los plazos, el accionista transmitente podrá enajenar las acciones, y el derecho que se otorga a la Sociedad, si se inscribe, no sería válido, violando la presunción de validez que establece el artículo 3.º del Reglamento del Registro Mercantil.

II. *Doctrina de la Dirección General.*—Se acuerda revocar el acuerdo y la nota del Registrador Mercantil, en virtud de los siguientes

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 47 y 53 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de junio de 1951:

1. El inciso final del artículo 7.º de los Estatutos sociales establece la posibilidad de que la Sociedad pueda adquirir sus propias acciones conforme al artículo 47 de la Ley en los quince días siguientes a la falta de aceptación por los socios de la compra de las acciones que se pretenden transmitir por un accionista. Entiende el Registrador que ese plazo tan breve hace que el derecho de la Sociedad sea prácticamente inoperante al no disponer aquélla del tiempo necesario para dar cumplimiento a las normas sobre convocatoria de Junta general establecidas en el artículo 53 de la Ley, que tienen además un carácter imperativo.

2. No parece que el precepto estatutario discutido pueda en principio ser un obstáculo al cumplimiento de las normas sobre convocatoria de Junta general. En efecto, no se plantea cuestión alguna en el supuesto de Junta universal, al no ser necesario más requisito que la presencia de todo el capital desembolsado y la aceptación por la unanimidad de los socios de la celebración de la Junta (art. 55 de la Ley).

3. En el supuesto de la Junta normal, que es donde se centran los

escrúpulos del funcionariado calificador, es indudable que si la Sociedad espera a realizar la convocatoria una vez que conozca la negativa o silencio de sus socios a adquirir las acciones que se transmiten, no es posible conjugar el plazo de quince días establecido en el artículo 7.º de los Estatutos y el de publicación de la convocatoria en el *Boletín Oficial del Estado* y en uno de los diarios provinciales exigido en el artículo 58. Pero tal incumplimiento no resultaría, si previsoriamente la Sociedad procede a convocar la Junta con la antelación suficiente —aunque desconozca la postura a adoptar por sus socios— e indicando en el orden del día que se trataría de este asunto si acaece el supuesto en que pueda adquirir sus propias acciones. La falta de previsión de la Sociedad —al no convocar con la necesaria antelación— podría dar lugar a que el socio transmitiese libremente sus acciones, pero esta consecuencia se produciría debido a una negligencia atribuible a la Sociedad misma.

III. COMENTARIO.—Las limitaciones a la libre transmisión de las acciones de la sociedad anónima no surgen *ex lege*, sino que la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 46 se limita a admitir esta posibilidad.

Este artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas sólo exige que la transmisión de acciones nominativas sea comunicada a la sociedad y anotada por ésta en el libro correspondiente.

Por su parte, el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil establece que «las limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones al portador deberán consignarse, además de en los Estatutos, en los títulos respectivos», habiendo declarado la Dirección General que se trata de una norma de obligada observancia, pero que no impone que los estatutos hayan de expresar que ha de ser cumplida (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de noviembre de 1985, y alguna posterior).

No queda, por tanto, regulado en la Ley el posible contenido de dichos pactos, lo que ha dado lugar a una enorme cantidad de cláusulas que invaden los Estatutos, y que no pocas veces plantean dificultades en su calificación.

Ha sido bastante frecuente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General sobre estas restricciones a la libre transmisión de las acciones. Sin embargo, es nuevo el problema que ahora se plantea: el del plazo que se puede conceder a la Sociedad para que ejercite el derecho de adquisición preferente que en los Estatutos se le concede.

Este plazo debe ser de una duración razonable en un doble sentido:

a) Evitándose plazos de duración excesiva, ya que, de lo contrario, como dice BROSETA, por medio de dilaciones consecutivas, podría llegarse a una situación que impida al accionista transmitir sus acciones, convirtiéndose la restricción en una verdadera prohibición.

b) Pero, además, en su sentido opuesto, el establecimiento de plazos exigüos también puede impedir o dificultar sobremanera el ejercicio por los socios o por la sociedad de su derecho.

En efecto, se concede en los Estatutos un plazo de quince días para adquirir las acciones de venta, plazo que empieza a contar desde que expira el que se concede con preferencia a los restantes socios.

Ante este plazo tan corto, el documento fue devuelto con nota indicativa de la imposibilidad de cumplir el plazo que para la válida constitución de la Junta exige el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La Dirección General revoca el acuerdo y la nota del Registrador en base a dos argumentos:

1.º Que siempre cabe la celebración de una Junta universal.

2.º Que los administradores de la Sociedad, previsoriamente, siempre pueden proceder a convocar la Junta con antelación suficiente —aunque desconozca la postura a adoptar por los socios— e indicando en el orden del día que se trataría este asunto si acaece el supuesto en que pueda adquirir la sociedad sus propias acciones.

Las cláusulas estatutarias que establecen limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones exigen siempre la determinación del titular del derecho de adquisición preferente que de ellas se deriva.

Es claro que la sociedad anónima puede ser titular de este derecho, ya por ser titular de acciones de otra sociedad en la que alguno de sus accionistas transmita sus títulos, ya por transmitirse acciones de la propia sociedad.

En el primer caso, la posición de la sociedad se equipara a la de los demás accionistas. Ya en este supuesto se pueden plantear problemas en cuanto a los plazos que son necesarios para formar la voluntad social y los que se conceden a los socios para el ejercicio de su derecho de adquisición preferente, lo cual queda solventado cuando la facultad de comprar bienes muebles figura dentro del giro o tráfico de la empresa o es conferida por los Estatutos al órgano de administración.

En esta Resolución nos encontramos con el segundo supuesto: el del ejercicio por la sociedad del derecho de adquisición preferente sobre sus propias acciones en venta.

Entiendo que los dos argumentos en que basa su Resolución la Dirección General deben ser tratados independientemente.

Efectivamente, siempre cabe la celebración de una Junta universal. Sin embargo, la Junta universal no puede constituir una solución ni una excusa para admitir cortos plazos para el ejercicio del derecho de adquisición preferente por la sociedad, en cuanto que:

a) La constitución de la Junta universal puede ser yugulada por la voluntad de cualquier accionista; por tanto, la sola voluntad del socio que desea transmitir a determinada persona ajena puede, sólo con su no asistencia, evitar que pueda constituirse una Junta universal.

b) Como dice el Registrador en defensa de su nota, la necesidad de tener que acudir a la Junta universal para la adopción de acuerdos supone privar a los socios de su derecho a ser informados con antelación de los puntos sobre los que decidir, a tomar decisiones por mayoría y a la celebración de segunda convocatoria.

El segundo argumento de la Dirección General también es, en principio, acertado. Cabe afirmar, con carácter general, que siempre cabe la convocatoria de la Junta general en previsión de que la sociedad pueda llegar a ser titular de un efectivo derecho de adquisición preferente.

Pero la admisión de esta cláusula tiene, a mi juicio, los siguientes inconvenientes en la práctica:

1. Que cualquier socio puede obstaculizar el normal desenvolvimiento de la Sociedad: basta que un socio comunique a los administradores, con una diferencia de diez días, su deseo de transmitir una acción, para que los administradores se vean obligados a convocar tantas Juntas como acciones tenga el socio disidente. Esta postura obstruccionista de un socio puede dar lugar a una paralización de la vida social.

2. Si bien el orden del día de la convocatoria se puede considerar conocido por los socios, es cierto que nos podemos encontrar con la convocatoria de Juntas que en el momento de su celebración carezcan de materia sobre la que deliberar, si el único punto del orden del día de la convocatoria es el de la adquisición por la Sociedad de sus propias acciones y alguno o algunos de los socios restantes han hecho uso de su derecho de adquisición preferente.

En definitiva, se puede estar convocando a los socios innecesariamente. Convocada la Junta, no existe ningún medio de publicidad legal por el que se pueda avisar a los socios de la inexistencia de materia sobre la que tomar acuerdos.

3. La multiplicación de convocatorias de Juntas generales puede llegar a suponer un gasto innecesario de tiempo —para los administradores—, y de dinero —para la sociedad, debido al coste, hoy día bastante elevado, de la publicidad de la convocatoria de la Junta.

Si lo que se pretende es conseguir que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones en venta, con cargo a beneficios o reservas libres, en un breve plazo de tiempo, tal vez se puedan seguir otros cauces legales.

El acuerdo de adquirir las propias acciones corresponde a la Junta general en cuanto que conduce a una reducción de capital en la medida correspondiente a las acciones amortizadas. Amortización y reducción de capital son, por tanto, en este caso, conceptos correlativos.

Pero las acciones pueden ser adquiridas por la sociedad sin que todavía se haya tomado el acuerdo de reducción (STS de 20 de diciembre de 1968).

Cabe que por los Estatutos o por la Junta general se autorice a los administradores para adquirir para la sociedad con cargo a beneficios o reservas libres acciones de la misma.

La Junta general, para cada año, puede fijar el valor de la acción, con relación al balance o a cualquier criterio objetivo de valoración; valor por el que pueden quedar los administradores facultados para la compra.

No veo, en este caso, inconveniente para que dentro de esa delegación también quede incluida la subsiguiente reducción de capital.

Al igual que la ejecución del acuerdo de ampliación de capital, también estimo que puede ser concedida a la administración social la ejecución de una reducción de capital, estando fijadas de antemano las condiciones de la misma.

Entiendo que no cabe argumentar que el primer acuerdo de la Junta delegando en los administradores la decisión de adquirir las acciones excede de las facultades que les son propias, en cuanto que las facultades de los administradores pueden exceder del giro o tráfico de la empresa,

si consta en los Estatutos, como ha resuelto la Dirección General y, por otro lado, los administradores actúan en virtud de una delegación, cuyo alcance la Junta conoce, sin que ésta pueda ir contra sus propios actos.

Por último, hay que tener en cuenta que la Ley 15/1986, de 25 de abril, en su artículo 8.º concede a la sociedad anónima laboral, para el caso de que ningún trabajador ni socio ejercite el derecho de preferente adquisición, un plazo de diez días para adquirir sus propias acciones, bien para tenerlas en cartera bien para amortizarlas previa reducción del capital social.

Así, para las sociedades anónimas laborales —que se rigen por la Ley de Sociedades Anónimas en todo lo no previsto por su ley específica— por imperativo legal se concede a la sociedad para adquirir sus propias acciones un plazo todavía inferior al que se establecía en los Estatutos objeto del presente recurso.

JOAQUÍN RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

b) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ
y FRANCISCO CASTRO LUCINI

COMISION DE TRANSPORTE.—RESPONSABILIDADES DEL COMISIONISTA Y DEL PORTEADOR. RECURSO DE CASACION: ES CONTRA EL FALLO DE LA SENTENCIA RECURRIDA (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Eduardo Fernández Cid.

Para el enjuiciamiento del presente recurso de casación, conviene dejar sentados los siguientes presupuestos fácticos, no combatidos en forma por el recurrente: A) Don Norberto M. L., propietario de la agencia de transportes M., sita en Valladolid, contrató con don Bernabé V. A. el transporte de 417 sacos de azúcar, con un peso de 25.020 kilogramos y un precio de 969.653 pesetas, con destino a la firma «Caramelos L.», S. A., de S. (Barcelona), siendo dicha mercadería propiedad de «F. S.», S. A., que dio el encargo de llevar a cabo tal contrato al primeramente citado. B) En ejecución de cuanto antecede, el día 15 de enero de 1980 se cargó la mercancía en el camión ..., propiedad de don Bernabé, pero, por razón de lo avanzado de la hora en que se terminó, el conductor, en lugar de iniciar el viaje, dejó el vehículo en la calle y se fue a dormir; al día siguiente el camión había desaparecido, recuperándose unas semanas después, aunque no la carga. C) El señor M. abonó a «F. S.», S. A., las 969.635 pesetas, reclamándolas después al transportista ante la Junta de Tasas y posteriormente ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. D) En Sentencia de 9 de junio de 1982 se condenó a don Bernabé V. A. al pago de lo debido, en su cualidad de porteador, por haber actuado de modo negligente y sin tomar las precauciones usuales (arts. 361 y 362 C. de C.),

al dejar aparcado en la vía pública el camión sin vigilancia alguna, durante toda una noche, cargado con mercancía de gran valor y fácil venta, lo que no puede calificarse de caso fortuito, ni de suceso imprevisible o inevitable, siendo así que la agencia se entendió, de una parte, con el dueño de la mercancía y de otra, con el porteador, sin que entre ellos llegasen a conocerse, asumiendo el intermediario frente a ambos la plenitud de derechos y obligaciones, conforme al artículo 379 del Código de Comercio; sentó también el Juzgado que no había tenido en cuenta, «por no haber sido alegado oportunamente, el hecho justificado en período de prueba de que el camión quedó con las llaves de contacto puestas (folio 120)». E) Este último extremo sobre las llaves de contacto se acoge en la sentencia de apelación dictada por la Audiencia, órgano que además de aceptar los resultandos y considerandos de la sentencia recurrida, señala también que en la carta de porte todos los riesgos corren a cuenta del porteador; que el artículo 1.212 del Código Civil confiere al subrogado todos los derechos anexos al crédito contra el deudor; que existe un proceder negligente, conforme al artículo 1.104 del Código Civil; y que no puede argüirse válidamente la falta de suscripción por el actor de una póliza de seguros, pues ello sólo afectaría a sus relaciones como agencia de transportes con el dueño de la carga, pudiendo el asegurador repetir en todo caso contra el porteador por los daños de que fuere responsable (artículo 437 C. de C.), por todo lo cual don Norberto M. L. tenía acción y derecho, como subrogado en la posición del cargador, al haberle satisfecho el crédito.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso, al amparo del artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según su anterior redacción, denuncia infracción, por aplicación indebida, del artículo 379 del Código de Comercio, al partir la Audiencia de la consideración errónea, no sentada en sus razonamientos, de que el recurrente había sido porteador, cuando su único cometido, su único actuar, había sido como mero transportista indirecto, lo que impide subrogarle en la posición de aquél, que correspondía en realidad a la agencia de transportes, y lo que dispone el precepto es que los comisionistas de transportes, al contratar hacerlos por medio de otros, quedarán subrogados en el lugar de los porteadores, así en sus obligaciones y responsabilidades como en sus derechos. El motivo tiene que decaer, pues ya se ha dicho que la Audiencia aceptó íntegramente los razonamientos del Juzgado, y éste, cual reconoce el propio recurrente, lo calificó como porteador de la mercancía, lo que, lejos de ser erróneo, se ajusta a la realidad, dado que la comisión de transportes implica que el comisionista no se obliga a realizarlo por sí o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador o empresario que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo; no tiene, pues, el comisionista la condición de porteador, limitándose a cumplir la comisión, cuyo negocio ejecutivo es el contrato de transporte y no el transporte mismo, al recaer la realización de éste sobre el porteador efectivo, aunque nuestro Código, para proteger la posición del comitente, le permite dirigirse contra la persona del comisionista, que es con quien él contrató, en vez de obligarle a buscar la responsabilidad de un porteador por él no elegido y conforme a otro

contrato, el de transporte, cuyas condiciones tampoco él pactó, cláusula de garantía tácita e inderogable que impone al comisionista de transportes las mismas obligaciones y responsabilidades del porteador, subrogándose en su posición jurídica, según establece el artículo 397 citado, razón por la cual don Norberto M. L. (comisionista) pagó a «F. S.», S. A. (comitente), el importe de la carga perdida por el transportista efectivo o porteador don Bernabé V. A., haciendo así válida la cláusula de garantía que le obligaba a responder del buen fin de la operación de transporte, gestionada y contratada por cuenta del comitente, lo que le subroga, a su vez, en los derechos frente al porteador, responsable inmediato de la pérdida de las mercancías, que no puede quedar libre de dicha responsabilidad por una cláusula *ex lege* no establecida en su beneficio, sino en el del comitente; por todo ello, cabe afirmar, como en la Sentencia de 29 de diciembre de 1903, que aunque el comisionista contrate en nombre y por cuenta ajena, en la forma establecida por el artículo 247 del Código de Comercio, y aunque su comitente acepte el contrato, puede aquél ejercitar las acciones que del mismo se deriven si estuviera facultado para llevarlo a efecto, y también cuando, no están dolo al tiempo de celebrarse el contrato, adquiriera posteriormente las acciones correspondientes a su representado, razones por las que la Audiencia cita el artículo 1.212 del Código Civil.

Igual suerte desestimatoria ha de sufrir el segundo motivo del recurso, que se formula para el caso de que, por no acogerse el primero, se considere que don Bernabé V. A. tenía el carácter de porteador; se ampara en el artículo 1.692, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 362, párrafo primero, del Código de Comercio, toda vez, dice, «que el contenido del mencionado artículo supone en su aplicación el no considerar la prueba realizada en autos». Mas es lo cierto que, precisamente por tomar en cuenta dicha prueba, se afirmó, tanto por el Juzgado como por la Audiencia, el actuar negligente del porteador, pues el dejar un camión cargado en la vía pública toda la noche, sin vigilancia alguna, con mercancía de gran valor y fácil venta, dando lugar con ello a su sustracción, significa que se dejaron de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes, que es el supuesto contemplado por el artículo 362 del Código de Comercio; y el que la Audiencia añadiese «puestas las llaves de contacto», cuando el Juzgado había dicho que, aun justificado tal hecho en período probatorio, no lo tomaba en cuenta por no haber sido alegado oportunamente, nada adiciona a aquella primitiva valoración coincidente y acertada salvo la agravación de la culpa, existente en todo caso, aparte de que el recurso de casación se produce contra el fallo o parte dispositiva de la sentencia dictada por la Audiencia, que en nada habría de variar con la supresión de tal hecho, no combatido tampoco en forma acertada, al dejar de invocarse el número séptimo del artículo 1.692, previsto para el error de Derecho, o de hecho, en la apreciación de las pruebas.

R. de A.

RESOLUCION DEL CONTRATO: EFECTOS RETROACTIVOS. DETERIORO DE LA COSA VENDIDA. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Constituyen elementos básicos, a tener en cuenta al resolver el presente recurso de casación, los siguientes: A) Por contrato privado de 12 de septiembre de 1973, doña Carmen L. O. vendió a don Salvador R. G. una finca sita en el término de C., con el edificio construido sobre parte del solar, dedicado a restaurante, las instalaciones, enseres, muebles, objetos y utensilios en él existentes, relacionados en el oportuno inventario, consignándose la cláusula de que «la falta de pago a sus respectivos vencimientos de dos efectos, facultará a la vendedora para poder optar por la resolución del contrato, con pérdida por parte del señor R., en concepto de indemnización, del 40 por 100 de las cantidades entregadas, o bien a poder exigir el pago de la totalidad de los efectos que queden pendientes de pago». B) Ejecutada por doña Carmen la acción resolutoria con base en el artículo 1.504 del Código Civil, estimaba que los daños y perjuicios eran superiores a dicho 40 por 100 de las cantidades entregadas a cuenta del precio, valorándolos en 110.000 pesetas mensuales hasta que entrase de nuevo en posesión de la finca. C) El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, en Sentencia de 12 de mayo de 1978, acogió parcialmente la demanda, decretó la resolución del contrato, condenó a que se devolviese libre y expedita la finca a la actora, con las instalaciones, enseres, muebles, objetos y utensilios, con pérdida por el demandado del 40 por 100 de las cantidades entregadas a cuenta del precio, ascendente dicho porcentaje a 2.197.327 pesetas, y desestimó los restantes pedimentos, razonando en sus considerandos que no podía pretenderse nueva indemnización, dado que a partir del requerimiento notarial se podía haber ejercitado la acción resolutoria y la demora en tal ejercicio sólo a la parte demandante era imputable, aparte de que la cláusula penal tenía una función liquidatoria sustitutiva de aquella indemnización, añadiendo, en el décimoprimer que «dichos daños y perjuicios, para que se estimen, requieren ser acreditados en su realidad —la cuantía podría dejarse para ejecución de sentencia—, lo que no se ha verificado, porque es de hacer notar que aunque en el informe pericial practicado se dictamine que el inmueble vendido, con el restaurante en él enclavado, es susceptible de producir una renta no inferior a 100.000 pesetas, también es verdad que de dicho informe se deduce, al darle un valor de 27.200.000 pesetas, y sin más obras de mejora que estima deben hacerse por 1.500.000 pesetas, el de 25.700.000 pesetas, que como consecuencia de dicha reversión a la parte demandante, ésta se verá compensada con creces, por la revalorización del inmueble que excede en más del 150 por 100 el precio en que fue vendido»; apeló el demandado pero la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 18 de junio de 1979, que fue declarada firme, confirmó íntegramente la del Juzgado CH) En ejecución de dicha sentencia y al dar posesión de la finca a doña

