

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIV • Septiembre-Octubre 2008 • Núm. 709

REVISTA BIMESTRAL

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

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállego
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el CUARTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.

2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2009, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.

3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.

4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como Secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.

5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La edificación de uso residencial ante el reto de la plena integración de la discapacidad (¿Accesibilidad arquitectónica o algo más?)», por JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ	1917
«La asunción de deuda», por JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA	1961
«Terminación y efectos del contrato de arrendamiento rústico», por FRANCISCO MILLÁN SALAS	2001
«El Régimen de colación de gastos en el Código Civil», por BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO	2031

DICTÁMENES Y NOTAS

«Propuesta teórica y metodológica para el estudio comparado del derecho de inmigración», por ELIA MARZAL	2073
--	------

DERECHO COMPARADO

«El título supletorio en el Ordenamiento Registral de Nicaragua», por HENRY ROMÁN URBINA BLANCO y DIANA ARAICA ÁLVAREZ	2101
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2167
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de retracto, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2175

1.2. Derecho de familia:

- Inexistencia de pareja de hecho en sentido jurídico en caso de convivencia durante cinco meses, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2178

1.3. Derechos reales:

- El usufructo con facultad de disposición: estudio de sus caracteres especiales, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2182

1.4. Sucesiones:

- Partición hecha por contador-partidor dativo. Facultades y efectos de la partición por él realizada, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 2187

1.5. Obligaciones y contratos:

- La problemática de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados al amparo de la legislación anterior y vigentes a la entrada en vigor de la LAU actual de 1994: breve examen de sus Disposiciones Transitorias, por ROSANA PÉREZ GURREA 2190

1.6. Responsabilidad civil:

- La ruptura de los tratos preliminares puede ocasionar responsabilidad si alguna de las partes ha actuado de mala fe, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 2196

2. MERCANTIL

- Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2201

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- La inscripción separada del suelo y del subsuelo y la nueva regulación de la Ley 8/2007, de Suelo Estatal y su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-ley 2/2008: comentario a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el artículo 17 de las citadas leyes, por GABRIEL SORIA MARTÍNES 2227

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2241

REVISTA DE REVISTAS 2261

ESTUDIOS

La edificación de uso residencial ante el reto de la plena integración de la discapacidad (¿Accesibilidad arquitectónica o algo más?)

por

JUANA MARÍA DEL VAS GONZÁLEZ

Doctora en Derecho

Profesora Adjunta de Derecho Civil

Universidad Católica San Antonio de Murcia

SUMARIO

1. 2007. AÑO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS. HACIA UNA SOCIEDAD JUSTA.
2. LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y ACESIBILIDAD UNIVERSAL DE LOS DISCAPACITADOS:
 - 2.1. ENFOQUE DE ESTAS MEDIDAS DESDE EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL.
 - 2.2. PRESENTACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.
3. DISEÑO PARA TODOS: UN NUEVO PARADIGMA PARA LA PLENA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES:
 - 3.1. IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DE UNA NUEVA CULTURA DE LO ACCESIBLE.
 - 3.2. ANÁLISIS DE LA ACCESIBILIDAD EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN.
 - 3.3. OBJETIVOS PROPUESTOS PARA SU EJECUCIÓN EN EL SISTEMA NORMATIVO DE LA PRÓXIMA DÉCADA.
 - 3.4. INTERVENCIÓN DE LOS AGENTES INMOBILIARIOS IMPLICADOS.
 - 3.5. HASTA 2020.
4. RESPUESTA DE LA NORMACIÓN VIGENTE A LA EXIGENCIA DE ACESIBILIDAD EN LOS EDIFICIOS DE USO RESIDENCIAL:

- 4.1. SOLUCIONES INCORPORADAS A LA LEY 49/1960, DE 21 DE JULIO, SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - 4.2. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS DESDE EL PNDA.
 5. LAS NUEVAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS:
 - 5.1. EXIGENCIAS APRECIABLES EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - 5.2. AÑO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS. UN BUEN MOMENTO.
 - 5.3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ADELANTARNOS AL FUTURO.
 6. CONSIDERACIONES FINALES.
-
1. 2007. AÑO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS. HACIA UNA SOCIEDAD JUSTA

La no discriminación es un principio fundamental de la Unión Europea que debe ser tenido en cuenta por todas las políticas de los distintos países miembros. Es innegable que son muchos los avances realizados hasta el momento en la consecución de la eliminación de la discriminación y la promoción de la igualdad de oportunidades. Son muchas también las medidas legislativas minuciosamente elaboradas y adoptadas en esta misma dirección, pero lo cierto es que aún queda mucho camino por recorrer.

En este sentido, 2007 ha sido declarado Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (1), en un claro propósito por sensibilizar a la opinión pública acerca de los beneficios de una sociedad no excluyente, más justa y cohesionada. Constituirá este Año Europeo una buena oportunidad para tomar conciencia del importante acervo de la Unión Europea en el ámbito de la igualdad y la lucha contra la discriminación, para adoptar iniciativas, rechazar actitudes y conductas discriminatorias y facilitar a todos los ciudadanos más información relativa a sus derechos y obligaciones legales (2). Y todo ello enmarcado dentro de un enfoque transversal de la no discriminación

(1) Decisión número 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) - Hacia una sociedad justa.

(2) Así, sobre la base del artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, que aplica el principio de igualdad de trato para las personas independientemente de su origen racial o étnico en ámbitos como el empleo, la formación profesional, la educación, los bienes y servicios y la protección social, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíbe la discriminación por razones de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

que debería permitir garantizar una aplicación correcta y uniforme del marco legislativo comunitario para toda Europa, resaltando sus principios fundamentales y recabando activamente el apoyo social a la vigente legislación en materia de no discriminación y de igualdad.

Los objetivos específicos del Año Europeo han sido enmarcados en cuatro estrategias generales (3). En relación a los derechos, se pretende potenciar la concienciación sobre el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, así como sobre la problemática de la discriminación múltiple, subrayándose la trascendencia del mensaje de que todas las personas tienen derecho al mismo trato. Por lo que se refiere a la representación, es objetivo prioritario estimular un debate sobre las formas de aumentar la participación en la sociedad de los grupos víctimas de discriminación, promoviendo su implicación en acciones destinadas a la lucha contra la discriminación en todos los sectores y a todos los niveles. En cuanto al reconocimiento, se busca facilitar y celebrar la diversidad y la igualdad, poniendo un acento especial en las ventajas derivadas de esta diversidad. Por último, en relación al respeto, se subraya la conveniencia de promover una sociedad con más cohesión, aumentando la concienciación sobre la importancia de promover buenas relaciones entre todos los miembros de la sociedad y suprimiendo las conductas estereotipadas.

En España (4), el Año Europeo se propone, en concreto, y por lo que a los derechos se refiere, poner especial énfasis en la recopilación y divulgación de toda la normativa actualmente existente en la legislación española y europea que recoge las políticas y medidas relacionadas con la no discriminación. Yendo más allá del mero conocimiento de sus derechos por parte de la población en general y del colectivo especialmente afectado por alguna discriminación, se pretende también avanzar en la sensibilización ciudadana en relación con el ejercicio real de los derechos de igualdad, tanto en el sector público como privado. En cuanto a la representación, se busca crear espacios de participación y debate para estimular y recoger propuestas y aportaciones en relación con la no discriminación, así como potenciar la coordinación de los distintos ámbitos y niveles de actuación a fin de sumar los esfuerzos y fomentar las sinergias. Desde la perspectiva del reconocimiento, se pretende promover la visibilidad de las aportaciones que todos los colectivos implicados están haciendo al conjunto de la sociedad, tomando en consideración la discapacidad como factor de *mainstreaming*. Y, finalmente, en cuanto al