Carmen L. O. se consignó en la diligencia que existían desperfectos, por lo que la representación de dicha señora interesó del Juzgado la práctica de un dictamen pericial, pero por auto de 16 de febrero de 1980, en el que se afirma que en los expedientes para ejecución de sentencia no se pueden hacer declaraciones ni variaciones que contradigan su parte dispositiva o que resuelvan cuestiones sustanciales no controvertidas en el juicio, fue denegada la prueba dirigida a «intentar demostrar la existencia de deterioros en el edificio, por no referirse a ello lo alegado y probado en el juicio, como se deduce de la parte dispositiva de la sentencia», para terminar sentando que aquellas declaraciones podrían pretenderse en el juicio correspondiente y que, de proceder el abono de los desperfectos, estarían garantizados para la parte que los denuncia, dado que, en virtud de la resolución que se ejecutaba, obraban en su poder 3.295.991 pesetas. D) Esta cantidad se reclama por don Salvador R. G. ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, frente a doña Carmen L. O., al constituir el 60 por 100 restante de lo que tenía entregado, sin que en la Sentencia del Juzgado número 5 se condenase a la ahora demandada a su devolución. E) Doña Carmen reconviene, alegando el carácter retroactivo de la resolución contractual y la obligación de que se le devuelva el edificio en el estado y valor que tenía el 12 de septiembre de 1973, solicitando que se compense el importe de las reparaciones, ascendente a 2.430.785 pesetas, o cantidad que no siendo superior resultase de la prueba, más el importe de servicios y contribuciones no satisfechos, así como el de renovación de cambiales. F) El Juzgado número 1, en Sentencia de 28 de septiembre de 1981, estima la demanda y rechaza la reconvencción por lo que respecto a los desperfectos que en la misma se imputan al demandante en cuantía de 2.430.785 pesetas, basando tal rechazo en las siguientes razones: 1.º) que no es cierto que la Sentencia del Juzgado número 5 condenase a devolver el inmueble en el estado en que se hallaba al ser vendido, sino simplemente a devolver libre y expedita la finca objeto de la compraventa resuelta; 2.º) que aunque hubiera hecho tal declaración, a efectos del pleito que se resuelve (el tramitado ante el Juzgado número 1), y manifestase lo que manifestase el Auto de 16 de febrero de 1980, dictado por el Juzgado número 5, era inoperante, pues el proceso ahora resuelto tenía sustantividad propia y no constituía mera ejecución de la Sentencia del otro Juzgado, de modo que en el trámite de ejecución de la Sentencia del Juzgado número 5 es donde podía plantearse, por ser materia resuelta o a resolver en dichos autos; 3.º) que el considerando número 13 de tal Resolución, al hablar de los daños y perjuicios allí reclamados, dice que no se acreditaron y añade literalmente que «de dicho informe —se refiere al pericial entonces practicado— se deduce, al darle un valor de 27.200.000 pesetas, y sin más obras de mejora que estima deben hacerse por 1.500.000 pesetas, el de 25.700.000 pesetas, que, como consecuencia de dicha reversión a la parte demandante, ésta se verá compensada con creces por la revalorización del inmueble que excede en más del 150 por 100 del precio en que fue vendido, lo que demuestra lo dicho en el apartado anterior; 4.º) que, conforme al principio *cuius commoda, eius incommoda*, igual que la demandada se aprovecha sin trabajo por su parte de tan exorbitante revalorización, obra del paso del tiempo y de que el demandante

continuó el negocio durante tal período, igualmente ha de soportar los desperfectos que ahora pretende reclamar y que igualmente, pues otra cosa no se ha probado, son consecuencia del transcurso del tiempo y de la actividad que desarrolló el demandante; y 5.º) porque, a la vista de lo anterior, entender otra cosa sería amparar un abuso de Derecho, lo que se halla prohibido por el número 2.º del artículo 7 del Código Civil. G) Apelada esta Sentencia del Juzgado número 1 por la reconviniente, la Sala Segunda de lo Civil, de la Audiencia Territorial de Madrid, la confirmó en Sentencia de 15 de diciembre de 1983, dando por reproducidos e incorporados a ella los considerandos del juzgador *a quo*, haciendo hincapié en que al restablecerse el orden jurídico perturbado y devolver el objeto de la compraventa se había revalorizado el 150 por 100, siendo mínimos los desperfectos en conjunción con los beneficios y sin que se acreditase fueran debidos a conducta culpable, dolosa o negligente de la otra parte, por lo que concluye que ese resultado perjudicial deriva del transcurso del tiempo y del destino industrial del bien, procediendo la aplicación de los principios *eius sit onus cuius sit emolumentum y par debet esse ratio commodi et incommodi*

Doctrina de la Sala.—El recurso de casación contra la sentencia últimamente citada se articula en cinco motivos, pero ninguno de ellos combate de modo específico y eficaz las afirmaciones contenidas en las sentencias de instancia (los considerandos del Juez se incorporaron a los de la Audiencia) de que los desperfectos «son consecuencia del transcurso del tiempo y de la actividad que desarrolló el demandante» o del «transcurso del tiempo y del destino industrial del bien», sin que probase fueran resultado, «unido directamente por un nexo de causalidad, de una conducta culpable, dolosa o negligente de la otra parte», es decir, que nos encontramos ante menoscabos naturales, por el transcurso del tiempo, en relación con la finalidad y uso propio de la cosa, derivados del tráfico usual y corriente, que puede tener como consecuencia lógica un desvalor o una revalorización de ella, pero que, en todo caso y como un alea, juega en beneficio o en contra del acreedor (véase el artículo 1.122 del Código Civil, singularmente las reglas 3.ª y 5.ª); y aquellas conclusiones sobre puntos de hecho que establece el Tribunal apreciando los elementos probatorios aportados al juicio, son indiscutibles en casación cuando no se invoca, cual aquí ocurre, el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tampoco atacan el abuso de Derecho.

El primer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, por inaplicación de la doctrina contenida en las Sentencias de 21 de noviembre de 1963 y 10 de marzo de 1950, en cuanto señalan que «la resolución extingue la relación contractual con efecto retroactivo y la consecuencia del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato», acusa al fallo de desestimar la pretensión de resarcimiento por los desperfectos del inmueble con base en su afirmación de que no es cierto que la Sentencia de 12 de mayo de 1975, dictada por el Juzgado número 5, condene a devolver el inmueble en el estado en que se hallaba al ser vendido, sino simplemente a devolver libre y expedita la finca objeto de la compraventa resuelta. Mas no puede acogerse el motivo, cuando la sentencia recurrida se limita a

transcribir literalmente el fallo de la pronunciada por dicho Juzgado número 5, que sería, en todo caso, el culpable de la infracción, aparte de que no es ese el fundamento esencial del fallo, cual se ha expuesto en el número anterior, y que en esas propias sentencias, al señalar que ha de volverse a un estado jurídico preexistente, se dice también que no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, porque ello equivaldría a un enriquecimiento injusto; y ambas sentencias, al hablar de la consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y *valor de las prestaciones* se remiten a lo previsto en los artículos 1.295, 1.303, 1.308 y 1.123, todos del Código Civil, referido el último a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida en las recíprocas, a las que igualmente se ha hecho referencia en el número anterior, de forma que la decadencia del motivo se produce por querer acogerse a esa literalidad necesitada de interpretación en el sentido dicho y que no puede ser otro que el buscado por la sentencia recurrida.

El segundo motivo, igualmente al amparo del número 1.º del artículo 1.692, denuncia inaplicación de la doctrina contenida en las Sentencias de 8 de abril de 1963, 26 de junio de 1950 y 17 de enero de 1930, en cuanto señalan «que no caben en el proceso de ejecución las cuestiones sustanciales que no hayan sido objeto de controversia entre los que fueron parte en el pleito», consistiendo la infracción de la sentencia recurrida en la afirmación contenida en el número 2 del considerando 3.º de la del Juzgado, incorporado a los de la Audiencia, en cuanto dice que «aun que tal declaración hubiera sido como se pretende, ello, a efectos de este pleito, y diga lo que diga el Auto de 16 de febrero que se cita, es absolutamente inoperante, porque este proceso tiene sustantividad propia, y no es nueva ejecución de aquella sentencia, de modo que en el trámite de ejecución de tal resolución es donde puede plantearse, pues esa sí que es materia resuelta o a resolver en dichos autos», es decir, concluye el recurrente, que considera que «la pretensión de resarcimiento por los deterioros descubiertos al recobrar la finca, debió ser resuelta en la ejecución de la sentencia que resolvió la compraventa». No existe la infracción, pues ciertamente, y así lo dice la Sentencia de 26 de junio de 1950, citada parcialmente, en el proceso de ejecución... «necesariamente han de ser planteadas y decididas dentro del mismo, no sólo las cuestiones que se relacionan con la inteligencia y alcance del fallo, sino también las que tiendan a establecer y conseguir los efectos de sus pronunciamientos, porque unas y otras al cumplimiento de éstos se refieren», aclaración que obliga a recordar cuanto se ha dicho en el fundamento anterior de que la retroacción pretende volver a un estado jurídico preexistente, a restablecer el valor que tenía cada prestación, luego es materia que correspondía a la ejecución de la sentencia resolutoria, aunque el Juzgado número 1, sin duda para no dejar indefensa a la parte, siguió razonando, sin desestimar la pretensión por este solo motivo, lo que vuelve a poner de manifiesto que no eran ni éste ni el anterior los fundamentos esenciales de su fallo, sino la falta de prueba de daños en la cosa, como concepto diferente a los meros deterioros por el paso del tiempo y su uso natural y corriente, pues también tiene declarado esta Sala que si toda resolución genera

posibilidad de indemnización de daños y perjuicios, es preciso que se acredite su existencia, aspecto que expresamente niega la sentencia recurrida, siendo así que ha de demostrarse la real de los daños.

El tercer motivo del recurso, por igual ordinal del artículo 1.692 que los anteriores, achaca a la sentencia recurrida violación, por inaplicación, de los artículos 435 y 457 del Código Civil, razonando, básicamente, que si conforme al artículo 1.504 y a las Sentencias de 7 de julio de 1911, 30 de mayo de 1942, 1 de mayo de 1946, 4 de junio de 1958 y 16 de octubre de 1961, producido el impago del precio o parte del mismo y verificado el requerimiento, automáticamente opera la resolución, a partir de ese momento, sobre el comprador que posee la finca indebidamente, conforme al artículo 435 es poseedor de mala fe y, de acuerdo con el 457, responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa. Procede la desestimación no sólo por plantear una cuestión nueva en el litigio, cual la pretendida mala fe desde la fecha en que se practicó el requerimiento, sino también porque seguiría ignorándose, por falta de prueba, qué deterioros se habían producido antes y cuáles después; al no entregarse ni ofrecerse el 60 por 100 de lo ya pagado por el comprador, incumplía a su vez el vendedor su obligación recíproca, sin poder entrar en juego la mora, conforme al párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil; y, en definitiva, según constante y reiterada jurisprudencia, si la resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, son los Tribunales los que han de decidir si se ajusta o no a Derecho y cuáles han de ser sus efectos, pues en tal caso la resolución y sus consecuencias han de ser instados y obtenidas por la vía judicial (Sentencias de 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 10 de enero de 1944, 7 de enero de 1948, 19 de marzo de 1949 y 12 de diciembre de 1955, entre otras).

Los motivos cuarto y quinto, cual señala el propio recurrente, se encuentran en íntima correlación, pues ambos tienden a combatir la afirmación, sentada en los considerandos de la sentencia recurrida, de que al recobrar doña Carmen L. O. la finca objeto del contrato litigioso ésta había experimentado una revalorización de un 150 por 100. El motivo cuarto se trata de fundamentar en el número 2.º del artículo 1.692, con cita del artículo 359, ambos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en la jurisprudencia de esta Sala expresiva de que los Tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no han sido objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser objeto de discusión por las partes, sin que las pruebas practicadas en un procedimiento sean eficaces para otros diferentes en que se pretenden hacer valer. El quinto, al amparo del número 1.º del propio artículo 1.692, por aplicación indebida del principio de justicia *fiat justitia et ruat coelum* y en los de Derecho *eius sit onus cuius emolumentum y par debet esse ratio commodi et incommodi*, dado que el fallo, dice, se hace derivar de tales principios. Ambos han de ser desestimados por las siguientes razones: no puede deducirse la incongruencia de los fundamentos de la sentencia, sino de su parte dispositiva (Sentencias de 14 de noviembre de 1935, 9 de enero de 1943, 20 de febrero de 1950 y 31 de diciembre de 1951) y comparando pretensiones deducidas, sus fundamentos y el fallo, no aparece la discordancia que se acusa; como prueba documental, admitida por ambas partes,

obra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5, y en ella, tanto en los resultandos como en los considerandos, se recoge la revalorización, cuando al hoy recurrente le interesaba reclamar unos perjuicios mensuales de 110.000 pesetas, rechazados por la otra parte, pero que dan lugar a que el Juez, a través del informe pericial, señale tal revalorización; la íntima conexión entre ambos pleitos es clara y ha quedado expuesta; en los autos en que se dicta la resolución objeto de recurso no sólo obra la prueba documental dicha, sino que se alega ampliamente la revalorización en el hecho quinto del escrito contestando a la reconvenición y en el apartado III, *d*), del escrito de conclusiones; no son los principios de justicia y derecho alegados, cual se ha venido razonando a lo largo de esta sentencia, la base fundamental del fallo recurrido, ni lo es tampoco la revalorización, razonamientos a los que sólo puede atribuirse el carácter de accesorios, complementarios y reveladores del aspecto social y económico (medida de valor), más que jurídico, por lo que no puede dar lugar a la casación lo que no constituye esencia del fallo, siendo no obstante notorio que en los últimos años el dinero se ha desvalorizado proporcionalmente a la revalorización de los inmuebles.

R. de A.

NO PRESUNCION DE SOLIDARIDAD: CASOS EN QUE ES APLICABLE
(SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso Ponente: Don Matías Malpica González-Elipe.

El presente recurso de casación, con base en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna el auto de 3 de febrero de 1984 de la Sala de instancia que revocó el dictado por el Juzgado el 12 de julio de 1983 que había confirmado su providencia de 27 de junio del mismo año, todas cuyas resoluciones concernían a la sentencia firme del mismo Tribunal de 18 de diciembre de 1982, confirmatoria a su vez de la de Primera Instancia de 20 de febrero de igual año, cuya ejecución constituye el único objeto litigioso y debatido en las actuaciones que nos ocupan.

Doctrina de la Sala.—Las sentencias de instancia, contestes, declaran que entre la Cofradía actora y los demandados existió un contrato de ejecución de obras de ampliación de la cafetería sita en terrenos del Santuario de aquélla, habiendo recibido a cuenta de las mismas la suma de 2.000.000 de pesetas; e igualmente declaran rescindido el referido contrato con obligación por ambos demandados de devolver la citada cantidad deducida la que en, ejecución de sentencia, resulte acreditado que fue invertida en la realización de tales obras; pues bien, en los considerandos de dichas sentencias —la de segundo grado acepta los de la de primera instancia— se encuentran las siguientes determinaciones: «Que de estos hechos acreditados en autos ciertamente se deduce ..., quedando reservadas a este demandado (señor N.) las acciones que le correspondan

frente al condenado don Luis Fernando C. M., quien asimismo, en virtud de esas relaciones de colaboración con el señor N. L., que ambos tienen reconocidas, responderá conjuntamente con éste ante la Cofradía demandante de la que tienen recibida la suma que ambos debían destinar a la ejecución de las obras que les fueron encomendadas» (cuarto considerando de la Sentencia del Juzgado): «Que para la resolución de este litigio constituye antecedente acreditado por la prueba e implícitamente reconocido en el hecho segundo de la contestación a la demanda, que el demandado don Manuel N. L., constructor, y el demandado don Luis Fernando C. M., mantenían relaciones de colaboración en la realización de obras propias de una sociedad irregular, percibiendo el importe de las obras conjuntamente; obras que realizaban como socios». Igualmente se dice en las sentencias de instancia que los 2.000.000 de pesetas anticipados por la Cofradía demandante lo fueron en virtud de cuatro letras de cambio aceptadas por su Mayordomo y libradas por don Luis Fernando C. M., en cuya cuenta corriente número 4.862 del Banco de Bilbao fueron ingresados sus importes, pero de la que tenía autorización para disponer de sus fondos, así como de las demás cuentas del señor C. M. en dicho Banco por la colaboración existente entre ambos, según tiene reconocido el señor N. L. al responder a la séptima de las posiciones de la confesión judicial. No es ocioso constatar que la declaración contenida en el fallo de la sentencia de primer grado —ratificada en la de la Sala—, de rescisión del contrato, con la obligación por ambos demandados de devolver la citada cantidad (2.000.000 de pesetas), deducida la que en ejecución de sentencia resulte acreditado que fue invertida en la ejecución de las obras contratadas, responde inequívocamente al Suplico de la demanda, cuando incluye la siguiente petición: «Para el caso de no condenarse únicamente al señor N., pronúnciese igual condena con carácter solidario para los dos demandados».

Las precedentes afirmaciones tienen justificación aquí, dada la formalización del recurso de casación, que impugna por los dos motivos del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los pronunciamientos de la resolución de la Sala *a quo*, toda vez que esos dos motivos concurren en un punto común, cual es la de que la referida resolución, aunque ordena seguir la ejecución adelante, lo que de por sí es correcto, añade un apéndice consistente en, «teniendo en cuenta las bases fijadas anteriormente», que incuestionablemente se refiere a las de su propio cuarto considerando en que: *a)* se define en contra de la solidaridad en la obligación de pago, y *b)* dando por buena la única liquidación que consta en autos. Ello de por sí supone un anómalo desfase o falta de concordancia con las Resoluciones apeladas de 27 de junio y 12 de julio de 1983 del Juzgado, en que no hay ningún pronunciamiento relativo a esos extremos, pues ha de tenerse en cuenta que los puntos debatidos en ese extraño e inexplicable incidente de ejecución de sentencia finiquitado por el auto de 1 de junio de 1983 han quedado, por virtud de esta última resolución, enervados en su eficacia procesal, por cuyo motivo tuvo que iniciarse nuevamente la ejecución de la sentencia por el escrito de 20 de junio de 1983, que es el que dio lugar al proveído de 27 de junio del mismo año, que es de donde arranca el período procesal en que nos hallamos.

De lo precedentemente sentado se infiere que ha lugar al recurso pro-

movido, puesto que la resolución recurrida entiende que la del Juzgado da por buena una liquidación presentada por el señor N. L. con fecha de 30 de abril de 1980, que ni se alude en la sentencia ni tampoco en los proveídos del Juzgado apelados y resueltos por la Sala de Instancia en el Auto de 3 de febrero de 1984, lo que comporta la causa prevista en el primer inciso del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y la afirmación de que la obligación de pago no es solidaria, puesto que tal carácter ha de resultar en forma expresa en el título causal que lo produzca, que implica estar incurso la resolución de la Sala *a quo* en el segundo inciso de tal precepto, ya que está en contradicción con las determinaciones de la sentencia de instancia ejecutoria, según se ha visto por toda la serie de conclusiones expuestas precedentemente.

En esta inteligencia, es visto que la resolución recurrida, y en lo que atañe a la declaración de no solidaridad, pronunciándose expresamente en contra de ella, al decir (penúltimo considerando) «deducir tal cantidad de la deuda que corresponde al demandado-apelante de 1.000.000 de pesetas. .», desconoce la doctrina de esta Sala (Sentencias de 7 de octubre de 1982, 7 de abril de 1983, 7 de enero de 1984 y 26 de abril de 1985), según la cual «la no presunción de solidaridad establecida en los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil para las obligaciones pluripersonales, es inaplicable en aquellos supuestos en que la voluntad de los interesados excluye la mancomunidad, sin que sea preciso, para entender existente una clara intención en pro de la solidaridad, que en el contrato (o en el título causal) una expresión literal en este sentido, sino que puede ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico» y es evidente que si actúan los demandados asociados, aunque sea en forma irregular, expidiendo títulos de crédito y pago (letras de cambio) en forma indistinta con una firma distinta de la que contrata personalmente con ingreso de cantidades en cuentas corrientes de disponibilidad compartida, se manifiestan ante terceros en forma auténticamente solidaria, sin perjuicio de las interrelaciones de los demandados entre sí, que son irrelevantes para extraños, a los que les acomoda perfectamente el adagio *res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest*.

R. de A.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. SU DIFERENCIA CON EL MANDATO (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1986).

Es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad, no confundible con el de la representación, de tal manera que sólo pueden ser objeto posible de mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea, los que el mandante realizaría normalmente por sí mismo, que pertenecen a la esfera propia de su misma actividad y que nada impide poderlos realizar por medio de otra persona.

F. C. L.

COMPRAVENTA DE PLAZA DE GARAJE. RESOLUCION POR FALTA DE ENTREGA DE LA COSA (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

La venta de un piso en régimen de propiedad horizontal con derecho a una plaza de garaje, como anejo del mismo, constituye una venta de cosa específica, aunque nada se puntualice respecto a la plaza de garaje, debiendo entenderse que ha de ser suficiente para albergar automóviles de tipo medio; por lo que cuando esta finalidad no se cumple con lo que se entrega, no estamos ante un supuesto de pérdida de la cosa vendida a que alude el artículo 1.460 del Código Civil, sino que habrá de entenderse incumplida la obligación de entrega de la cosa, con los efectos del artículo 1.469 del Código Civil.

F. C. L.

DONACION MODAL. Artículo 661 del Código Civil. Leyes 7, 161, a), y 490 de la Compilación de Navarra

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que había confirmado íntegramente la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Estella, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que resultan claramente los hechos litigiosos.

Por mostrarse las partes de acuerdo, se recoge en las sentencias de ambas instancias que doña D. G. S., madre de los litigantes y de doña M. G. G., mediante escritura pública, otorgada el 25 de febrero de 1968 ante Notario, donó a su hijo don J. G. G. la finca litigiosa, imponiéndole «la obligación de donar a la hermana de éste, M. G. G., y cuando ésta lo reclame, la mitad de la finca descrita, cuya mitad será determinada a libre voluntad del donatario» (apartado segundo), constando la comparencia en el propio acto de don J. G. G., quien, en el apartado quinto, aceptó la escritura y la finca que por ella adquiría «con la condición estipulada de traspasar la propiedad de la mitad de la finca a su hermana M. G. G. cuando ésta se lo reclame» (*sic*), cosa que hizo formalmente la última, cual reconoció el demandado en el acto de conciliación de 24 de abril de 1982, en relación con las cartas de 10 de enero y 27 de febrero de 1980, así como al absolver posiciones, por lo que, en septiembre de este año 1980, se reunieron con peritos prácticos, a fin de determinar las porciones correspondientes a cada uno, pero sin que llegase a otorgarse la escritura de división material, pues que doña M. G. G., que había nombrado como única y universal heredera a su hermana doña B., falleció en 18 de febrero de 1981, todo lo cual originó la demanda de ésta contra su también hermano don J. y las sentencias condenándolo a entregarle las partes que le correspondían en la finca y a otorgar la escritura de segregación, al estimarse que existía una donación modal

o con causa onerosa, que doña M. había ejercitado el derecho que la escritura de donación a su hermano le reconocía y que produjo otro a su favor, que ingresó en su patrimonio, pasando a su heredera doña B., a virtud de disposición testamentaria, conforme al artículo 661 del Código Civil.

El primer motivo del recurso de casación, interpuesto por el representante procesal de don J. G. G., se trata de fundamentar en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documento auténtico, señalándose como tal la escritura de donación de 25 de febrero de 1968, que en su cláusula segunda impone la obligación de «donar» a doña M., cuando ésta lo reclame, la mitad de la finca, pero no a su hermana B., aunque sea su heredera, pues dicha mitad nunca entró en el patrimonio de doña M., que no llegó a aceptar la donación que le ofreció su hermano. Bastaría para rechazar el motivo consignar que reiterada jurisprudencia establece que los documentos sobre cuya interpretación se ha disentido en el juicio y resuelto en la sentencia, carecen de la autenticidad demostrativa que para la aplicación del error de hecho exige el precepto citado; y aunque una matizada doctrina (Sentencia de 7 de diciembre de 1979 y 19 de febrero de 1980) señaló que puede admitirse como tal el estudiado por el Juez cuando el documento contiene un dato olvidado por él (Sentencia de 30 de junio de 1982), ello no puede afirmarse en el presente caso, en el que en el considerando segundo de la sentencia de la Audiencia Territorial se dice: «... sin que la expresión contenida en el apartado segundo del otorgamiento de 'se impone al donatario la obligación de donar a su hermana y cuando ésta lo reclame, la mitad de la finca...' (*sic*) suponga existencia de otra donación, pues, en interpretación de tal documento, el empleo de términos inadecuados no deben desvirtuar el contenido de aquél y en este contexto el apartado 5.º de la referida escritura claramente expresa la «condición estipulada de *traspasar* la mitad de la finca», que es corroboradora de inexistencia de nueva donación, por lo que resulta inadecuada la alusión a la Ley antes referida —Ley 161, a), de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra—, en cuanto a necesidad de aceptación en escritura pública, o a la 7 de la referida Compilación». Por otra parte, si la donación es un negocio jurídico por el cual una persona, por voluntad propia, con ánimo de liberalidad (*animus donandi*), se emprobece en una parte de su patrimonio, en beneficio de otra que se enriquece, resulta contra naturaleza, contra la propia esencia del instituto, que la donación pueda imponerse, aunque sí quepa la donación modal, o la que impone, como en el caso que nos ocupa, una obligación de transmitir en determinadas condiciones, que ya no puede llamarse a su vez donación y que, consiguientemente, no necesita los requisitos y formalidades de ésta para que se lleve a cabo y tenga realidad la prestación de dar o hacer en que consiste: y por eso se viene afirmando que las convenciones son lo que son, con independencia del nombre que les den las partes, máxime si de su contenido y de otras expresiones utilizadas se desprende lo contrario, pues esencia de una cosa es aquello por lo cual esa cosa es lo que es y no otra, resultando contradictoria en sus propios términos la expresión del recurrente, vertida en el acto de la vista, de que «se le obliga a donar, no sólo a transmitir o traspasar».

El segundo motivo de la casación se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida de la Ley 490 de Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Privado de Navarra, párrafo primero, en cuanto determine que «las obligaciones deberán interpretarse conforme a la voluntad declarada que las creó, al uso y a la buena fe». Decae el recurso en este motivo por cuanto ya se ha dicho: no se impone una donación, sí una obligación, cuyo objeto es la prestación de transmitir (dar o hacer), bien que a título gratuito y sin las formalidades requeridas para aquélla, por lo que, ejercitado por doña M. su derecho-obligación de pedir, el derecho a la entrega de la cosa entra en su patrimonio, al cumplirse la condición, ya no es personalísimo y puede transmitirlo a su sucesora doña B., interpretación conforme con la voluntad de la donante, la naturaleza de las cosas y la buena fe. No hay, pues, aplicación indebida de una norma, que no se cita, pero que resulta conforme con el contenido del fallo.

El tercer motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega violación, por inaplicación, de la Ley 7 del Fuero Nuevo de Navarra o Compilación del Derecho Privado Foral, en cuanto dice «conforme al principio *paramiento fuero vience o paramiento ley vience* la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad», en el sentido de que la intención de la donante era que su hijo don J. donase, a su vez, a su también hija doña M. la mitad de la finca y que tal obligación ha devenido imposible por la muerte de dicha doña M., tal motivo, repetimos, decae por cuanto se ha estudiado en los motivos anteriores: no se ha desconocido la voluntad de las partes, simplemente se ha interpretado conforme a su intención, a la naturaleza de las cosas y a la buena fe, lo que no es inaplicar un precepto, que concuerda con el artículo 1091 del Código Civil, sino confirmarlo por el artículo 1.281 del propio texto legal, al ser contrario a la naturaleza de la donación y a la voluntad manifestada que «se obligue a donar» y no simplemente a «traspasar», transferir o ceder a favor de otro el derecho o dominio de una cosa, sentido genérico de traspasar según el Diccionario de la Real Academia Española.

COMENTARIO.—Además de la tradicional naturaleza atribuida a la donación modal o en que se impone una carga al donatario, consistente en ser una donación única con un elemento accesorio —modo o carga— que el donatario se obliga a cumplir por la aceptación de la donación y dado que la persona favorecida por el modo o carga exigió su cumplimiento, aunque éste no se hubiese consumado en vida de la misma, resulta evidente que se trata de un derecho transmisible a sus herederos, quienes se subrogan en la misma posición de su causante. Esta misma solución creo que sería defendible para el caso de fallecimiento de la persona favorecida sin haber ejercitado su derecho a pedir el cumpli-

miento de la carga o modo, salvo que se dedujese de la donación su carácter estrictamente personal a favor del fallecido o de los actos de éste resultase haber querido renunciar al mismo.

FRANCISCO CASTRO LUCINI

c) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—PARA DETERMINAR LA LEGISLACION APLICABLE ES PRECISO ATENDER A LA FECHA DE ORIGINACION DEL DERECHO, POR LO QUE EN ESTE CASO HA DE REGIR LA LEY ANTERIOR (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1985).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Pola de Laviana por los herederos del arrendatario fallecido, que habían sido demandados por el comprador de las fincas arrendadas sobre resolución de arrendamiento, siendo entonces cuando se conoció la existencia de la venta y las condiciones de la misma. El Juzgado desestimó la demanda y declaró no haber lugar al retracto, pero la Audiencia Territorial revocó esta sentencia y declaró la admisión del mismo.

No prosperó el recurso de casación. Las cartas del vendedor de las fincas dirigidas a la hija del arrendatario, así como la escritura de compra-venta de las mismas y los particulares del juicio de desahucio pendiente entre las partes no acreditan manifiestamente la renuncia anticipada de la arrendataria al retracto, puesto en marcha con la presentación de la demanda ni demuestran la extemporaneidad del ejercicio del derecho ni la extinción anterior del arriendo, asertos del recurrente fundados en meras conjeturas. No se extinguió el arrendamiento por fallecimiento del arrendatario, existiendo como herederos el cónyuge y los descendientes, pues aunque la demanda se presentó cuando el antiguo Reglamento de Arrendamientos Rústicos estaba derogado, la venta originadora del retracto acaeció el 24 de abril de 1980, casi un año antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. El criterio del recurrente olvida la regla general de irretroactividad que consagra el artículo 2.º del Código Civil y sus disposiciones transitorias, que obligan a atender a la fecha de originación del derecho para determinar la norma que le es aplicable, lo que confirma en materia arrendaticia la Sentencia de 9 de abril de 1984. La retroactividad de la disposición transitoria primera de la Ley de 1980 es de grado medio que sólo permite aplicar la normativa nueva a los derechos que nazcan después de estar ya vigente ésta, cual sucedería con el derecho de retracto derivado de una transmisión que hubiera tenido lugar, ya vigente la Ley de 1980, lo que no sucede en el caso presente.

REDUCCION DE RENTA.—PROCEDE LA REDUCCION DE LA RENTA EN UN 25 POR 100 CUANDO SE REDUCE EN LA MISMA PROPORCION LA COSECHA POR HABER DISMINUIDO EL CAUDAL DE RIEGO (SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1985).

Ante el Juzgado de Coria se presenta demanda pidiendo la resolución del arrendamiento, el pago de las rentas atrasadas y la indemnización de los perjuicios causados por la abusiva permanencia de los arrendatarios. Estos pidieron en la reconvencción el abono de las mejoras hechas y de los perjuicios causados en la cosecha última por la falta de riego. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y desestimó totalmente la reconvencción. Pero la Audiencia confirmó la anterior en cuanto a la demanda y estimó, en parte, la reconvencción, condenando a los actores a que abonen el importe de las mejoras, desestimando la indemnización en cuanto a los daños y perjuicios causados en la cosecha.

No ha lugar a la casación. La circunstancia de que el contrato de arrendamiento sea una continuación del de aparcería entraña una declaración fáctica que sólo puede combatirse por la causa cuarta del artículo 132 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, lo que no se hizo. La reducción de la renta en un 25 por 100, por haber sufrido la cosecha una reducción en ese porcentaje procede, ya que sólo podía operar en los supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor, tratándose de riesgos ordinarios no asegurables o cuando se pierdan más de la mitad de los productos que normalmente dé la finca, lo que declara probado la sentencia de instancia, por haber reducido el caudal de riego la comunidad de regantes y cuya circunstancia fue comunicada por conducto notarial a la propiedad, dando cumplimiento a lo señalado por el artículo 45 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, máxime cuando la renta fue señalada judicialmente ese mismo año, lo que pone de manifiesto que se encontraba plenamente actualizada, aseveración de orden fáctico que, inalterada en casación, hace decaer el motivo correspondiente.

DESAHUCIO.—NO SE DA EN LOS ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEGISLACION ESPECIAL LA TACITA RECONDUCCION DEL ARTICULO 1.566 DEL CODIGO CIVIL, CONSTANDO ADEMAS LA NO QUIESCENCIA DEL ARRENDADOR A LA PERMANENCIA DEL ARRENDATARIO EN LA FINCA DURANTE QUINCE DIAS SIGUIENTES A LA TERMINACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985)

Habiendo notificado el propietario al arrendatario su propósito de recuperar el cultivo de la finca al vencer el plazo contractual y no habiendo abandonado la posesión de la misma, se interpone demanda de desahucio ante el Juzgado de Antequera, que la estimó así como la Audiencia en apelación.

No triunfa el recurso de revisión. La acción entablada es la de expiación del contrato de arrendamiento de finca rústica, que se estimó

en ambas instancias, ya que el arrendatario no hizo uso de su derecho notificando su voluntad de prórroga al arrendatario y tampoco existe la prórroga tácita, ya que el arrendador expresó su deseo de recuperar las tierras. Ahora se propone la aplicación del artículo 1.566 del Código Civil, que no había sido alegado antes por el arrendatario y, por tanto, constituye cuestión nueva que impide revisar lo no propuesto ni decidido y, aun permitiendo el tratamiento del tema ahora propuesto, tampoco podría ser acogido, ya que es doctrina pacífica que la tácita reconducción no es aplicable a los arrendamientos sujetos a la legislación especial en razón a la existencia de la prórroga forzosa, que ha de ser ejercitada conforme a dicha legislación, siendo incompatible la tácita reconducción con la prórroga legal, pues la continuación del contrato no se puede producir por dos causas antitéticas y, además, ni siquiera se da en el caso concreto la aplicación del artículo 1.566 del Código Civil, ya que consta indubitadamente la no aquiescencia del arrendador a la permanencia en el disfrute de la finca por el arrendatario durante los quince días siguientes a la terminación del contrato.

DESAHUCIO.—PREVISTA EN EL CONTRATO LA ENTREGA DE LAS PARTES DE FINCA EN QUE SE FUERON LEVANTANDO LAS COSECHAS SUCESIVAMENTE, FIJÁNDOSE UNA FECHA EN LA QUE HA DE QUEDAR ENTREGADA TODA LA FINCA, ES ESTA ÚLTIMA EN LA QUE SE HA DE ENTENDER RESUELTO EL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1985).

En el contrato se previó que los arrendatarios quedaban autorizados para entregar las tierras a la propiedad, a medida que fueran levantando las cosechas. Antes del plazo contractual se manifestó el deseo de la propiedad de recuperar el cultivo de la finca de forma directa, pero, alegando los arrendatarios que la duración legal era la de seis años, se reconoció la vigencia de ese plazo. Antes del vencimiento del mismo, se requirió notarialmente y por conciliación a los arrendatarios por denegarse la prórroga legal, sin que abandonasen la finca, por lo que se interpuso demanda de desahucio ante el Juzgado de Osuna, que estimó la falta de legitimación pasiva de uno de los demandados y rechazó la demanda, declarando procedente la prórroga del arrendamiento. La Audiencia Territorial estimó la apelación y declaró no haber lugar a la prórroga.

Lo mismo mantiene el Tribunal Supremo. Los recurrentes estiman que existe oscuridad o contradicción en la cláusula que permite la entrega sucesiva de la finca, según se fueran levantando las cosechas, pero no es así, ya que dicha cláusula prevé la entrega sucesiva en el último año de aquellas partes de la finca en que se fueran levantando las cosechas para quedar entregada el 30 de noviembre, fijándose esta fecha para la entrega de la renta, por lo que, relacionado con lo anterior, hace clara la voluntad de las partes de extender las obligaciones de unas y otras y, por tanto, la vigencia del contrato hasta el 30 de noviembre. Consiguientemente la notificación efectuada a los arrendatarios el 4 de

noviembre de 1980 para que dejaran la finca el 30 de noviembre de 1981 es correcta, cumpliéndose el plazo legal del año de antelación, frente a lo que entendió el Juzgado de Primera Instancia.

RETRACTO.—ES NECESARIO CONSIGNAR LOS REEMBOLSOS PREVENIDOS POR EL ARTICULO 1.518 DEL CODIGO CIVIL PARA QUE SE ADMITA LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1985).

Se interpone demanda de retracto rústico ante el Juzgado de Berja, sin que ni éste ni la Audiencia de Granada admitan la existencia de este derecho.

Tampoco tiene éxito el recurso de revisión. El artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos exige para la validez y eficacia de la acción de retracto que se ejercite la acción dentro de plazo y que el retrayente verifique los reembolsos que previene el artículo 1.518 del Código Civil. El retrayente tuvo conocimiento de la venta y de sus condiciones el 7 de noviembre de 1978 y ejercitó la acción de retracto el 1 de febrero de 1979 por medio de un acto de conciliación, sin consignar el precio pese a ser conocido, lo cual implica el incumplimiento de los requisitos necesarios para lograr la viabilidad de la acción esgrimida, conforme dispone reiterada jurisprudencia, que declara no sólo que este plazo es de caducidad, sino también que aun cuando el acto de conciliación tiene virtud suficiente para interrumpir el plazo preclusivo, para que ello se produzca es necesario que se dé el requisito de la consignación del citado artículo 1.518 del Código Civil si el precio es conocido, lo que no se ha realizado aquí.

RETRACTO DE COLINDANTES—NO PROCEDE CUANDO LA FINCA QUE SE PRETENDE RETRAER NO TIENE LA CUALIDAD DE RUSTICA, DADO EL ESPIRITU Y FINALIDAD DE LA NORMA DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1985).

Ante el Juzgado número 1 de Mataró se interpone demanda de retracto de la finca colindante vendida, que tiene una extensión de 47 áreas, al amparo del artículo 1.523 del Código Civil. Tanto el Juzgado como la Audiencia admiten el retracto pretendido.

Prosperó el recurso de casación. La finca que se pretende retraer no es rústica, pues las normas se han de interpretar atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, habiendo recordado este Tribunal que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar el remedio de la excesiva división de la propiedad allí donde esta división ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza, finalidad que ha de orientar la aplicación del artículo a cada caso concreto, por lo que ambas fincas han de tener la condición de rústicas, hablando el precepto de tierras colindantes. A falta de una noción legal de finca rústica, la jurisprudencia

ha accedido a fijar criterios como el de la situación en el campo o en la ciudad, el aprovechamiento o destino: explotación agrícola o forestal frente a vivienda, industria o comercio y a la preponderancia de alguno de estos elementos si ambos concurren en el mismo predio o a la relación de dependencia que entre ellos exista sin olvidar los conceptos establecidos por las leyes arrendaticias, oponiéndose también la jurisprudencia a que la finalidad social del precepto sea eliminada, haciendo figurar un precio más elevado que el real o que proporcione un enriquecimiento que nada tiene que ver con la finalidad de aquél por ser el precio inferior al valor real de la finca, lo que ocurre en este caso es que se pretende adquirir una finca valorada en diez millones de pesetas por un precio diez veces inferior, sin que se advierta la presencia de la finalidad de extinguir minifundios, teniendo el retrayente su finca cedida a tres colonos distintos y la finca que se trata de retraer es una casa con un valor no inferior a los tres millones de pesetas, siendo el valor del suelo más el de las otras construcciones el de dos millones y medio, siendo, además el origen de las fincas la segregación de una matriz, operación de segregación de la que hay que excluir que condujera a la división excesiva de la propiedad territorial ni a crear el obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza en que pensó el legislador y que es la base de este retracto.

c') ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO.—LA REALIZACION DE OBRAS INCONSENTIDAS PRODUCE LA RESOLUCION SIN QUE SE PRUEBE NI LA AUTORIZACION TACITA NI LA IMPLICITA AL VERIFICAR EL CONTRATO PARA ADAPTACION DEL LOCAL (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1985).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Granada solicitando la resolución del arrendamiento de un local por obras inconsentidas. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó esta sentencia.

No tiene éxito la casación. El inquilino demolió un tabique de separación de dos dependencias sin que apareciera justificada la autorización verbal que se dice prestada por la actora y mucho menos el consentimiento tácito de la misma propietaria que el demandado pretende existió, sin que tampoco se pruebe la extralimitación del encargado de la obra al demoler el tabique de separación cuestionado, sino el mero cumplimiento por el ejecutor del trabajo de la orden recibida del inquilino. No se prueba la autorización implícita dada en el contrato para realizar las obras de adaptación que posibiliten el uso del local, tema nuevo no suscitado antes ni, por tanto, discutido la instancia ni se puede pretender que la reconstrucción del tabique produzca igual efecto excluyente de la resolución que la puesta a disposición del arrendador de la cantidad necesaria para volver la cosa arrendada a su primitivo estado, previsto en el

artículo 117 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que se produce en este caso una alteración de la configuración del local de negocio con lo que se puede aplicar el precepto sin una interpretación extensiva y correctora del texto legal, de todo punto inaceptable.

RETRACTO.—NO PROCEDE CUANDO EL INQUILINO LO ES SOLO DE UN PISO Y LO QUE SE VENDE ES UNA CASA DE CUATRO PLANTAS COMO UNA SOLA FINCA (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1985).

Tanto el Juzgado número 1 de Castellón como la Audiencia de Valencia desestimaron la demanda interpuesta por el inquilino de un piso, ya que se había vendido la casa entera, arrendada a varios inquilinos.

No corre mejor suerte el recurso de casación. Según el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para que el inquilino pueda utilizar el retracto hace falta que se trate de venta por pisos y en el caso debatido el objeto vendido fue una casa de cuatro plantas, correspondiendo un solo piso al retrayente habiendo declarado esta Sala que no ha lugar al retracto cuando se venden todos los pisos y en el Registro constan como una sola finca. Por tanto, al ser el recurrente arrendatario de una parte de la finca, menor que el total vendido, no resulta posible el retracto (Sentencias de 29 de enero y 9 de octubre de 1966 y 4 de mayo de 1982), pues la facultad que se concede al arrendatario para adquirir la propiedad se limita a lo que lleva en arriendo, debiendo rechazarse la supuesta preferencia adquisitiva porque implicaría en estos casos la imposición a los adquirentes y al transmitente de unas condiciones o pactos no queridos por ellos.

DESAHUCIO.—RESULTA PROBADO QUE SE ENTREGO AL ARRENDATARIO ALGO MAS QUE UN CONJUNTO DE BIENES COMERCIALES COMO ES EL FRUTO DE UN TRABAJO PROLONGADO EN EL TIEMPO QUE ES LO QUE CARACTERIZA AL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1985).

Ante el Juzgado número 3 de Oviedo se presenta demanda de desahucio de un establecimiento mercantil por haber vencido el plazo de cinco años estipulado por tratarse de un arrendamiento de industria, excluido de la legislación especial. No la admitió el Juzgado pero sí la Audiencia.

No prospera el recurso de casación. La sala sentenciadora no reconoció que el inventario fuera corto ni que no pudiera desarrollarse el negocio con el utillaje existente, sino que, por el contrario, reconoce que se transmite a la recurrente un negocio activo de bar, dotado de los útiles necesarios e incluso de clientela, sin que se justifique que la arrendataria fuera la creadora de la empresa o la hubiera modificado sustancialmente, revelando la entrega por el arrendador de algo más que un conjunto de bienes comerciales, cual es el fruto de un trabajo

prolongado en el tiempo que es lo que caracteriza al arrendamiento de industria y no la de un simple local en el que surge una industria *ex novo* que es lo que configura el arrendamiento de local, lo que no se desvirtúa por el hecho de que el arrendatario mejore las instalaciones, puesto que es consecuencia de la lógica perfectibilidad inherente a toda actividad industrial, sin más alcance que adaptar el destino de la industria a las necesidades sentidas por el auge que adquiere, pero sin que determine alteración de su inicial naturaleza.

RETRACTO.—PROCEDE EL RETRACTO CUANDO EL PISO HA SIDO VENDIDO A UN ANTERIOR INQUILINO QUE NO OCUPABA LA VIVIENDA. AUNQUE EL DERECHO DE RESOLVER EL ARRENDAMIENTO POR INCURRIR EN CAUSA DE EXCEPCION A LA PRORROGA ES RENUNCIABLE, NO SE PUEDE ADMITIR ESTA RENUNCIA CUANDO SE PERJUDICA A UN TERCERO QUE ES EL ACTUAL INQUILINO (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1985).

Vendida la vivienda que ocupa un inquilino a otro anterior, interpone demanda de retracto, accediendo a ella el Juzgado número 3 de Barcelona, pero la Audiencia lo revocó, por lo que el arrendatario acudió al juicio declarativo correspondiente ante el Juzgado número 1 de dicha ciudad, que estima la demanda, aunque la Audiencia vuelve a revocar esta resolución.

Triunfa el recurso de casación. El recurrente desistió de adquirir la vivienda que ocupaba por ser el precio pedido muy superior al correspondiente a la capitalización de la renta que determina la Ley, enterándose posteriormente de la venta efectuada, a través del Registro de la Propiedad, figurando como precio el de 205.000 pesetas, interponiendo la demanda, que no admitió la Audiencia por no haber probado el recurrente su condición de inquilino. Tanto la certificación del Padrón Municipal como del D.N.I. demuestran que el adquirente no vivía en el piso desde 1959 y otra certificación de la Caja de Ahorros de la Sagrada Familia acredita que se concede al inquilino ocupante un crédito hipotecario para el pago del piso. Al no conceder fuerza probatoria a estos documentos la sentencia impugnada es errónea. Por otra parte, al recurrente se le ofreció el piso en un precio muy superior a la que se hizo al recurrido, lo que evidencia mala fe, contra la exigencia primaria del artículo 7.º del Código Civil en concordancia con el 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que sanciona también el abuso del derecho, lo que debió apreciarse en este caso, como se hizo en primera instancia, no pudiendo calificarse las falsedades cometidas como simples manifestaciones inexactas ni estimarlas intrascendentes a efectos jurídicos, ya que el reproche ético al que alude la sentencia es el que tiene en cuenta la Ley para impedir que aquello que se reprocha pueda obtener consecuencias jurídicas como en este caso se concedieron. El anterior inquilino incurrió en causa de excepción a la prórroga al no ocupar más de seis meses y la resolución del arrendamiento es un derecho renunciabile, pero siempre que esta renuncia no perjudique a tercero (art. 6.º CC), que

en este caso es el recurrente, existiendo reiterada jurisprudencia que niega el derecho de tanteo y retracto al que no ocupa la vivienda, demostrando así que no la necesita. En cambio sí reunía las dos condiciones: inquilino y ocupante el ahora recurrente, por cesión del inquilino anterior, consentida tácitamente por el arrendador, siendo lícito deducir ese consentimiento de la mera pasividad en el ejercicio de las acciones correspondientes.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE SE VENIA EJERCIENDO ANTES EL MISMO NEGOCIO Y SE HA VENIDO EXPLOTANDO SIN SOLUCION DE CONTINUIDAD. CUALQUIERA DE LOS COMUNEROS PUEDE EJERCITAR ACCIONES QUE APROVECHAN A LOS DEMAS, AUNQUE NO ALEGUE EN LA COMPARECENCIA QUE LO HACE EN NOMBRE DE TODOS ELLOS (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1985).

La demanda solicitando el desahucio de un negocio de bar es admitida tanto por el Juzgado número 1 de Santander como por la Audiencia de Burgos.

El Tribunal Supremo mantiene la misma doctrina. El objeto de la locación unitaria fue, por un lado, una vivienda y, por otro, un arrendamiento de industria, habida cuenta de que, con anterioridad, se ha venido desarrollando la misma industria o negocio de bar, según se deduce de la prueba y se ha venido explotando sin solución de continuidad, lo que indica que se transmitió una organización productiva con elementos materiales suficientes para funcionar y asumir una actividad productiva sin necesidad de más elementos, aunque se fueron introduciendo otros que ampliaban o perfeccionaban los existentes, pero que en nada afectan a la calificación del arrendamiento como de industria, siendo accesoria la vivienda, integrando un solo contrato al que es de aplicar la normativa de resolución contractual del artículo 1.581 del Código Civil, lo que determina la resolución por expiración de plazo. Cualquiera de los comuneros puede ejercitar la acción en nombre de los comuneros, según reiterada jurisprudencia, especificándose en alguna de las sentencias (Sentencias de 7 de marzo de 1959 y de 25 de marzo de 1958) que se pueden ejecutar en beneficio de todos los copartícipes acciones encajinadas a obtener la resolución de un arrendamiento, beneficio que lógicamente se produce a favor de los demás, si prospera la acción, como dijo la Sentencia de 6 de febrero de 1984 y sin que sea preciso que especifique en su comparecencia que lo hace en su nombre y en el de los demás condóminos.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EN EL ARRENDAMIENTO SOLIDARIO, AL FALLECER UNO DE LOS ARRENDATARIOS SE SUBROGA EL SUPERVIVIENTE. LA RENUNCIA DE ESTE A FAVOR DE LA VIUDA DE SU HERMANO VIABILIZA LA RESOLUCION CONTRACTUAL POR SUPONER LA INTRODUCCION DE UN TERCERO EN LA RELACION ARRENDATICA (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1985).

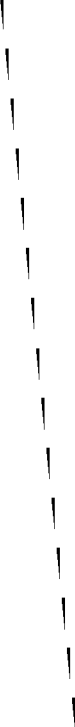
Fallece uno de los arrendatarios solidarios y se notifica la subrogación de su esposa en el arrendamiento, que fue rechazada por el propietario y renunciando luego el otro arrendatario a su derecho se le notifica que no procede la subrogación de la esposa de su hermano, por lo que debe desalojar el local y dejarlo a disposición del propietario, presentando demanda en tal sentido ante el Juzgado número 2 de Granada, que lo desestima, aunque la Audiencia acepta la tesis del actor.

Confirma la misma doctrina el Tribunal Supremo. Se convino la solidaridad *inter partes* y, por tanto, al operarse el fallecimiento de alguno de los arrendatarios solidarios se produce la automática subrogación en su puesto de los supervivientes, por lo que se atribuye al recurrente su condición de arrendatario único. La Ley de Arrendamientos Urbanos, al contemplar la subrogación arrendaticia se refiere a arrendador y arrendatario únicos y aunque dichas figuras pueden pluralizarse no conlleva el que hayan de aplicarse las mismas reglas cuando se ha pactado la situación de solidaridad, haciendo uso de la libertad contractual establecida por los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil. Por tanto, la sentencia recurrida ha obrado dentro de la lógica jurídica y del Derecho positivo al cortar el camino a la subrogación que pretende el recurrente al amparo del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el caso contemplado es de solidaridad pactada, no impuesta, sujetando dicha situación y a quienes la convinieron a las consecuencias de la referida institución, entre las cuales se encuentra la subrogación automática del arrendatario o arrendatarios supérstites en lugar del fallecido. Por otra parte, la renuncia del arrendatario a favor de la viuda de su hermano sin estar autorizado ni tener derecho para ello comporta la introducción de un tercero ajeno a la relación contractual que viabiliza la resolución contractual instada en base a lo establecido en el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y jurisprudencia que lo interpreta. Las sentencias que cita el recurrente como favorables a su tesis no aluden al tema de la solidaridad, sino que, por el contrario, la doctrina sentada por la Sentencia de 14 de febrero de 1964 lo que hace es corroborar la que se ha desarrollado anteriormente y mantuvo la sentencia impugnada, razones que conducen a la desestimación de los motivos de casación.

C. R. R.



INFORMACION
BIBLIOGRAFICA



PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Derecho Administrativo (organización y empleo público)*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1986. Un tomo de 376 páginas.

La materia jurídica administrativa es, de suyo, bastante abstrusa desde siempre. Ahora lo es mucho más por el imparable incremento que experimentan los diversos organismos públicos que nos rigen. El libro que comentamos comienza diciendo que la Administración es una gran organización o, si se quiere, un conjunto o galaxia de organizaciones estructurales a diversos niveles: el básico o primario lo constituyen los 8.000 municipios que existen en España; sobre ellos, al margen de la posible existencia de niveles intermedios como la isla o las comarcas, están las provincias; a su vez la Constitución de 1978 ha creado 17 Comunidades Autónomas y, por encima, es un decir, está la Administración del Estado cuyas competencias (a veces teóricas y limitadas, añadimos) se extienden a todo el territorio nacional, con una organización jerarquizada y piramidal en cuyo vértice está el Gobierno.

Con estas certeras pinceladas esquemáticas inicia su libro el autor, catedrático de la Universidad Nacional a Distancia, que lo destina (aunque no lo diga, se ve) a la iniciación y enseñanza de los estudiantes de Derecho. Vaya, de entrada, un aplauso al lenguaje conciso, la exposición clara y el trato adecuado de la materia, de tal modo que se ha logrado hacer fácil y accesible lo que es farragoso por naturaleza.

Precedida de una introducción, esta obra se divide en cuatro partes dedicadas a la Administración territorial y especializada y al empleo público, para terminar en la Administración europea, estudio ahora obligado y de moda desde que somos más o menos comunitarios. Como cabecera de cada uno de los capítulos se incluye una extensa bibliografía de obras generales o especializadas y de artículos y trabajos monográficos que puede servir de guía para aquellos que busquen ampliar la materia en el tema concreto de que se trate. Con ello se suprimen las notas a pie de página que, si bien pueden tener su utilidad, no pocas veces distraen el hilo discursivo.

I. *Introducción.*—Aquí se estudian los indispensables principios teóricos precisos para comprender la organización administrativa, empezando por la potestad organizatoria como conjunto de facultades de la Administración para configurar su estructura. Si esta era inicialmente una facultad exclusivamente regia, con la llegada del constitucionalismo se escinde esta potestad de organizar en varios niveles: En cuanto al Estado, se reserva al poder legislativo la creación, modificación y extinción de

entes territoriales, la regulación del Gobierno y organización de la Administración Central, entre otros. En cuanto a las Comunidades Autónomas, habrá que estar a sus respectivos Estatutos. Los órganos municipales y provinciales se regulan por la Ley de Régimen Local.

Cada una de las unidades en que se descompone la organización de un ente público se llama órgano administrativo y el autor estudia la teoría general de los mismos y sus clases. También se examina la medida de la capacidad de cada ente u organismo, o sea, el concepto de competencia, pudiendo ser fijada ésta de acuerdo con los criterios de jerarquía, territorial o por razón de la materia:

- En cuanto al primero, son necesarias dos condiciones: existencia de una pluralidad de órganos con competencia material coincidente y prevalencia del órgano superior sobre el inferior.
- El aspecto territorial puede enfocarse de modos diversos, según se sigan los criterios de centralización o descentralización, con modelos bien significados según las distintas épocas y sistemas.
- Por razón de la materia, la descentralización funcional es una técnica generalizada, creando funciones o servicios especializados.

Por supuesto, no siempre son nítidas las fronteras y la delimitación de competencias da lugar a conflictos que la ley se encarga de reglar en busca de soluciones. Con la Constitución de 1978, nos dice el autor, las posibilidades de conflictos se amplían notablemente, no sólo entre los poderes clásicos del Estado, sino por la creación de las Comunidades Autónomas. Entre el Estado, las Comunidades y los municipios pueden surgir numerosas cuestiones a oponer por roces de competencias.

Termina el capítulo con el desarrollo de los interesantes puntos sobre el control de la actuación administrativa, la coordinación deseada y no siempre obtenida y la participación de los diversos órganos.

Título II. La Administración Territorial.—Empieza con el capítulo que se refiere en primer lugar a la Administración del Estado. Bajo este rótulo genérico se comprende el poder ejecutivo estatal, o sea la Administración pública, que tiene a su cargo la gestión en todo el territorio nacional de aquellos servicios y funciones que se consideran fundamentales a toda la comunidad. Con arreglo a la legislación vigente, examina el libro al Gobierno y las figuras del Presidente, ministros y demás cargos de los distintos departamentos. También se recoge con detalle la Administración llamada periférica, reflejada en los Gobiernos Civiles de provincia y las nuevas figuras de los Delegados en las Comunidades Autónomas.

La organización territorial puede establecerse a diversos niveles, de modo que varias administraciones se superpongan en una especie de pirámide cuya base son los municipios y la cúspide el Estado. La organización municipal nació, en su configuración actual, con la Revolución Francesa y se ha generalizado en aras de un deseo de uniformidad, prevaleciendo el criterio del número de habitantes sobre el puramente territorial. Este se ha dejado sólo para la división en provincias, señalando el autor que, en general, se han frustrado los intentos de otras divisiones infra-

provinciales. Otra frustración fue la división en regiones y ahora andamos en plenas probaturas de un nuevo modelo de organización territorial que es el autonómico.

En el capítulo IV se aborda el estudio de estas Comunidades Autónomas que nacen con la Constitución de 1978, inspirada en el principio de la autonomía territorial. Esta se desarrolla en dos vertientes: la creación de nuevas colectividades territoriales y otra el rompimiento de la antigua subordinación de los entes locales a la Administración del Estado. El autor hace algunas críticas al sistema (¿y quién no ha criticado al célebre Título VIII?), tales como que la Constitución no enumera cuáles han de ser las Comunidades que compondrán al Estado, ni se establece una clara delimitación de competencias; en efecto, las provincias (no todas, que se lo cuenten a Segovia) se convirtieron en su momento en sujetos decisivos de la estructura territorial; y en cuanto a la asignación de competencias, los artículos 148 y 149 no son definitorios, sino que constituyen un simple marco para el establecimiento a través de los respectivos Estatutos, con el resultado de una desigual y arbitraria atribución de competencias. Tras un estudio del desarrollo del proceso autonómico, aborda los problemas de la distribución de competencias, sus límites teóricos, los sistemas de control de los entes autonómicos y la organización de las Comunidades y sus efectos y repercusiones sobre el organigrama general del Estado.

El municipio y la provincia se estudian en los capítulos V y VI, con arreglo a los criterios clásicos y tradicionales, aunque con los naturales retoques introducidos por las nuevas normas, tanto en sus órganos básicos como en las competencias y régimen de funcionamiento, con bastante concisión y conceptos claros y asequibles.

Título III. La Administración especializada.—Bajo este título genérico se estudia la Administración institucional, la corporativa y la consultiva y de control.

Por Administración institucional se entiende a las organizaciones de que se sirven los entes territoriales para cumplir funciones concretas de servicio público o intervención; los entes institucionales se caracterizan por la especialidad de sus fines y la dependencia de un ente territorial. Algunas veces estos entes adoptan formas jurídicas tomadas del Derecho privado y a él sujetan todo o parte de su actividad; ello obedece a un cambio en la concepción política que se concreta en la superación del dogma liberal de la incapacidad industrial del Estado para asumir la prestación directa de servicios comerciales. El libro contempla la regulación de los organismos especializados locales y de las diversas clases de entidades estatales autónomas, las llamadas empresas de economía mixta, los consorcios de entes públicos y los entes especializados con autonomía real, todo lo cual constituye una variada gama de interesantes figuras.

La Administración corporativa es como un límite entre los entes públicos y los privados, como una frontera poco definida que se traduce en la aplicación de un régimen jurídico mixto entre público y privado. Las corporaciones no territoriales o entes asociativos son agrupaciones forzosas de particulares creadas por el Estado que, aun defendiendo

intereses particulares, desempeñan funciones de interés general con atribución de facultades públicas. Se estudia la evolución, el marco constitucional y régimen jurídico de estas corporaciones y en especial de los colegios profesionales, cámaras oficiales y federaciones deportivas.

La Administración consultiva se integra por órganos y procedimientos de diversa naturaleza, según la función que cumplen y la comunicación con el órgano activo al que asesoran. Como figura clásica y central, el autor examina el Consejo de Estado y también el de Planificación Económica. Además, la Administración cuenta con unos servicios de asesoramiento jurídico y defensa en juicio que antes corría a cargo del prestigioso Cuerpo de Abogados del Estado y que ahora ha pasado a lo que se llama Servicios Jurídicos del Estado. El control puede ser de tipo interno, que lleva la Intervención General de Hacienda o las inspecciones de servicios y de tipo externo como el Tribunal de Cuentas, en el ámbito contable o financiero, o las comisiones parlamentarias y el Defensor del Pueblo en lo político o social.

Título IV. El empleo público.—Aquí se estudia todo lo referente a la función pública como conjunto de elementos humanos del Estado que tiene a su cargo las funciones y servicios públicos; también se contempla el régimen jurídico a que está sometido.

Tras reseñar comparativamente los más salientes sistemas occidentales, entra en el examen del sistema español que se inicia con el constitucionalismo cuando recibe al modelo francés y evoluciona hasta la vigente Ley de 2 de agosto de 1984. Siguiendo esta norma legal estudia las clases de empleo público, la incidencia de las Autonomías en el funcionamiento, la gestión del sistema y la exigencia de imparcialidad e incompatibilidades a los funcionarios. En cuanto a su régimen de trabajo, se repasan los preceptos constitucionales y legales vigentes en general y especialmente los temas de sindicación y huelga.

Todo el complejo entramado de la relación funcionarial se estudia en los dos últimos capítulos de este título, empezando por su concepto y naturaleza, sistemas de ingreso y promoción en la carrera, derechos de inamovilidad, retribuciones, seguridad social y derechos pasivos. Igualmente se estudian los deberes de los funcionarios y su responsabilidad en el ejercicio del cargo, sea civil, penal y disciplinaria o interna, explicando los procedimientos para su efectividad.

Título V. La Administración de las Comunidades Europeas.—Tras el Tratado de Adhesión es lógico y obligado que sepamos en qué consiste esta organización, cuyo último paso de momento es el Acta Unica Europea, recientemente ratificada por España. En una exposición breve y clara, el autor explica que se trata en realidad de tres Comunidades, aunque ya están unidas por tener finalidades y hasta órganos comunes. Estos órganos son el Consejo de Ministros, que coordina las políticas económicas de los Estados miembros; la Asamblea, que ejerce funciones de deliberación y control, y la Comisión, que garantiza, mediante funciones de gestión, el funcionamiento y desarrollo del mercado común. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo interpreta el Derecho comunitario y puede anular los actos o disposiciones de las instituciones comunitarias

no ajustadas y entiende de los recursos contra los Estados miembros por incumplimiento de los Tratados.

La integración en la CEE supone algunas incidencias en la Administración interna española, proyectándose en las relaciones del Gobierno con el Parlamento y con las Comunidades Autónomas.

Como final, el libro se ocupa de la función pública comunitaria y el personal que la integra, estudiando su régimen de reclutamiento, carrera y situaciones, así como sus derechos y responsabilidades.

No queremos terminar el comentario sin decir de nuevo que en este libro se ha conseguido el difícil equilibrio entre la altura conceptual y terminológica y la claridad y sencillez en la exposición. Miel sobre hojuelas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PAU PEDRÓN, A.: *Curso de práctica registral*. ICAI, 1986.

El autor de esta obra, amigo, compañero y superior jerárquico, me pone en un serio aprieto al pedirme la recensión del libro y exigirme la plena objetividad en una cariñosa dedicatoria del mismo. El aprieto no es porque no se lo vaya a hacer objetivamente, cosa en mí habitual antes y después de nuestra singular democracia, sino porque en el arranque del tema, en nota y letra pequeña, niega la distinción entre Registros Administrativos y Jurídicos y lo argumenta con la misma razón que hace años lo hizo en Puerto Rico JOSÉ MENÉNDEZ, en una de las comunicaciones que presentó al Congreso de Derecho Registral allí celebrado («La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros de bienes»). El argumento es el siguiente: «Si pensamos que todos ellos (al igual que el de la Propiedad y los titulados de jurídicos) están constituidos y se rigen por *disposiciones normativas*, habremos de concluir que, en definitiva, todos los Registros son jurídicos, porque no hay razón para exoterizar el concepto de lo jurídico con significados minimizadores de alcance pseudocientífico».

A mí aquello, y esto que dice PAU PEDRÓN, me sonó muy mal y puse mi punta de lanza, sobre todo cuando hice la recensión de un curioso libro procedente de Chile y del que es autor mi gran amigo FUEYO LANERI. Este autor —bajo la idea de una publicidad genérica— citaba dentro de los Registros jurídicos al «Registro municipal y Registro nacional de conductores de vehículos motorizados; los Registros de pesticidas y armas; Registros de caballos de sangre pura de carreras, etc.». Si partimos de la identificación entre lo normativo y lo jurídico, quizá tengan razón todos los autores que militan en esas ideas, pero si lo jurídico lo identificamos con el Derecho o se ajusta a él, resulta dificultoso identificar el Derecho con la norma, pues partiendo de esa identificación tendríamos que considerar como jurídico lo que se ajusta a ella, pero no debe olvidarse que no toda norma es Derecho y que dentro del mismo puede distinguirse uno justo y otro injusto. Jurídico sería lo que se ajusta a un Derecho justo.

La tesis del autor no es tanto negar la distinción apuntada, sino

entender que hay diferencias entre unos y otros, pero que no provienen de esa denominación, sino de la información que suministran, que en unos casos es administrativa y en otros es de «seguridad jurídica». Puestas así las cosas el tema se abre en amplitud para ser discutido en otra ocasión, pues con ello se salva la tentativa doctrinal de la unificación cuando, no sólo la Constitución española (art. 105) admite la distinción, sino que leyes como la reciente de Sociedades Anónimas Laborales (Ley 15/1986, de 23 de abril) habla de dicha distinción (art. 4.º). Claro que, puestos a bromear, también tenemos una *vedette* llamada «Norma Duval» que ni es administrativa ni jurídica.

El autor, por todo ello, desarrolla su teoría distinguiendo ambas clases de Registros analizando sus caracteres, su finalidad y su función, finalizando lo que denomina Introducción del libro con las diferentes clases de Registros de seguridad jurídica (patrimoniales, personales, de actos y mixto). Precisamente esta clasificación es la que le sirve para desarrollar el contenido del libro y a la que nos ajustamos en esta recensión.

A) *Registros patrimoniales*.—Dentro de esta «singular» clasificación de los Registros que el autor aporta frente a la vieja distinción que hiciera NÚÑEZ LAGOS en el año 1949 con su disección entre Registros de títulos, de derechos reales, de titularidades, de documentos, etc., están los «patrimoniales». A mí se me antoja esta denominación discutible, como la que emplea hace poco CAPEROCHIPÍ al hablar del Registro de la Propiedad como Registro de «fincas». Los cimientos de una tradicional concepción están sufriendo un duro golpe no ya en sus denominaciones, sino en su esencia conceptual.

Dentro de los Registros Patrimoniales incluye el autor el Registro de la Propiedad, el Registro de la Propiedad Intelectual, el de la Propiedad Industrial y el Registro de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Cada uno de ellos se examina detenidamente, recorriendo el concepto y la legislación que lo regula, el fundamento, la organización, el objeto, el procedimiento, la eficacia y el conocimiento. Estos esquemas se repiten pedagógicamente en cada uno de los Registros que se exponen y examinan.

B) *Registros personales*.—Sitúa el autor solamente dos clases de ellos, uno el Registro Civil (que NÚÑEZ LAGOS recuerdo lo calificaba como de «hechos jurídicos», muerte, nacimiento, matrimonio, etc.) que verdaderamente refleja los distintos acontecimientos de la persona humana y los que se refieren a las personas jurídicas, en su modalidad de Registro General de Sociedades.

C) *Registro de actos*.—El autor elige dos para su inclusión en este apartado: el Registro de venta a plazos y el de actos de última voluntad. No es posible entrar en una discusión doctrinal, pero mientras en el Registro de venta a plazos la proyección reside en el negocio jurídico de la transmisión, en el de actos de última voluntad —por supuesto negocio unilateral de disposición— no se acredita más que un hecho jurídico: el otorgamiento de un testamento. En el de ventas a plazos hay un contrato y en el otro un hecho jurídico.

D) *Registro mixto*.—El Registro mixto está representado para el autor por el Registro Mercantil y quizá sea muy acertada la calificación que del mismo hace, ya que de una parte reconoce que el Registro otorga publicidad respecto a los buques, aeronaves y participaciones sociales y el resto se refiere a personas: sociedades, comerciantes individuales y sociales.

La obra culmina con unos apéndices prácticos en los cuales se expone a base de formularios la historia registral de una finca, las formas de solicitar y manifestar la publicidad registral y de los diferentes Registros que se incluyen en la clasificación. Se añade, como era de esperar en un jurista investigador, una nota bibliográfica de carácter sumario, dada la finalidad de la publicación.

La asepsia de la recensión no impide, por supuesto, que en esta fase final hable del prólogo —magnífico prólogo— que la obra lleva firmado por el excelentísimo señor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, en el que, aparte de hacer citas históricas del planteamiento del Registro de la Propiedad, vierte en el mismo los merecimientos y aportaciones que el autor hace en su labor como publicista y como Subdirector de la Dirección General de los Registros. Lo hace no solamente con el reclinatorio de la amistad, sino con el testimonio vivo de una realidad demostrada en obras y quehaceres. Obras son amores y no buenas razones. Yo me uno —y no empujo el botafumeiro— a todo lo que el prologuista dice.

En el prólogo se hace alusión a la nueva generación de Registradores de la Propiedad a la que pertenece el autor de la obra y yo —perteneciente a generaciones pasadas— me siento aludido. Es un toque de atención que ya se me dio hace tiempo: hay que ceder «testigos» para continuar la carrera. En eso estoy. Por ello —y sin perjuicio de que termine mis dos compromisos de recensión de libros— declaro que voy a tomarme en esta publicación, un año «sabático», aunque en la ley mosaica el año sabático —si se cumplen los cuarenta— puede convertirse en «jubilar». Va a ser un año de barbecho —como en las tierras de pan llevar—, pero que me va a servir para reflexionar sobre si mis recensiones deben llevar ese punto de humor que algunos no toleran, sobre los conceptos de libertad de expresión en su formulación constitucional y en su reflejo real y, sobre todo, en ese ejercicio de censura de aquellas publicaciones que coartan el principio de acceso a la cultura. Hay que reflexionar «sabáticamente» y pensar que el mantener «columnas a cuerpo limpio» desgasta, produce grietas en mi sonrisa habitual y, sobre todo, aleja de mí lo que siempre he rechazado: el utilizar como símbolo la mochila y el bastón de mariscal.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

AMORÓS GUARDIOLA, M., y PAU PEDRÓN, A.: *Jurisprudencia registral (1978-1985)*. Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1986.

Inicialmente, el título de la obra y el período de tiempo a que se refiere parecen configurarla como la necesaria continuación cronológica de la *Jurisprudencia registral*, de ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL, cuyo últi-

mo tomo, comprensivo de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del período 1964-1977, vio la luz en 1980. Y, efectivamente, en cierto modo es así, pero sólo a medias, pues junto al texto íntegro de las resoluciones habidas durante esos años y su correspondiente índice alfabético de materias, se transcriben, convenientemente resumidas, las Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la propia Dirección General citadas en ella, lo que supone una importantísima novedad en relación con otros trabajos semejantes. Trabajo, así, enormemente laborioso y acorde con la brillante trayectoria jurídica de los autores.

Describiendo brevemente su contenido, el libro aparece dividido en dos partes fundamentales. En la primera se recoge el texto de las resoluciones, distribuidas a su vez en tres secciones distintas: Registro de la Propiedad, Registro Mercantil y Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. El texto de dichas resoluciones se transcribe tal como aparecieron en su día en el *Anuario* de la Dirección General, precedidas del resumen de su contenido, tal como se recoge en dicho *Anuario*, y anotadas a pie de página, como antes se indicaba, con la doctrina *ad hoc* de las Sentencias del Tribunal Supremo y otras Resoluciones de la propia Dirección citadas en ellas.

En la segunda parte del libro se recogen los índices, muy completos, con el siguiente desglose:

I. Cronológico, de resoluciones, que agrupa, con dicho orden y la misma división de la primera parte, todas las resoluciones transcritas en la obra.

II. Alfabético de materias, igualmente dividido, como las resoluciones, en tres partes. Se transcriben fundamentalmente, debidamente ordenados, los índices alfabéticos contenidos en los *Anuarios* de la Dirección General. A mí particularmente nunca me han convencido demasiado tales índices de los *Anuarios*, al simplificar mucho los conceptos de busca, las «entradas», no agotando todos los tocados, directa o indirectamente, por cada resolución.

Es por ello este índice alfabético lo que, puestos a hacer alguna crítica a este magnífico trabajo, podría ser objeto de mejora.

De todos modos, la posible insuficiencia del mismo queda de sobra compensada y suplida por los restantes índices, fundamentalmente el de disposiciones citadas.

III. Cronológico de jurisprudencia citada. Dividido en tres apartados comprensivos, respectivamente, de Resoluciones y Sentencias del Tribunal Supremo relativas al Registro de la Propiedad, Resoluciones y Sentencias relativas al Registro Mercantil y Resoluciones relativas al Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Ordenadas cronológicamente, van seguidas de la resolución en que se cita.

IV. De disposiciones citadas, que, como antes decía, junto al índice alfabético es quizá el más útil de la obra. Comenzando por el Código Civil y Código de Comercio y siguiendo por orden alfabético con los

demás cuerpos legales, se indican en él los diferentes artículos de los mismos atados en cada resolución, concluyendo con un cajón de sastre referente a «otras leyes y disposiciones especiales».

V. Comentarios a las resoluciones—Como el anterior, es también una buena novedad, reseñándose en él todas las resoluciones contenidas en el libro, seguidas del autor o autores de comentarios a las mismas y la revista o revistas en que se publicaron.

Todo ello hace de esta obra un instrumento valiosísimo para el estudio de la jurisprudencia registral del período a que se refiere, siendo de esperar que tenga continuación en años sucesivos.

JORGE SALAZAR GARCÍA

VASSEBERG, D. E.: *Tierra y sociedad en Castilla. Señores, «poderosos» y campesinos en la España del siglo XVI*. Editorial Crítica, Barcelona, 1986. 331 págs.

Conocía su libro anterior *La venta de tierras baldías, el dominio público y la corona en Castilla durante el siglo XVI*, aparecido en Madrid en 1983. Ahora, en este, quiere el autor ampliar el objetivo y proporcionarnos una visión de la propiedad y sus diversos titulares en el mismo siglo; mayor número de cuestiones, materiales seleccionados, en suma, una idea de la propiedad de la tierra que permita entender mejor la España de los Austrias...

Una bibliografía esencial, pero, sobre todo, su propia investigación en Simancas y en los archivos de las chancillerías de Valladolid y Granada—aparte otros— proporciona materiales muy sugestivos. Unos cuantos autores de los siglos XVI y XVII, colecciones de cortes o la recopilación—usa la Novísima de 1805— le permiten enfrentarse con profundidad a sus temas. La organización del libro es sencilla: primero la propiedad pública, capítulos 1 a 3; después la privilegiada de nobles y clérigos, el 4, o la no privilegiada de burgueses o campesinos, el 5, para terminar con otros dos capítulos que yo denominaría de cuestiones varias. Después me explicaré...

La propiedad pública es compleja en el antiguo régimen. Para entenderla con precisión analiza cada uno de sus sectores, con buen saber y con referencias inéditas que permiten ver, en la realidad de los pleitos o de los documentos, qué son y qué sentido posee cada uno de estos bienes Baldíos o presura, derrota de mieses.. nos dan una primera idea de aquellas tierras amplias, de la corona o de los pueblos, así como del uso comunal en favor de todos de propiedades privadas, al poder aprovecharse los rastrojos o aprovechar el fruto no recogido... En los municipios, bienes y comunales y de propios, en los que insiste en los repartos gratuitos de lotes o suertes, cuando parece más usual los arrendamientos en subasta, según COSTA. No sé si es que en el Siglo de Oro eran menos o la documentación que utiliza le distorsiona un tanto... Los propios, desde *Partidas* (3, 28, 10) producen rentas y sufragan, en buena

parte los gastos del municipio .. En los comunales va precisando sus distintos tipos: egido, dehesas, cotos, prados, montes... En cada uno los ejemplos dan una visión más rica; sin embargo, falta una visión dinámica, de sus transformaciones, análoga a la que dio A. M. BERNAL, para un ámbito concreto: me refiero a su «Haciendas locales y tierras de propios, funcionalidad económica de los patrimonios municipales (siglos XVI-XIX)», *Hacienda pública española*, 55 (1978), 285-312

En la propiedad nobiliaria o eclesiástica le ocurre otro tanto. A una descripción de la nobleza y de su propiedad, le sigue un planteamiento que parece tender hacia una línea de desenvolvimiento: origen de esta propiedad en las concesiones de la reconquista e incremento de los latifundios. Pero la explicación es, tal vez, algo pobre: sobre si el latifundio es bueno o malo y la sana intención de los individuos a aumentar su propia hacienda (pág. 38). Tampoco se extiende bastante —en mi opinión— sobre la explotación de las tierras por arrendamientos o enfiteutas. El patrimonio de la Iglesia se concentraba en torno a algunas ciudades —Alcalá de Henares— y consistía, sobre todo, en tierras de labranza; su crecimiento, que origina protesta en las Cortes, apenas se frena con alguna desamortización... Algunos monasterios y otros, tenían señoríos, como también las órdenes militares, controladas por la corona, que concedía sus encomiendas...

La propiedad campesina —sobre la que recoge datos nuevos— no significaba mejor situación del campesino, que podía encontrarse en mejores condiciones siendo enfiteuta, desde luego, o incluso arrendatario; por cierto, el autor no distingue bien ambas situaciones (págs. 143, 161 ó 270), lo que enturbia alguna vez su análisis. En todo caso, en Andalucía o en Castilla existe una propiedad campesina libre, aunque es difícil de cuantificar para el siglo XVI. Es desigual según zonas y poblaciones, pero tal vez sería del 20 al 30 por 100, según recoge de SALOMÓN, para Castilla la Nueva. La distribución es diferente, entre campesinos ricos y pobres .. La presencia de propiedades de hidalgos ponía en peligro la campesina propiedad, por lo que se procuró limitar esa entrada, sin resultados. Quienes vivían del campo podían ser nobles terratenientes o hidalgos, labradores acomodados, pequeños campesinos y jornaleros; VASSBERG se esfuerza en precisar situaciones y conceptos, para poder analizar mejor. NOEL SALOMÓN trabajó sobre las *Relaciones topográficas* de Felipe II, para comprobar que los ricos labradores que aparecen en el *Quijote* son auténticos personajes del Siglo de Oro, no ficciones. En este libro, en cambio, se intenta, desde materiales más amplios, reconstruir una imagen de la sociedad rural. Por fin, unas notas sobre las adquisiciones de tierras por parte de la burguesía de las ciudades en su alrededor; pretenden tener una base económica de propiedad de las tierras —dudan de los juros de la corona—, sin cambiar los modos de explotación de las mismas. Mientras en Valencia o en Cataluña esa extensión de la propiedad burguesa es mucho más tardía, en Castilla —Madrid, Valladolid, Guadalajara y otras, es muy precoz—. En zonas alejadas, menos pronta, como puede verse en GARCÍA SANZ, en su estudio de Segovia.

En los últimos capítulos, 6 y 7, se abordan diversas cuestiones, agrupadas como cambios en la producción y la propiedad —el primero de ellos— y el creciente malestar rural, el otro. Parece que se intenta dina-

mizar la descripción de las propiedades hecha en los anteriores. La primera gran línea de transformación es el incremento de roturaciones, debido a una mayor población, que presiona sobre la ganadería —el *ager* vence al *saltus*, cultivo sobre pastos, y, desde luego sobre la *silva*, con la destrucción de bosques—. Como derivación y como adelanto técnico, la sustitución de los bueyes por mulas, completa el cambio; estos híbridos, más rápidos y con mayor facilidad para el desplazamiento o el acarreo, supusieron mayor posibilidad para los labriegos. A continuación acota unas cuantas cuestiones: el incremento de precios agrícolas por la demanda americana, los ingresos reales por concesiones de villazgo, con numerosos pleitos, o las licencias de cotos o cercamientos y, por fin, venta de baldíos que tan bien conoce. ¿Cómo afectan estas realidades al conjunto que está trazando? Tan sólo en venta de baldíos se permite concluir que los labradores no pudieron sostener las cargas derivadas de sus adquisiciones, lo que provocó su quiebra, al fin, arrastrando otras propiedades; cayeron de nuevo en el abandono o se adquirieron por nobles o ricos burgueses; las Cortes de 1598 achacaron a las ventas de baldíos el declive de la agricultura castellana... Las Cortes o los arbitristas —me atrevo a añadir— señalaron otras muchas causas: el problema es decidir, en un modelo coordinador de cuanto conocemos, la situación y causas de la decadencia en la agricultura hispana...

El último capítulo —el creciente malestar rural— reúne varios núcleos. En primer lugar, vuelve sobre los precios y mercados, locales a que acude el campesino y otros más amplios en que comercian intermediarios. Vuelve a retomar la idea de que el hundimiento de precios, cuando cesó la exportación a América, así como el proteccionismo de tasas y limitaciones, afectó con dureza al labrador. Los Ayuntamientos, con una especie de «mercantilismo municipal», regularon precios y estancaron géneros, dominaron molinos. Los reyes también cooperaron con tasas de cereales de 1502 a 1512, 1539 en adelante... Posiblemente se transgredían con facilidad, pero, con todo, es difícil concluir sus consecuencias. El clima era seco, con lluvias no regulares; el rendimiento, desigual, según años y lugares, en todo caso, reducido. El endeudamiento campesino, debido a la transformación de una agricultura tradicional de auto-suficiencia en otra inserta en un mercado, quizá también a los censos consignativos —recuérdese que asimismo lo atribuía a la compra de tierras baldías— serían ocasión de dificultades. También el pago de las rentas, tanto enfitéuticas como de aparcería... O el sistema tributario. Si añadimos —del capítulo anterior— los problemas derivados de dos tipos de agricultura, la musulmana y la cristiana, con fuerte presencia de ganados, en esta última, podemos afirmar que el panorama se hace muy complejo, demasiado...

Creo que este es el mayor vacío que tiene este libro. Me parece admirable una descripción abierta de todos los sectores y problemas, pero hay que hacer un esfuerzo para organizarlos y escalonarlos. Creo que hubiera sido conveniente ensayar hipótesis coordinadas, con un sentido dinámico, para que la riqueza de sus materiales y de sus observaciones —no le quito un ápice de valor— alcanzase una comprensión mayor del Siglo de Oro. Si la conclusión última es, tan sólo, la miseria

del campesino que no es capaz de producir excedente para «las hordas burócratas, clérigos, soldados y otros miembros no productivos de la sociedad», será menester volver sobre estas cuestiones para demostrarlo.

MARIANO PESET

Multipropiedad: Confronto a più voci. Actas del Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de Bari en mayo de 1984. Giuffrè, Milán, 1986.

Organizado por LELIO BARBIERA y moderado por UGO NATOLI el Seminario se celebró con motivo de la publicación casi simultánea de cinco monografías sobre el indicado tema. Salvo GUIDO ALPA, al mismo concurren los autores de las mismas —CASELLI, CALÒ y CORDA, CONFORTINI y SANGIORGI—, quienes expusieron sus respectivos planteamientos. Los asistentes, estudiosos sobre la materia, arquitectos y abogados y «víctimas» o multipropietarios experimentados, efectuaron interesantes observaciones que se comprenden en el breve e interesantísimo volumen objeto de estas notas. La conclusión, a cargo de NATOLI, fue negativa: todavía no ha llegado el momento para una segura definición del supuesto en sus diversas modalidades.

A la exposición de los autores preceden unas palabras introductorias de BARBIERA, TARTARANO y SPINELLI. El primero estima que en el período justiniano se produjo la revolución copernicana de la división horizontal de la propiedad, la superación del principio *ad inferis usque ad sidera* al reconocerse la propiedad superficiaria desde la que se alcanza la horizontal moderna y la multipropiedad, materia cuya vitalidad e interés son manifiestos. TARTARANO resalta que no son sólo los problemas teórico-jurídicos los que dimanen de esta propiedad-eclipse, sino los múltiples supuestos de hecho en que se ofrece en la praxis. SPINELLI apunta que el motivo esencial del fenómeno radica en la necesidad social de alcanzar una residencia estacional a precio moderado y que el uso limitado de la misma implica una permanente actividad de gestión externa.

Las fórmulas han sido muchas. Las más difundidas son la multipropiedad accionaria francesa, de escaso éxito en Italia, la hotelera, con esquemas estrictamente inmobiliarios, societarios o simplemente locativos; la arrendaticia y la inmobiliaria pura. Todas ellas con sus innúmeras ventajas e inconvenientes. La enunciación no es exhaustiva y en muchos de los esquemas utilizados no puede hablarse de multipropiedad, aunque es denominación que se ha popularizado y hay que aceptarla: desde los societarios hasta aquellos en que prima lo obligacional, excluyendo el *erga omnes*.

CASELLI expone su postura favorable al derecho real atípico. Infinidad de limitaciones internas y externas, constitutivas y obligatorias, no permiten configurar el supuesto como derecho de propiedad. Siempre precisa la concurrencia de varias personas en la comunidad y en la gestión, que raramente es ejercitable en forma inmediata y directa. Por su duración y posibilidades de transferencia se distingue del usufructo, la habitación o el arrendamiento y su comparación con la comunidad aparecen tan

profundas coincidencias como diferencias: mayorías, cambio de destino, perpetuidad. Igualmente son sustanciales sus discrepancias con la propiedad horizontal por lo que encuadrándose con la importante doctrina que rechaza la existencia del *numerus clausus* en la normativa italiana, lo considera como un derecho real atípico. Y es que la ley, basada en estructuras que se alteran diariamente, no puede regular fórmulas de goce de bienes que van apareciendo. ALPA y BESSONE lo expresan con claridad meridiana y RESCIGNO ha estimado que los fondos de inversión, cada vez más numerosos, dadas las reducidas posibilidades de la inversión no colectiva, implican una redefinición del derecho de propiedad.

CALÓ y CORDA estiman igualmente que la propiedad cíclica es un desafío a la cultura jurídica tradicional. Su especialidad se inicia ya con los *slogans* propagandísticos que atraen con la fascinación del derecho de propiedad, eliminando el aspecto negativo de los gastos y riesgos de la gestión. No nos hallamos ante una comunidad simple: ni hay mayoría, ni períodos o cuotas alterables ni posibilidad de transformación o disolución. Sólo una unanimidad difícilmente alcanzable puede conseguir tales objetivos. Preocupaba el problema del *favor divisionis*, pero legalmente, o por la jurisprudencia o la doctrina, ha sido solventado en muchos países. Italia tiene una norma casi idéntica a la española, pero la doctrina no es tan pacífica. Nuestros autores se inclinan hacia el supuesto de una nueva forma de propiedad y creen que, a semejanza de lo que ocurre en Estados Unidos, a la vista de la documentación de cada caso concreto puede configurarse la naturaleza de la institución. La ley portuguesa ha creado un *direito de habitação periódica*, real y atípico, opinión que comparten algunos italianos. Pero todo derecho real supone una propiedad. O es que ¿acaso existe una comunidad entre los titulares de los derechos reales sobre cosas comunes?

CONFORTINI se sitúa en el ámbito de la propiedad calificada por sus módulos temporal y espacial. El nombre de ALLARA, a cuyas tesis se remonta, simboliza el encuentro entre propiedad y tiempo: éste no incide directamente sobre el contenido del Derecho, sino que se refiere al objeto del mismo. La propiedad, a juicio de ALLARA, tolera limitaciones temporales hasta aquel extremo en que la cosa pierde toda su utilidad.

El tiempo, en este caso, no es una línea recta; es algo circular. La propiedad cíclica es una manifestación de un derecho perpetuo sobre un espacio limitado temporalmente. El tiempo es el parámetro para la individualización del objeto a que se refiere el interés y la ciclicidad periódica permite multiplicar la situación de dominio por el número de unidades de medida del tiempo. Cosa, espacio y tiempo son las palabras clave del fenómeno multipropiedad, las que aparecen en los *slogans* publicitarios agitándose sobre aquel *esprit de la propriété qui sommeille chez tous les italiens*.

La postura de SANGIORGI es casi idéntica a la de CONFORTINI. El fenómeno no sólo es presentado en la praxis italiana como un caso de propiedad, sino encuadrable en el condominio, requiriendo, dentro del mismo, una reglamentación adecuada paralela a la que adoptan los titulares de derechos de agua para su uso. La propiedad adopta múltiples formas que van desde la simplicidad de la del polo-helado a la complejidad

de la del fundo rústico. Cada una tiene su configuración, con sus limitaciones, su catálogo de derechos y deberes.

Las intervenciones de los asistentes al seminario son del mayor interés y algunas en grado superlativo. Hay que destacar, en primer término, la de ENRICO QUADRI, que después de referirse a la cuarta dimensión de la propiedad o de indicar que tanta referencia a la misma produce la sensación de estar fuera de su esquema, ofrece, para futuras conclusiones, una muestra de los problemas dimanantes de la multipropiedad, que encubre supuestos muy distantes. Si los problemas de gestión carecen de trascendencia para las integradas por dos o tres titulares, en cambio cuando estos son centenares o millares y están concretadas en dilatados complejos turísticos u hoteleros la construcción del reglamento adecuado, ante una normativa muda y posiblemente limitativa, es obra propia de un ingeniero jurídico, tal vez de un artista. La gestión deja de ser algo estático, rutinario. El paso del tiempo requiere la adopción de nuevos servicios, la reestructuración de los antiguos o importantes obras de readaptación que deben estar respaldadas por mayorías conscientes y organizadas, no por unanimidades imposibles de obtener. La imprevisión de posibilidades futuras, o indudables necesidades, debe estar al alcance de soluciones relativamente fáciles de adoptar. Tal vez por ello sugiere para la multipropiedad un modelo cooperativo encuadrado, en su caso, en un consorcio de cooperativas, lo que contribuiría a satisfacer los propósitos básicos de este instituto tan lleno de vida socialmente como vacío de directrices legales.

Por su parte, PAOLO SILVESTRO estima que la multipropiedad es una singular mezcla de comunidad y reglamento, de derechos reales y personales que se asimila a institutos a los que poco se adapta. En muchos casos el alojamiento prima sobre lo inmobiliario; el servicio predomina. Indudablemente existe un acoplamiento real de situaciones societarias, inmobiliaria y de servicios. Tal vez habría que reconsiderar la experiencia societaria francesa que, además de una mejor organización, eludiría las dificultades de la disolución.

ANGELA LEZZA insiste sobre la carencia de orientación unitaria en la doctrina, aunque ciertamente los supuestos son muy variados. Si por una parte ofrece las características propias de un derecho real, por otra las limitaciones considerables en el ejercicio del derecho le distancian de la propiedad. Tal vez habría que considerarlo un derecho real atípico. El *numerus clausus* no debe considerarse un obstáculo insalvable para que la autonomía patrimonial pueda erigir figuras con las que atienda a necesidades vivas y con ansias de perfección.

CARLO GRANELLI, veterano estudioso del tema, presenta una brillantísima exposición, muy completa, de la proteiforme tipología del instituto concretando en ejemplos aquellos casos en que predomina la propiedad, en que propiedad y servicios se conjugan y aquellos otros en que la propiedad carece de relieve o trascendencia. Sobre ellos enuncia las doce construcciones jurídicas levantadas con indicación de los autores, paladines de cada una.

La ley es muda, los reglamentos, por lo general, simples y expresivos de la posición predominante, abusiva, del promotor. Los litigios que han de suscitarse son muchos y en ellos los legisladores hallarán las bases

de las futuras normas. Señala absurdos que hay que superar sin traumas: perpetuidad, unanimidad, imposibilidad de renuncia. Existen en las comunidades ordinarias y exigen soluciones complejas, pero no difíciles en la multipropiedad. Sugiere que la heterogeneidad del instituto acaso pudiera hallar un encuadre adecuado en la fórmula de las cooperativas de responsabilidad limitada, tesis por él sostenida anteriormente y que halló eco en GHIDINI y TONDO.

PIERCARLO CAPARRELLI nos recuerda su ponencia de 1979, tiempos en que se consideraba a la multipropiedad como un tipo particular de comunidad y se destacaba la importancia considerable del descubrimiento de su perfil temporal. Entonces la consideró un derecho real atípico, situado en zona intermedia entre la propiedad y los derechos de goce que más que una cotitularidad provocaba una coexistencia de derechos cuyo objeto estaría constituido no por un bien, sino por fracciones de utilización del mismo separadas por el tiempo. El concepto fue hallado anómalo en la sistemática tradicional. Nuestro autor estima que acaso ello sea cierto, pero que las conclusiones de otros tratadistas tampoco deben estimarse demasiado sólidas, por lo que cree prudente no pronunciarse definitivamente.

El publicista LOIODICE constata la creciente transformación de industrias hoteleras en crisis en institutos de multipropiedad en el que el antiguo dueño asume, sin riesgo de pérdidas, la gestión o ésta queda a cargo de los copropietarios que pueden ejercerla directamente o por tercera persona natural o jurídica. VITTORIO CHIATA, arquitecto, se consagra a la garantía de la permanencia de los servicios y la posibilidad de intercambios. La promoción de grandes multipropiedades puede representar cuantiosas inversiones, pero sus beneficios sorprendentes. ALDO MATTERA concluye que sólo se transmite un paquete de servicios, destacando los graves inconvenientes de la carencia de una regulación legal, aun esquemática.

El Abogado y multipropietario CARLO D'ADDABO aporta con su ciencia su amarga experiencia: abusos de promotores, deficiencias y conflictos de los servicios más elementales que constituye un «programa» sin el que la participación inmobiliaria carece de interés. Los promotores se limitan a traspasar la «patata caliente» a una demanda de ingenuos cuyo calvario aumenta con el transcurso del tiempo. ELENA DE LEO se centra en la transcripción registral del fenómeno. Aunque los Registros fueron creados para inmuebles y derechos reales, con la propiedad horizontal o los arrendamientos han admitido reglamentos o derechos personales con efectos contra terceros. No ve inconveniente en que puedan transcribirse los estatutos de multipropiedad.

MARIO COMPORTI, después de detallar los diversos planteamientos sobre su naturaleza (principalmente comunidad con reglamento, propiedad especial, derecho real típico o de goce atípico y condominio atípico) se pronuncia contra la erección en dogma inmutable del principio meramente histórico del *numerus clausus*, base de todo el problema. Ya abandonado en el medioevo, fue restablecido por la codificación napoleónica, justificándose con la facilidad de circulación de bienes y garantía de terceros. Pero la aparición de la propiedad multiforme muestra los grandes inconvenientes que del mismo se derivan.

MICHELE CONSTANTINO estima desenfocados muchos planteamientos y relaciona la multipropiedad circular con la titularidad de usos de agua. Las relaciones entre multipropietarios deben excluirse de la zona de los derechos reales, lo que le conduce a la titularidad única, indivisa, excluyendo los títulos de propiedad independientes. Y así como en el uso del agua hay que tener siempre en cuenta la regularidad del manantial en la multipropiedad el flujo de los servicios adquiere la condición de columna vertebral. Nos hallamos ante un fenómeno complejo. SELVAROLO, por su parte, comenta la utilidad del instituto para liberar a los promotores de porciones inmobiliarias residuales, de difícil enajenación, enumerando curiosos ejemplos de modalidades de contratos de venta (reserva del derecho de utilizar por el vendedor o personas por él designadas durante once meses al año y durante quince años el apartamento vendido ..). Los promotores sólo se preocupan de que la propiedad-vacación, de tanto éxito, funcione sólo durante algunos años, pasados los cuales su figura queda diluida. Si la previsión es más dilatada se reserva la gestión, fuente de sabrosos ingresos. La mayoría de los adquirentes no tiene más que una vaga idea de lo adquirido.

Los ponentes CASELLI, CALÒ, CONFORTINI y SANGIORGI proceden a la réplica: El primero insiste en la naturaleza de derecho real atípico del fenómeno; CALÒ destaca la necesidad de tutelar al adquirente tanto en el momento inicial como en el del ejercicio de su parcela de utilización; CONFORTINI abunda en ello, concretando infinitos riesgos de los multipropietarios y la necesidad de una rápida elaboración legislativa que tenga en cuenta los diversos tipos que la realidad presenta, y SANGIORGI menciona la «propiedad integrada», la relación entre multipropietarios y ente de gestión. Del mismo modo que no se puede ser propietario de un sofisticado ordenador sin tener garantizado su mantenimiento, la multipropiedad exige una perfección en los servicios, unas previsiones para supuestos extraordinarios y, sin excepción, una delicada y compleja organización.

UGO NATOLI pone el broche final al Seminario con la conclusión ya anotada al principio: la materia no está madura. Dudas y precauciones surgen desde diversos ángulos. Sus comentarios sobre las intervenciones producidas son amplios, interesantes y, en ocasiones, críticos. Son bienes todas las cosas que pueden ser objeto de derecho, no sólo las «que *tangí possunt*». El tiempo está en función del contenido del derecho y no del objeto mismo. Posiblemente más que de perpetuidad debiera hablarse de indeterminación: el recuerdo de lo ocurrido con la enfiteusis, sus evoluciones y asesinato, es base de previsiones. La copropiedad o condominio no es la concurrencia o coexistencia de varios derechos de propiedad sobre un mismo objeto, sino la cotitularidad de un solo derecho: el de propiedad. La reflexión profunda se impone en un tema sobre el que no se ha alcanzado su fase decisoria.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BADIOLA GONZÁLEZ, M.: *Código de las normas autonómicas del País Vasco*. Editado por la Universidad de Deusto, Bilbao, 1986. 2.715 páginas (más XCIX de prólogo, recomendaciones de uso y sumario).

No es revelar ninguna novedad el decir que la búsqueda de las disposiciones legales (en el sentido más amplio de esta expresión) constituye hoy, en muchas ocasiones, una tarea nada fácil para el jurista.

La actual incontinencia normativa de los poderes públicos (por otra parte reveladora de un estado de cosas que justificaría un análisis más profundo de aquel fenómeno que el que hasta el presente se ha hecho por la doctrina) da lugar con frecuencia a la necesidad de que el «operador del Derecho» dedique considerable esfuerzo a la búsqueda de la norma aplicable al caso que tiene entre manos, quizá susceptible de ser objeto de uno u otro tratamiento en función a veces de una modesta regla de mínimo rango normativo, pero cuyo desconocimiento —como decía— puede ser clave para la resolución del supuesto de hecho.

Todos sabemos cuántas veces nos acosa, en un trabajo de investigación o forense, el temor de que el aparato legal que tenemos a la vista sea incompleto o conducente a erróneas interpretaciones por una defectuosa concordancia, o una eventual equivocación en su vigencia, o falta de constancia de una norma modificativa de su alcance o determinante de su interpretación.

De ahí que agradezcamos las obras —frecuentes en los últimos tiempos— de recopilación legal, cuando no se limitan a ser un mero almacén de disposiciones, sino que constituyen armónica organización de ellas.

La necesidad de estos libros crece como consecuencia de un fenómeno nuevo entre nosotros: la irrupción de las Comunidades Autónomas en el mundo de la producción normativa, bien sea por obra de los Parlamentos, bien por la de los Gobiernos de aquéllas.

En este marco es en el que ve la luz la obra que nos ocupa, representativa del mejor hacer en ese importante sector de la producción científica a que antes me refería.

Y no me desdigo de la expresión («producción científica»), ya que, en efecto, lo es —cabalmente— el libro del Profesor BADIOLA, por tratarse de una obra completa, perfectamente sistematizada y, lo que es más importante, dotada de un aparato de referencias o concordancias verdaderamente admirable.

Es una obra, en primer lugar, *completa*. En efecto, en ella se reúnen todas las disposiciones emanadas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, tanto legislativas como reglamentarias, así como las que antes procedieron del Consejo General Vasco, Ente Preautonómico antecedente de la situación actual. Este estadio preautonómico constituye la primera parte de la obra (págs. 1-119) y la segunda es la dedicada a la presente fórmula de Comunidad Autónoma (págs. 121-1833). En una y otra se incluyen, además, las principales disposiciones que, no procedentes de la Comunidad, se refieren al proceso autonómico del País Vasco.

El anexo primero (págs. 1835-1855) recoge toda la actividad legislativa

del País Vasco en la I y II Legislatura, tanto en su modalidad de proyectos como de proposiciones de ley.

El anexo segundo (págs. 1857-2150) reúne todos los anuncios del Tribunal Constitucional sobre procesos en trámite en los que ha sido o es parte la Comunidad Autónoma (elemento de capital importancia, porque pone de relieve la existencia de los correspondientes litigios y, en su caso, las suspensiones de normas que en ellas se ventilen) y todas las Sentencias del Alto Tribunal dictadas en los procesos en que la Comunidad haya sido parte.

Los índices cronológicos y analíticos (págs. 2153-2533) son, así como el sumario existente al comienzo de la obra, extraordinariamente pormenorizados y completos. Pero lo que más elogio merece es la minuciosidad del índice analítico, elaborado además con un criterio acertadísimo de elección de conceptos y fórmula de remisión (que responde a la ingeniosa sistematización del libro). Llamamos la atención sobre este extremo porque la confección del índice no es sólo revelador del trabajo benedictino que caracteriza a toda la obra, sino sobre todo porque pone de manifiesto lo que a veces se olvida (y de ahí las frustraciones que a veces acarrearán libros de similar naturaleza), esto es, que elaborar un índice adecuado supone algo que ni el más perfecto ordenador electrónico puede tener: criterio técnico-jurídico para saber todo lo que en una disposición legal interesa y es preciso extraer.

Cierran la obra unas *addenda* obligadas por la magnitud del empeño. Dado que el libro se cerró al 31 de diciembre de 1985, su laboriosa composición (producto entre otras cosas de su enorme volumen) ha movido al autor a incluir en estas *addenda* las disposiciones publicadas desde aquella fecha hasta el 200 de octubre de 1986, es decir, hasta casi el momento de la aparición de la obra, lo que hace de ella un trabajo prácticamente «al día»

Estas *addenda* recogen no sólo disposiciones de ese período reciente, sino también los datos de la actividad legislativa del Parlamento Vasco y de la del Tribunal Constitucional en ese lapso, en correspondencia con la parte segunda y los dos anexos del libro.

En segundo lugar, como antes decía, es esta una obra dotada de un *sistema*. No se trata de una recopilación o un repertorio (y ser sólo eso ya la habría hecho valiosa), sino que la formación científica del autor se manifiesta en la visión sistemática que del ordenamiento jurídico vasco se lleva a cabo, por cuanto las disposiciones se ordenan conforme a un método, una estructura, perfectamente ajustadas a los criterios dogmáticos hoy dominantes, perfeccionados además con una fórmula de identificación que resulta muy original y notablemente útil para la consulta y eventuales actualizaciones de la obra.

Las partes primera y segunda (esto es, las que versan propiamente sobre disposiciones legales) tienen la misma división interna, en siete títulos.

El primero trata de las «normas institucionales», esto es, las que determinan los fundamentos jurídicos de la Comunidad Autónoma y del *status* de sus ciudadanos.

El título II encierra las «normas sobre transferencias de competencias

y servicios», tanto desde el Estado como desde los Territorios Históricos y Entes locales.

El III se refiere a las «normas sobre configuración de los poderes», desglosando las especialidades en la proyección autonómica de los poderes estatales, de un lado, y de otro la configuración de los poderes propios de la Comunidad (Legislativo, Ejecutivo, problemas en torno al Judicial).

El IV tiene por objeto las «normas sobre medios instrumentales», desde el régimen general de la Hacienda hasta el capítulo de convenios y acuerdos de colaboración y de cooperación, pasando por presupuestos, contabilidad, tributos y finanzas, contratación, personal y función pública, etc.

El título V trata de las «normas sobre acciones sectoriales», esto es, distinguiendo por campos de actuación: economía y planificación, finanzas, industria, energía, agricultura y alimentación, etc., hasta Administración de Derecho privado.

El título VI contiene las «normas sobre Territorios Históricos y Entes locales», con una sistemática interna ajustada a los títulos precedentes: Aspectos institucionales, transferencias, configuración de poderes, medios instrumentales y acciones sectoriales

Por fin, el título VII se refiere a las «normas sobre Derecho privado, penal e internacional».

Como también decíamos antes, el carácter científico de la obra se acredita con su tercera nota: *las concordancias*

Es, sin duda, el rasgo más valioso, expresivo de que el autor domina y conoce a la perfección la materia de su obra. Porque las disposiciones no se presentan sin más (aunque precedidas de una difícil sistematización), sino que están anotadas con profusión de referencias, remisiones y concordancias que permiten entenderlas como debe ser, es decir, formando parte de un todo orgánico, de suerte que olvidar o desconocer una de esas notas puede constituir causa de incompleto análisis de la disposición consultada o, lo que es más grave, desfiguración de ella.

El autor, por otra parte, realiza una a nuestro juicio muy acertada ponderación de las disposiciones, presentándolas en unos casos en texto principal y a veces en nota.

En suma, estamos ante una obra de gran valor científico y de máxima utilidad para todos los que nos desenvolvemos en el mundo del Derecho, bien en su aplicación, bien en su investigación.

Es digno de señalarse el acierto de la Universidad de Deusto al haber publicado este libro y del Instituto Vasco de la Administración Pública (del Gobierno vasco) por haber cooperado a esa publicación.

Permítasenos una sugerencia: el autor (cuya calidad de fino jurista esta obra confirma) se halla en magníficas condiciones, en razón al formidable trabajo que ha realizado, para actualizarla periódicamente (proponemos que al menos cada año) y hacer así que resulte dotada de forma permanente de la categoría técnica y utilidad práctica que ostensiblemente concurren en ella.

No puedo terminar sin una nota personal: mi justificada y grata

enhorabuena al autor, que hace años era discípulo en quien apuntaba su ya probada (en muchos terrenos) *vis* de jurista y que ahora forma parte de nuestro Claustro para satisfacción de todos.

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: *La hipoteca en garantía de letras de cambio*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1987.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1973 —que, de una manera directa y por primera vez, afrontaba los problemas registrales de la llamada hipoteca cambiaria— declaró no haber obstáculo para la inscripción de una hipoteca que aparece reconocida en el ordenamiento legislativo, aunque de manera incompleta e insuficiente. Y añadía: «ya que esta deficiencia legal puede ser en varios aspectos eficazmente suplida por la actuación de Notarios y Registradores, que, como órganos cualificados, contribuyen así al desarrollo del Derecho a través de su actividad creadora y calificadora, al confirmar jurídicamente aquellos actos de la vida real carentes, en mayor o menor grado, de regulación legal» (cuarto considerando).

El reto lanzado por la Dirección General a Notarios y Registradores no hay duda que fue aceptado, pues, quince años después, los frutos están a la vista: a las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973 (que trataron los problemas de legitimación para recurrir gubernativamente contra notas de suspensión o denegación en escrituras de hipoteca cambiaria, la primera de ellas; la admisión sin reservas de estas hipotecas, el problema de identificación de las cambiales, el pacto de vencimiento anticipado y la utilización del procedimiento judicial sumario, la segunda), han seguido toda una serie de pronunciamientos, consecuencia de la depurada labor de calificación notarial y registral para una mejor solución de los problemas básicos que la figura plantea. Han sido estos: Resolución de 31 de octubre de 1978 (reiterando la admisión de estas hipotecas y sobre identificación con los datos y circunstancias de las cambiales, hipoteca única en garantía de varias letras y pacto de vencimiento anticipado, que acepta con condiciones); la de 18 de octubre de 1979 (sobre determinación del acreedor-tenedor, datos de la letra que deben llevarse a la escritura, hipoteca única en garantía de varias letras sin distribución de responsabilidad y pacto de pago anticipado); la de 23 de octubre de 1981 (sobre hipoteca de letra girada a la propia orden, distribución de responsabilidad y ejecución parcial, nuevamente sobre el pacto de vencimiento anticipado y, por primera vez, sobre renovación de letra asegurada con hipoteca); la de 2 de septiembre de 1983 (sobre titulares registrales de la hipoteca y lugar de pago); y, por último, la de 14 de octubre de 1986 (rechazando la calificación de cambiaria para la hipoteca que garantiza el crédito subyacente)

A esta labor de calificación y su eco en el Centro directivo hay que añadir el esfuerzo de los estudiosos, que ha producido trabajos que se cuentan ya por decenas. Pues bien, en este punto creo que la apelación

de la Dirección a Notarios y Registradores se quedó corta y debió incluir, desde luego, a aquellos juristas que, desde la Universidad, se acercan, cada vez con más frecuencia —y, por supuesto, con alto nivel científico— a los temas jurídico-hipotecarios.

Buena parte de ello es el libro objeto de comentario. Su autor, JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Córdoba, pertenece a la cada vez más rara especie de Profesores formados en las grandes Universidades europeas —como es la de Bolonia, en su caso, y con maestros de tanto prestigio como MICHELE GIORGIANI y WALTER BIGIANO, entre otros—. Con esta obra se sitúa en el grupo de civilistas-hipotecaristas que, como COSSÍO, CASSO, MARÍN, LACRUZ, SANCHEO REBULLIDA, DÍEZ-PICAZO, CRISTÓBAL MONTES, CANO TELLO, ALVAREZ CAPEROCHIPI, etc., se han percatado de la trascendencia, cada vez más acentuada, del fenómeno de la publicidad jurídica, y han acometido el estudio de los temas registrales-inmobiliarios desde niveles científicos que parecen querer desmentir la tradicional creencia de que el Derecho Hipotecario ha sido una ciencia oculta de Notarios y Registradores (MARIANO HERMIDA LINARES decía en esta *Revista*, en 1951, que nuestro sistema hipotecario, a pesar de ser uno de los más avanzados, carece de popularidad, pues, no sólo el público, sino los mismos profesionales, ignoran, en gran parte, sus ideas fundamentales; y resumía: «es casi una ciencia oculta de Notarios y Registradores»).

Las 157 densas páginas que componen el estudio del Profesor GONZÁLEZ PORRAS sobre la hipoteca cambiaria, son clara evidencia de que esa fase de «ocultismo hipotecario» está totalmente superada. Pienso que esto es bueno para nuestro Derecho Registral Inmobiliario, particularmente cuando ese velo de exclusivismo se descorre por civilistas de pro, que reivindican su derecho a participar en la construcción de una disciplina que hunde sus raíces en la codificación y a la que consideran —y les es— propia. Y como no soy original —ni lo pretendo— en este tipo de consideraciones, traeré a colación, para muestra, un precedente de autoridad: en sus monumentales «Retornos al Código Civil» (*RCDI*, 1962 y 1965), el llorado TIRSU CARRETERO, además de pedir humildad a los optimistas del sistema que creen cerrado el ciclo de su perfeccionamiento, no regatea elogios al impacto de la obra de LACRUZ y llega a calificar de «magistral» su concepción de los dos terceros, aunque discrepe en aspectos parciales.

Sé —por experiencia y por partida doble— que hacer un estudio sobre la hipoteca cambiaria no es sólo una labor dialéctica de comparatismo, en la búsqueda de soluciones adecuadas a los fines de la publicidad y la seguridad jurídicas. Inexorablemente, se convierte en el inevitable choque Derecho Hipotecario-Derecho cambiario, extendiendo simultáneamente su *vis atractiva* sobre un documento, tan cargado de historia y de problemas, que, si los cánones estéticos fueran trasvasables al campo del Derecho, me atrevería a decir que está en los confines del barroquismo jurídico. El Profesor GONZÁLEZ PORRAS es consciente de todo esto. Pero vayamos por partes, sobre un breve desglose del contenido del libro.

CONSIDERACIONES GENERALES

En el punto de partida, el criterio es unánime: «se ha perdido el respeto a la letra de cambio»; «la letra hace ya tiempo que no inspira confianza a nadie»; «hay que hablar de billones —con *b*— para referirse a las letras impagadas»... El resultado: graves problemas económicos y de liquidez para las entidades financieras, que una letra de cambio fuerte, evitaría. La situación no es nueva, pero reaparece en los tiempos actuales: «En las cajas de caudales de empresarios constructores de fincas yace una cantidad astronómica de letras de cambio... con una muy limitada garantía...» —dice SANAHUJA, citado por nuestro autor—. Hay que garantizar seriamente el pago de la letra y la hipoteca aparece como el instrumento idóneo. Ahora bien, estas hipotecas han de tener la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio (así lo apuntó ya la Resolución de 16 de junio de 1936).

Pero ¿es o no admisible en nuestro Derecho este tipo de hipotecas? Hay que reconocer que esta modalidad de garantía hipotecaria, tiene características muy especiales dentro de las hipotecas en garantía de títulos-valores, por la especial naturaleza del crédito cartulario. GONZÁLEZ PORRAS hace una primera enumeración de cuestiones —que después desarrollará— y que, a pesar de su dificultad, no son obstáculo para que parta de un absoluto convencimiento: la hipoteca en garantía de letra de cambio (denominación que prefiere a la de hipoteca cambiaria) se encuentra admitida en los artículos 150 y 154 de la Ley Hipotecaria, 247 del Reglamento Hipotecario y 7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria .., está en la realidad del tráfico y sus problemas llegan a la Dirección General.

Tampoco es una figura exclusiva de nuestro Derecho. Esta idea va a aportar datos nuevos al tema de la hipoteca cambiaria y será una singular característica de la obra: sus referencias a la doctrina extranjera y, en particular, a la siempre brillante doctrina italiana que, por su formación boloñesa, es familiar al autor (CALAMANDREI, cuyo estudio sobre *La cambiale* es de permanente actualidad; VITALEVI, BIANCHI, PICCINELLI, OTTOLENGHI. .). Sin embargo, hay que añadir que son los trabajos de autores españoles (y especialmente los publicados en nuestra *REVISTA CRITICA*) el material básico utilizado para encarar los problemas concretos.

I. LA HIPOTECA Y LA GARANTÍA DE TÍTULOS-VALORES

Con metodología cíclica rigurosa, plantea, en primer lugar, la problemática *Derecho Hipotecario-Derecho cambiario*. La hipoteca en garantía de letras de cambio está a caballo de estas dos áreas del Derecho privado y hay que fijar los límites de las respectivas parcelas, rechazando, desde luego, las posiciones maximalistas: la hipoteca, como institución romana y civil, es extraña al Derecho del comercio; la letra ya tiene su forma especial de garantía que es el aval, etc. Pero, en cualquier caso, la hipoteca impone inexcusables exigencias de coordinación, que aparecen especialmente en las fases de circulación del crédito y de ejecución de la garantía. A pesar de las dificultades, se impone el trata-

miento unitario, para no caer en lo que CARNELUTTI llamó, con frecuencia, el «provincialismo jurídico».

Una breve referencia a las *Garantías reales y personales* es paso obligado para afrontar el tema de *La hipoteca de títulos-valores*, en general, apoyo, a su vez, para el estudio de la hipoteca en garantía del título-valor letra de cambio, variante de los títulos endosables que, tras la Ley Hipotecaria de 1909, se aseguraban bien como tales, bien por medio de una hipoteca de máximo.

II. LA HIPOTECA DE LETRA DE CAMBIO

En este epígrafe se estudian los *Antecedentes históricos* de la hipoteca cambiaria que, sin ser una institución vieja, según el Profesor GONZÁLEZ PORRAS (qué alude a la obra de BALDASSERONI, *Leggi e costumi del cambio*, publicada en Venecia en 1865), ofrece atisbos en el Derecho intermedio, con la costumbre de insertar una «cláusula hipotecaria» en la propia letra, de la que se derivaba una cierta prelación a favor del acreedor cambiario.

Es interesante la cita de *Otros Derechos* —extranjeros— en los que no se cuestiona la admisión de esta hipoteca. En la legislación italiana, el artículo 2.831 del Código Civil establece que «las obligaciones resultantes de títulos a la orden... pueden garantizarse con hipoteca. Para los títulos a la orden la hipoteca se inscribe a favor del poseedor actual y se transmite a los sucesivos poseedores...» (el precepto concuerda con el artículo 150 de nuestra Ley Hipotecaria y con la fórmula ritual de nuestras actas de inscripción: «...a favor de los tenedores o endosatarios sucesivos»). Consuela, por otra parte, y reconforta, una afirmación del Profesor GONZÁLEZ PORRAS: que los planteamientos de la doctrina italiana, en términos generales, coinciden con los de la doctrina española.

En el Derecho alemán, cita el artículo 1.187 del Código, que admite la figura como variante de la hipoteca de seguridad, y recoge la afirmación de WOLFF de que es poco frecuente la hipoteca en garantía de letra de cambio «que expresamente menciona el Código Civil». La Ley austriaca de 1874 y el Código suizo de las obligaciones (art. 875) admiten sin restricciones la hipoteca en garantía de títulos endosables.

En cuanto a los antecedentes del *Derecho español*, remite, en parte, al trabajo de GONZÁLEZ LAGUNA, punto inevitable de referencia en nuestra doctrina para las cuestiones relacionadas con la hipoteca cambiaria. Pero, además, hace unas interesantísimas consideraciones en torno a la exposición de motivos de la Ley de 1861, para concluir que las razones que aconsejaron entonces la prohibición de transferencia de los créditos hipotecarios por endoso, imponiendo la escritura y, con ello, serias limitaciones a la hipoteca en garantía de letras, se vuelven hoy precisamente en favor de su admisión, sin que los argumentos de autoridad en contra de JERÓNIMO GONZÁLEZ y ALFONSO DE COSSO puedan ya mantenerse.

Araña igualmente nuestro autor en los antecedentes de la *Jurisprudencia hipotecaria*, remontándose a la Resolución de 10 de noviembre de 1925, que aceptó la hipoteca cambiaria, pero configurada como hipoteca de máximo, solución técnica que lógicamente rechaza por alejar el concepto estricto de la misma. Cree, además, que la noción de hipoteca cambiaria late en las siguientes Resoluciones: 21 de marzo de 1917, 31 de enero

de 1925, 28 de febrero de 1933, 17 de julio de 1934 y 16 de junio de 1936, sin perjuicio de la jurisprudencia producida a partir de las Resoluciones de 25 y 26 de octubre de 1973.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN QUE SE GARANTIZA Y QUE ES BASE DE ESTA HIPOTECA. CONCEPTO

A las primeras de cambio —y nunca mejor dicho— enfoca, acertadamente, en mi opinión, la cuestión de la naturaleza de estas hipotecas. ¿Es una hipoteca de seguridad o una cédula hipotecaria endosable? —se pregunta con JERÓNIMO GONZÁLEZ—. Y —con STAMPA— se responde: ni lo uno ni lo otro. No es hipoteca cambiaria la que garantiza la relación jurídica subyacente que legitima la emisión de la letra; la hipoteca cambiaria lo que garantiza es la relación jurídica que contiene la letra, de lo cual se deriva la primera consecuencia importante: acreedor hipotecario es el titular legal de la relación jurídica cartular.

Si todo quedara así, no habría nada que oponer (es la tesis de GONZÁLEZ LAGUNA, de TIRSO CARRETERO y de la Dirección General; yo mismo la mantengo en mis dos trabajos sobre el tema en *REVISTA CRITICA*: sólo hay hipoteca cambiaria mientras el mandato abstracto de pago conserva su específica naturaleza). Pero el Profesor GONZÁLEZ PORRAS —creo que certeramente— atisba cierta duda en los argumentos de STAMPA, que unas veces parece atender al negocio abstracto y otras al negocio causal, lo que le lleva a opinar que construye la hipoteca cambiaria como una garantía, a la vez, cartular y extracartular. Y como quiera que el Profesor cordobés se mueve en un terreno de gran rigor conceptual y de lógica jurídica, no desdeña completar su esquema mental partiendo de una afirmación inatacable: la mejor forma de llegar a un entendimiento sobre la naturaleza de esta modalidad de hipoteca, supone empezar por el examen de la naturaleza de la letra de cambio.

No voy a detenerme en este tema nada más que lo indispensable, aunque en el libro está tratando exhaustivamente, con gran lujo de citas de autores españoles, alemanes, italianos, etc. Las tesis contractuales o unilaterales —dice—, con las modalidades de la teoría de la creación, de la emisión o intermedias, tratan de explicar que quien no debe por el negocio documentado, debe por el documento, de modo que tienen necesariamente que apoyarse en la existencia de dos negocios: el *negocio fundamental*, que es aquel del que nace el crédito que se documenta en el título-valor, y el *negocio cartáceo*, que es el que resulta de la documentación del título. GONZÁLEZ PORRAS, siguiendo a RUBIO GARCÍA-MINA, estima que con la cambial se documenta un contrato, pero no hay un contrato causal y un contrato cambiario, sino uno solo, el que se suele llamar negocio causal o subyacente; al lado de éste, la letra es un especial modo de circulación y tutela del crédito, un acto jurídico en sentido estricto.

La hipoteca cambiaria, en la doctrina, se configura como garantía cartular o extracartular. Un gran sector de la doctrina italiana (ANGELONI, FIORENTINO, FERRARA, MESSINEO, RUBINO, etc.) ha intentado construir la hipoteca como una garantía típicamente cartular o cambiaria en sentido estricto. La tesis de la garantía extracartular no se sostiene: si el principio

de accesoriedad implicase una total y absoluta dependencia de la hipoteca a las vicisitudes del crédito, este tipo de hipotecas perdería toda su importancia práctica. Esto se observa, por ejemplo, en la subsistencia de la relación principal, frente a la extinción de la garantía por causas que le sean propias, como la renuncia o caducidad. La hipoteca, además, responde a sus propias cláusulas, que pueden determinar modificaciones ulteriores de la garantía (v. gr., la renovación o extensión de la hipoteca a la letra renovada). Y no está de más insistir —como he apuntado en otra ocasión— que es, en este terreno propio de la autonomía de la voluntad, donde tiene planteada fundamentalmente su problemática la hipoteca cambiaria como figura no desarrollada.

Los puntos de vista que resumen su argumentación son: 1) La hipoteca está singularizada por la circunstancia de que el titular del crédito, que en el Registro será el primer tomador, se determina extrahipotecariamente; por ello, la inscripción ha de alcanzar «a los sucesivos tenedores de la cambial». 2) No estamos ante una hipoteca pura de títulos endosables, aunque la letra lo sea. 3) No se trata de una hipoteca encuadrable entre las de máximo, pues aquí no hay indeterminación del crédito. 4) Tampoco esta hipoteca es manifestación de un derecho subjetivamente real, pues se garantiza el contenido y no el continente (tesis que habían defendido JERÓNIMO GONZÁLEZ y SAPENA). 5) No es tampoco la garantía de una obligación condicional, pues la obligación de pago de la letra nace con su creación, que siempre es un *prius* respecto de la constitución (registral) de la garantía.

Por último, ensaya un concepto de hipoteca cambiaria: la que garantiza la obligación de pago incorporada a una letra de cambio, que concede al acreedor cambiario el derecho a hacer efectivo su importe con lo que obtenga de la venta de la finca gravada, una vez que la letra esté vencida, no pagada y debidamente protestada (la obligación de protesto hay que entenderla conforme a la nueva Ley Cambiaria de 1985).

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE LETRA DE CAMBIO

Al estudiar los *Elementos personales* —acreedor hipotecario cambiario e hipotecante—, recoge la opinión de SAPENA de que la hipoteca podrá constituirse por uno de los obligados cambiarios, pero también por un extraño, como en los casos normales. Acertadamente, creo, rechaza este juicio. El hipotecante ha de ser, por lo menos, avalista (y habrá que tener en cuenta la nueva Ley Cambiaria en cuanto al aval por acto separado) y ello porque no es posible dar entrada en el círculo cambiario a personas que no figuran en la letra. Dice el autor: «No es la hipoteca la que influencia la letra, sino la letra la que modaliza el derecho real de hipoteca». Nada más cierto.

La *constitución unilateral* de estas hipotecas es tema que aborda en profundidad. Partiendo de las concepciones doctrinales que califican la aceptación de *conditio iuris* (ALBADALEJO), estima indispensable la expresa aceptación posterior del favorecido y la nota marginal del artículo 141 de la Ley Hipotecaria. Además de argumentación legal (arts. 141, 142, 150 y 154 LH, entre otros), afirma la existencia de importantes razones de

seguridad en el tráfico, más graves, si cabe, en el terreno del Derecho cambiario, que en otros campos. Debo decir que este es un aspecto de la hipoteca cambiaria en el que me permito discrepar del Profesor GONZÁLEZ PORRAS. En mi trabajo sobre la cancelación de esta hipoteca (RCDI, 1982), expuse las razones de las que resulta dicha discrepancia y a ellas me remito, pues sería ociosa aquí su repetición.

En cuanto a los *Elementos reales*, cabe destacar el detenido examen del supuesto de constitución de *una sola hipoteca en garantía del pago de varias letras* y la distribución o no de la responsabilidad hipotecaria, cuando son varias las fincas ofrecidas en garantía. Contraponen el caso de hipoteca cambiaria única, con posible pluralidad de acreedores, tenedores legítimos de los efectos, en los que cada letra representa una cuota del crédito total, al caso anterior, que es el controvertido. En su opinión deben constituirse tantas hipotecas como letras se garanticen: si decimos que la letra es un negocio abstracto, porque, aun partiendo de un negocio causal, actúa con independencia de tal negocio y, siendo negocios distintos, distintas deben ser sus hipotecas. Cada letra vive una vida independiente de las demás, aunque sea único el negocio causal, y tal cosa ocurre por exigencias de la propia naturaleza y función de la letra como título-valor. También afirma la necesidad de *distribución de la responsabilidad hipotecaria cuando son varias las fincas gravadas*, en base al artículo 119 de la Ley Hipotecaria. Esta tesis —como recoge el libro— la había defendido FERNÁNDEZ CABALEIRO, la sigue CAMY y la acepta indirectamente TIRSO CARRETERO, al criticar fuertemente la doctrina de la Resolución de 31 de octubre de 1978, pues las letras no forman ningún conjunto sin trasladar los créditos garantizados al campo de la relación subyacente, lo cual aleja del concepto estricto de hipoteca cambiaria. Lo cierto es que la citada Resolución acepta la constitución de hipoteca única en garantía de varias letras, sin que sea preciso distribuir, por cada finca y en cuanto a cada letra, la responsabilidad hipotecaria, solución que, ante sus brillantes argumentos, nuestro autor acepta sin ningún convencimiento.

Bajo la rúbrica de *Elementos formales*, estudia finalmente en este epígrafe el problema de la identificación de las cambiales, mediante la determinación de los datos de la letra que deben pasar a la escritura y a la inscripción. Hace atinadas observaciones a las Resoluciones de 26 de octubre de 1973, 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979, particularmente a la primera, en cuanto que exigió la reseña en la escritura de constitución de los «datos y circunstancias que vengán a individualizar e identificar las cambiales». Recoge las posiciones doctrinales sobre el tema: GONZÁLEZ LAGUNA (testimonio de la letra), FERNÁNDEZ CABALEIRO (requisitos del art. 444 Código de Comercio; hoy serían los de la Ley Cambiaria), STAMPA (sólo los que sirven para la identificación) y del que esto firma (datos fijos legales y circunstancias específicas, necesarios para una adecuada calificación). Y otra discrepancia: la nota en la letra expresando el Notario que ha autorizado una escritura de hipoteca en garantía de la misma, si no va acompañada de otra del Registrador acreditativa de la inscripción-constitución, es equívoca, puede inducir a error y acarrear inseguridad.

V. DISTINCIÓN DE LA HIPOTECA CAMBIARIA CON OTRAS GARANTÍAS AFINES

Se ocupa, en primer lugar, de *La hipoteca cambiaria y el aval*. Mo- viéndose en el terreno estrictamente cambiario, ahonda en la naturaleza jurídica del aval, pero con la mira puesta en la hipoteca: el aval es una garantía típicamente cambiaria prestada por un tercero; es una obligación distinta, aunque accesoria, de la del aceptante y endosante; es una garantía personal. La hipoteca es un derecho real de garantía; no es una garantía específica de la letra; tiene un régimen propio de publicidad del que carece el aval...

No le gusta, en cambio, al Profesor GONZÁLEZ PORRAS —y comparto su criterio— la manida expresión de *superposición de garantía*, que, efectivamente, no dice nada, pues la hipoteca cambiaria ni se superpone ni cede, sin más, ante otras garantías. Si con esa expresión se quiere aludir al hecho de que uno excluye, sino que se suma, a la acción cambiaria, es lo mismo que decir que la acción hipotecaria, en cualquier hipoteca ordinaria y en las relaciones entre deudor-hipotecante y acreedor, no excluye la acción personal. Es, incluso, la fórmula habitual en las escrituras: «El prestatario, además de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil..., constituye hipoteca...». Creo que, sencillamente, la hipoteca está en el puesto registral que le corresponda, y amén.

Por lo demás, insiste el autor en las diferencias con la hipoteca de seguridad y con su variante de la hipoteca de máximo, aludiendo a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

VI. ESTUDIO DE OTROS SUPUESTOS ESPECIALES

Desde el punto de vista cambiario, *la letra de favor* o letra sin provisión de fondos implica un giro en descubierto, y, como dice URÍA, puede ser abusivamente empleada como instrumento de fraudes (cabalgatas de letra, letras de peloteo). Desde el punto de vista registral, estas letras plantean el problema de si es posible o no su garantía hipotecaria. Si vemos en la letra una promesa abstracta de pago, la letra de favor es una letra igual a las demás y no puede olvidarse que la nueva Ley Cambiaria nada dice de la provisión ni de la *valuta*. Si la hipoteca garantiza el crédito del titular de la letra, sin atender a aquellos datos, no parece que haya inconveniente alguno para que pueda garantizarse con hipoteca. Se trata de una argumentación difícil de rebatir.

La letra incompleta y en blanco le llevan a unas interesantes consideraciones en torno al artículo 12 de la nueva Ley Cambiaria. Sigue el generalizado criterio (LANZAS GALVACHE, SAPENA) de que, al ser nula la letra incompleta, no sería inscribible la hipoteca; y la letra en blanco sólo podría dar lugar a una hipoteca en garantía de obligación futura, conforme al artículo 142 de la Ley Hipotecaria. El citado artículo 12 se refiere a la letra incompleta de la que está prevista su integración (más bien cree el autor que se refiere a la letra en blanco en su sentido tradicional. La hipoteca estima que sería inscribible, recogiendo las condiciones de esa integración que, si no se cumplen, no podrán alegarse contra el tenedor de buena fe. El incumplimiento de los acuerdos de

integración, parece entenderlo como modificación de hipoteca, conforme a los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario.

Por último, las *letras no a la orden, nominativas y vencidas o perjudicadas*, al no ser susceptibles de endoso, sino de cesión ordinaria conforme al artículo 1.526 del Código Civil, aunque se aseguren con hipoteca, no sería una hipoteca cambiaria, desde el momento en que pueda al descubierto el negocio documentado.

VII. FUNCIONAMIENTO Y VICISITUDES DE LA LETRA GARANTIZADA CON HIPOTECA

En este epígrafe, estudia, en primer lugar, el controvertido *pacto de vencimiento anticipado*. Recoge la posición, prácticamente unánime de la doctrina, contraria a dicho pacto (STAMPA, CANO FERNÁNDEZ, GONZÁLEZ LAGUNA, CARRETERO), así como la cambiante actitud de la Dirección General, que lo rechazó de plano en la Resolución de 26 de octubre de 1973 y 23 de octubre de 1981 (para el caso de estar las letras en poder de distintos tenedores) y lo acepta con condiciones en las de 31 de octubre de 1978 y en la también citada de 23 de octubre de 1981 (noveno considerando, para el caso de encontrarse las letras en poder de un mismo tenedor y haberse pactado así en la escritura de hipoteca). Pero quizá la aportación más interesante del Profesor GONZÁLEZ PORRAS, en cuanto a esta cláusula, sea el estudio sobre admisibilidad o no de la misma en el terreno puramente cambiario, es decir, independientemente de que la letra esté o no asegurada con hipoteca. Lo que podría ser una teoría general del vencimiento anticipado, con alusiones doctrinales muy interesantes (GÓMEZ PÉREZ, DíEZ-PICAZO), inclina también al rechazo del pacto, fundamentalmente por el carácter imperativo de las normas cambiarias. No olvida, desde luego, los supuestos de vencimiento anticipado legal, como es el de quiebra del librado (art. 883 C. de C.) y lo era el de protesto de mejor seguridad (art. 481 C. de C.).

Más detenido aún es el estudio que hace del *pacto de pago anticipado de la letra*, con el examen tanto de la doctrina civil del pago (DÍEZ-PICAZO, BELTRÁN DE HEREDIA, ALBADALEJO), como de la doctrina mercantilista (GARRIGUES, URÍA, LANGLE, CASALS COLLDECARRERAS) e importantes consideraciones personales, que le llevan a discrepar de la Resolución de 18 de octubre de 1979, que lo rechazó, al no constar en la propia letra, con lo que podrá vincular a quienes lo suscribieron, pero no a los futuros tenedores. GONZÁLEZ PORRAS estima que no hay inconvenientes graves para su admisión ni en el orden civil ni en el mercantil y la conexión letra-Registro y el principio de publicidad permiten que esos sucesivos tenedores «puedan y deban» conocer el contenido registral.

El problema de la extensión de la hipoteca a la *renovación de la letra* lo enfoca en torno a la cuestión esencial de si es una simple prórroga o una novación de la primitiva (LANGLE y RUBIO GARCÍA-MINA, en el primer sentido; MUÑOZ PLANAS y URÍA, en el segundo) y al doble supuesto de que la renovación derive de un pacto previo en la escritura de hipoteca o se produzca sin que nada se haya pactado (recoge aquí los planteamientos de los trabajos de GONZÁLEZ LAGUNA, CANO FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE y de mi estudio sobre la cancelación de estas hipotecas). Cita las dos

Resoluciones que se han ocupado del tema: la de 26 de octubre de 1973 (el tenedor legítimo «... a través de las incidencias derivadas de la renovación de la cambial») y la de 23 de octubre de 1981 (la escritura calificada contenía el pacto de renovación, exigiendo la Dirección nuevo documento público y no simple nota en la letra, así como constancia en la letra renovada de la *prórroga* del vencimiento de la obligación hipotecaria, con lo que parece excluir la idea de novación). Nuestro autor acepta la línea que podemos llamar *hipotecarista* y apunta la eventual conexión de la renovación con la noción de reserva de rango, inviable, como reconoce, en nuestra actual legislación.

Remata el epígrafe con tres cuestiones importantes: la *transmisión del crédito garantizado con hipoteca* (sigue la tesis más generalizada en la doctrina, es decir, la aplicación del artículo 150 de la Ley Hipotecaria, que, a su juicio, tiene como antecedente la Resolución de 18 de enero de 1939 y está confirmada en la más reciente de 2 de septiembre de 1983); la *subrogación convencional y judicial* (rechaza la primera, porque un pacto de asunción de deuda cambiaría tiene que discurrir por cauces cambiarios y chocaría con el artículo 118 de la Ley Hipotecaria; en cuanto a la segunda, la conecta con el alcance de los artículos 131 y 155 de la Ley Hipotecaria); y los problemas de *ejecución hipotecaria* (estudia las variantes de los distintos procesos de ejecución y la novedad de la nueva Ley Cambiaria de conceder eficacia ejecutiva a la letra sin necesidad de protesto, según su artículo 66).

VIII. LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE LETRAS DE CAMBIO DENTRO DE LAS NORMAS GENERALES DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

En el último epígrafe de la obra, el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, además de unas consideraciones generales sobre la cancelación, incluye una lista de títulos formales. Sigue —según propia confesión— mi modesto trabajo sobre el particular que, desde luego, él enriquece con acertadas anotaciones. Destacan las que, a la vista de la nueva Ley Cambiaria, hace para el caso de extravío, sustracción o destrucción de la letra, antes o después del pago. En el primer supuesto, estudia el procedimiento de amortización de los artículos 84 a 87, sistema judicial que acerca a los Derechos alemán, italiano y suizo, y que tiene como finalidad evitar el pago a terceras personas; con el duplicado, que puede exigir el denunciante conforme a la sentencia de amortización del original, cabe la cancelación, una vez inutilizado y mediante escritura (parece que por aplicación del art. 156 LH). En el segundo caso, habrá que tener en cuenta el artículo 45, que permite al librador exigir, al pagar la letra, el «recibí» del portador y, si se trata de una entidad de crédito, documento acreditativo del pago, en lugar de la letra original. Esto evitaría, a su juicio, acudir al procedimiento ordinario (propuesto por autores como GONZÁLEZ LAGUNA) e incluso al nuevo procedimiento de amortización.

Completan el libro sendas relaciones de Sentencias del Tribunal Supremo y de Resoluciones de la Dirección General de los Registros, que interesan al tema, así como dos exhaustivos índices bibliográficos: el primero sobre hipoteca e hipoteca de títulos-valores; el segundo, sobre Ley Cambiaria, en general. En ambos, se reseña la doctrina española

que se ha ocupado de la materia en los últimos años, además de autores ingleses, alemanes y, particularmente, italianos, cuya referencia constituye una de las estimables aportaciones de la obra.

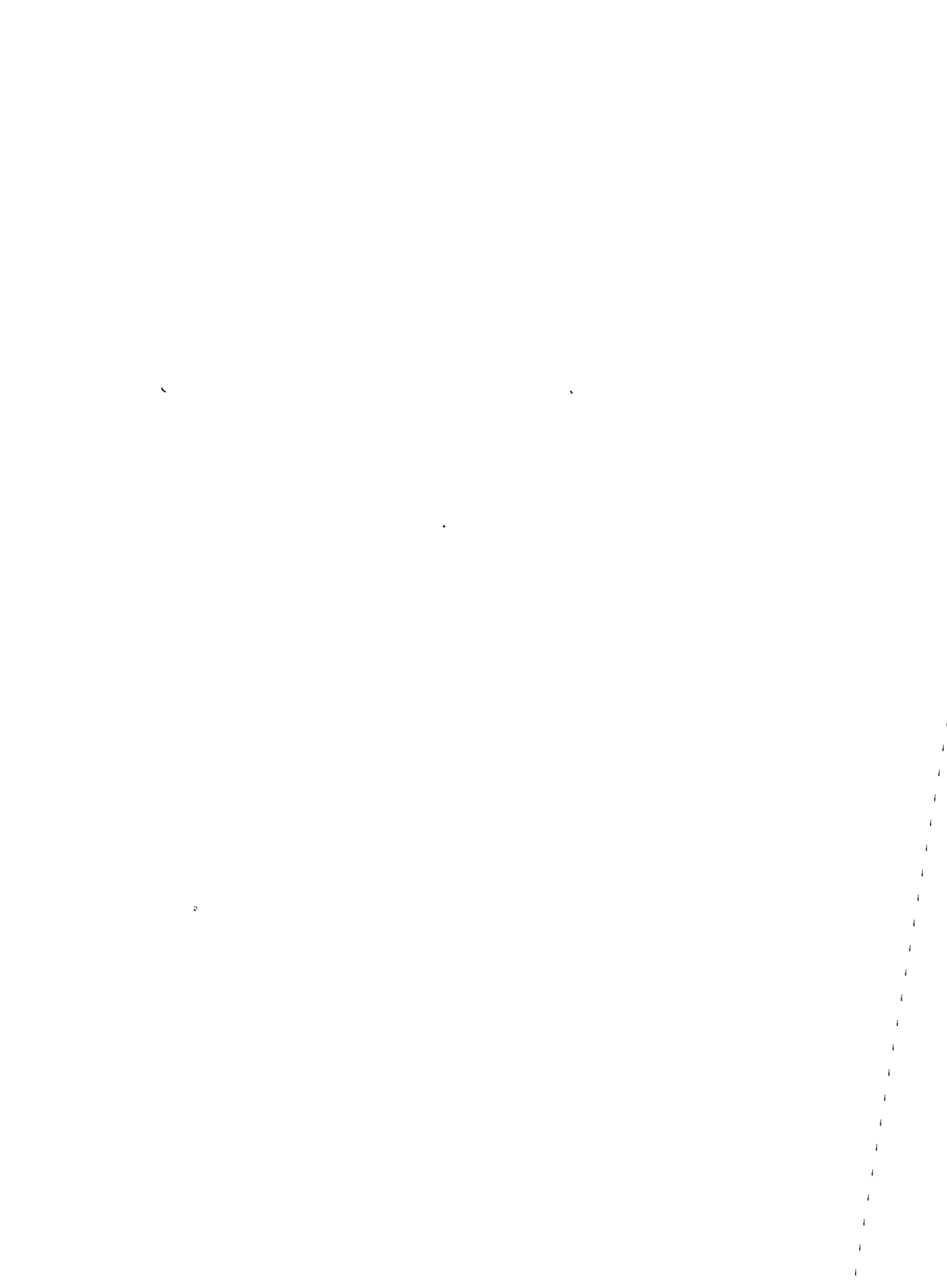
* * *

Estamos, en definitiva, ante una completísima monografía sobre un tema actual y específicamente registral que, por lo tanto, interesa, sin ninguna duda, a los Registradores de la Propiedad y Notarios. Pero estamos, además, ante una obra escrita por un Catedrático de Derecho civil que, sin perjuicio de acreditar cumplidamente su condición de hipotecarista, aporta nuevos fundamentos, desde perfiles civilistas, a una figura, como la hipoteca en garantía de letras de cambio, de la que se muestra entusiasta defensor.

Solamente motivos de satisfacción pueden producir obras como esta, que dan pie para ese acto de humildad a que conminaba TIRSO CARRETERO a los excesivamente optimistas, y que son prueba palpable de que nuestro Derecho Hipotecario, afortunadamente, va dejando de ser la «ciencia oculta de Notarios y Registradores» a que aludía MARIANO HERMIDA, allá por los años cincuenta.

ANTONIO MANZANO SOLANO

REVISTA DE REVISTAS



REVISTA GENERAL DE DERECHO

Número 512 (Mayo 1987)

- Acerca de los principios que informan la actuación del responsable civil en el proceso penal*, por ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE, pág. 2229.
- Las infracciones de mero riesgo y su trascendencia penal en el Derecho marítimo*, por FRANCISCO AMORÓS IBOR, pág. 2253.
- La acción directa perjudicado-asegurador en la jurisdicción de orden penal. Ambito de intervención del asegurador en el proceso penal*, por ADRIANO BARBERO GARCÍA, pág. 2263.
- De nuevo sobre el principio de legalidad*, por JAVIER BOIX REIG, pág. 2289.
- Repertorio bibliográfico sistemático de la Constitución*, por EMILIO ATTARD, página 2305.
- La medición de la pena en el Derecho penal militar español*, por JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA, pág. 2439.
- La nueva organización de la justicia militar*, por JAVIER APARICIO GALLEGO, página 2457.
- Recursos contra las sanciones de arresto por falta leve en la Ley disciplinaria militar*, por RICARDO FORTÚN ESQUIFINO, pág. 2471.
- Prevención y control de drogas en las Fuerzas Armadas*, por MIGUEL GELABERT CAMARASA, pág. 2483.
- La influencia del Derecho aplicable en la elección del modo de transportes*, por JACQUES PUTZEYS, pág. 2513.
- El contrato de transporte en el proyecto de nueva Ley de Ordenación Administrativa*, por FRANCISCO MIGUEL SÁNCHEZ GAMBORINO, pág. 2525.
- Impedimentos surgidos en la ejecución del servicio de transporte*, por FRANCISCO JOSÉ SÁNCHEZ ORTIZ, pág. 2527.
- La adaptación del seguro del automóvil español a la normativa comunitaria (II parte)*, por FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ, pág. 2563.
- Planes y Fondos de Pensiones. Un análisis desde el punto de vista técnico y empresarial*, por EUGENIO PRIETO PÉREZ, pág. 2587.

Número 513 (Junio 1987)

- Las inversiones extranjeras en el sector inmobiliario de España. Su regulación legal*, por LUIS CORNO CAPARRÓS, pág. 3045.
- El abogado ante el juicio oral*, por JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL, pág. 3055.
- Modificaciones sustantivas al régimen de los obligados cambiarios*, por VICENTE CUÑAT EDO, pág. 3063.
- La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendati-*

cia urbana y las cláusulas de estabilización, por JOSÉ BONET CORREA, página 3081.

La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, pág. 3091.

Repertorio bibliográfico sistemático de la Constitución, por EMILIO ATTARD, página 3119.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de libertad de enseñanza, por ROSARIO NOGUERA SORIANO, pág. 3230.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

(Mayo 1987)

La condena por atentado como causa de divorcio (comentario al art. 86, 5.º del Código Civil), por ANTONIO NAVARRO BELMONTE, págs. 419 a 445.

Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma en materia de adopción, por ANTONIO PILLADO MONTERO, págs. 446 a 457.

(Junio 1987)

Evolución del Derecho privado alemán en los años 1984 a 1986, por HANS STOLL y SUSANNE JAGER, págs. 523 a 544.

La codificación como técnica de producción legislativa, por AGUSTÍN MOTTILLA, págs. 545 a 574.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL Y AUTONOMICA

Número 232 (Octubre-Diciembre 1986)

La alteración de términos municipales en el nuevo Derecho local, por FRANCISCO SOSA WAGNER y PEDRO DE MIGUEL GARCÍA, pág. 601.

Transferencia de funcionarios a las Comunidades Autónomas: El régimen jurídico de los funcionarios transferidos a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ENRIQUE RIVERO YSERN y MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, pág. 629.

Una contribución mexicana y costarricense al Derecho Urbanístico Latinoamericano, por LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, pág. 679.

Un exponente de la problemática actual entre Comunidades Autónomas y provincias: La gestión ordinaria de los servicios periféricos propios de la Comunidad Autónoma a través de las Diputaciones Provinciales, por ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ, pág. 703.

Conflicto entre los Regidores y el Corregidor de Córdoba a principios del XVIII, por JOSÉ MANUEL DE BERNARDO ARES, pág. 723.

Comentario a la Ley 2/1986, de 5 de junio, de la Cultura Física y del Deporte de la Comunidad de Madrid, por ANGEL L. MINGE GIL, pág. 733.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Número 3 (1987)

- El deber de contribución a las cargas del matrimonio*, por ISABEL MIRALLES GONZÁLEZ, pág. 583.
- Réglamentations nationales des prix et droit communautaire*, por MICHEL WAELBROECK, pág. 617.
- Conducción de vehículos bajo la influencia del alcohol*, por MERCEDES GARCÍA ARÁN, pág. 627.
- La competencia urbanística de los municipios en la nueva legislación de régimen local*, por ANTONIO CARCELLER FERNÁNDEZ, pág. 649.
- Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado*, por ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, pág. 657.

REVISTA JURIDICA DE NAVARRA

Número 3 (Enero-Junio 1987)

- La rescisión por lesión en el Derecho navarro*, por JESÚS DELGADO ECHEVARRÍA, pág. 13.
- Tres competencias del Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones y centros de contratación de mercaderías y valores*, por PEDRO DE PABLO CONTRERAS, pág. 27.
- El estado de las Autonomías: el reto de la eficacia*, por ALBERTO PÉREZ CALVO, pág. 53.
- Sentimiento político y conflicto de competencias*, por PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, pág. 67.
- La legitimación del hijo de anterior matrimonio para retraer bienes conquistados durante las segundas nupcias del padre*, por FAUSTINO J. CORDÓN MORENO, pág. 73.
- La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los Derechos civiles españoles y la filiación ilegítima*, por JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA, pág. 79.
- La Constitución española de 1978 y el Derecho privado foral*, por CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI, RAFAEL CARDENAL CARRO, MARÍA MARCOS GONZÁLEZ y JUAN MANUEL SANZ IRURETAGOYENA, pág. 97.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Número 103 (Mayo-Junio 1987)

- Ciudad*, por MARÍA BLANCA BLANQUER, pág. 13.
- Valoración de inmuebles de interés histórico-artístico*, por ANTONIO GARCÍA VEREDA, pág. 53.
- La expropiación urbanística. Inicio del cómputo de intereses de demora (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1982)*, por PILAR LOU GRAVALOS, pág. 63.

Dos modelos de desarrollo urbano en el Oriente venezolano: Santa Inés de Cumaná y Barcelona (continuará), por MARÍA DOLORES FUENTES BAJO, página 83.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO

Número 122 (Enero-Junio 1987)

Biogenética y derecho, por G. HIGUERA, págs. 7 a 35.

Gratuité du Culte et subsistance de ses ministres, por G. DOLE, págs. 37 a 70.

Algunas consideraciones en torno al concepto de bienes eclesiásticos en el CIC de 1983, por M. G. MORENO ANTÓN, págs. 71 a 92.

La clerecía en los sinodos astur-leoneses del siglo XII al XVI, por J. C. MATÍAS VICENTE, págs. 93 a 136.

Aspectos religiosos de la nueva Ley de Tutela, por G. GARCÍA CANTERO, páginas 139 a 148.

Aspectos jurídico-civiles del tratamiento de los bienes inmuebles de la Iglesia católica española en la Ley de Patrimonio Histórico de 25 de junio de 1985, por J. M.ª DE LA CUESTA, págs. 149 a 162.

Modelos de Estatutos Diocesanos para los ermitaños de una Iglesia particular. Comentario aplicativo al canon 603 del CIC, por D. J. ANDRÉS, páginas 163 a 203.

Los inicios de la Bula de Cruzada en Canarias, por E. AZNAR VALLEJO, páginas 205 a 219.

Glosa a la Colección Sinodal Lamberto de Echevarría, por A. GARCÍA Y GARCÍA, págs. 221 a 224.

Boletín de Legislación Particular Española, 1986, por F. R. AZNAR GIL, páginas 225 a 255.

REVISTA NOTARIAL ARGENTINA

Número 886 (Mayo-Junio 1986)

El Decreto 335/1986. Un significativo avance en el tema del reparto del trabajo oficial, por LA REDACCIÓN, pág. 407.

Función notarial y responsabilidad (primera parte), por CRISTINA N. ARMELLA, ADRIANA COPES, JULIETA E. ORTOL, JOAQUÍN F. LUCERO, JOSÉ L. PLA y JOSÉ A. VIDAL DÍAZ, pág. 411.

La problemática notarial, por CÉSAR FERNÁNDEZ ELIZALDE, pág. 471.

Forma de la cesión de derechos hereditarios, por CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE, pág. 475.

Solidaridad del Notario en materia fiscal: naturaleza jurídica y efectos, por MARCELO A. LICCIARDI, pág. 481.

Las medidas cautelares y el bloqueo registral, por ANA RAQUEL NUTA y DOMINGO R. ROTONDARO, pág. 491.

Número 887 (Julio-Agosto 1986)

Función notarial y responsabilidad (segunda parte), por CRISTINA N. ARMELLA, ADRIANA COPES, JULIETA E. ORTOL, JOAQUÍN F. LUCERO, JOSÉ L. PLA y JOSÉ A. VIDAL DÍAZ, pág. 627.

El derecho real autónomo de multipropiedad, por MARÍA T. ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, ALBERTO M. AZPEITIA, DELIA A. BONFANTI, MARCELO DE HOZ, MARÍA G. FOUSSATS DE FEUILLASSIER y ANGEL FRONTINI, pág. 713.

Cambia la tradición. Continúa la tradición, por ALEJANDRO DIEGO MÍNGUEZ, página 725.

Título y modo interpartes. Registración para terceros, por RAÚL R. GARCÍA CONI, pág. 737.

El fideicomiso y la integración latinoamericana, por EDITH MAZZUCO BARTHE y ANGEL RICARDO PACHECO, pág. 745.

REVUE DE DROIT UNIFORME

(Enero-Junio 1985)

L'activité de l'Institut international pour l'unification du droit privé (du 1.^{er} janvier au 31 décembre 1984), por RICCARDO MONACO, pág. 2.

La protection internationale des biens culturels, por GERTE REICHELDT, página 42.

Le contrat de franchisage, por LENA PETERS y MARTINA SCHNEIDER, pág. 154.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 95 (Noviembre 1985-Febrero 1986)

Notas y casos sobre Derecho administrativo, por CHARLES R. CUPRILL OPPENHEIMER, págs. 157 a 332.

Número 96 (Marzo-Junio 1986)

El reclamo por Puerto Rico de su jurisdicción marítima: Un imperativo nacional, por LUIS A. PASSALACQUA CHRISTIAN, pág. 337.

La verdadera guerra de los galeones, por CARLOS RIVERA LUGO, pág. 359

Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (7 de octubre de 1982), pág. 371.

La Reforma Electoral y la Propuesta Enmienda Constitucional, por CÉSAR R. VÁZQUEZ DÍAZ, pág. 405.

A Case of Legal Transplanting: Datio in Solutum et al. v. Accord and Satisfaction, por OLGA SOLER BONNIN, pág. 413.

La publicidad y el jurado: ¿Problema insoluble, conflicto inevitable?, por MARÍA SOLEDAD PIÑEIRO SOLER y RAFAEL MALDONADO NICOLAI, pág. 453.

NOTICIAS CEE

Número 30 (Julio 1987)

Reflexiones en torno al primer año de la empresa industrial española en la CEE, por CRISTÓBAL MONTERO ROMERO, pág. 11.

- El Ministerio de Economía y Hacienda ante la CEE*, por JUAN PELEGRÍ y GIRÓN, pág. 19.
- Comentarios al Real Decreto 2750/1986, de 5 de diciembre, sobre exacción de la tasa de corresponsabilidad de productos lácteos*, por DOMINGO CARBAJO VASCO, pág. 25.
- Causas y aspectos económicos de las concentraciones de empresas*, por REMO LINDA, pág. 36.
- La inviolabilidad del domicilio en la Constitución española y los poderes de la Comisión en materia de verificación*, por JUAN MANUEL ROZAS VALDÉS, pág. 51.
- El ordenamiento jurídico del transporte aéreo en la Comunidad Económica Europea*, por MARIO CABALLERO CLAVIJO, pág. 57.
- Posible evolución de la aviación civil en la CEE y sus consecuencias legales. El punto de vista español*, por FRANCISCO GADEA OLTRA, pág. 65.
- La adaptación del Derecho español sobre control de seguros al acervo comunitario: el Real Decreto 2021/1986, de 22 de agosto*, por LUIS LATORRE LLORÉNS, pág. 75.
- La armonización de la imposición directa en la Comunidad Económica Europea*, por ROSA RODRÍGUEZ MORENO, pág. 83.
- Proyecto de Directiva sobre suspensión de los tributos que gravan las transmisiones de títulos valores*, por ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, página 89.
- La reducción de capital de la sociedad anónima en el anteproyecto de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directrices de la CEE en materia de sociedades*, por MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, pág. 97.

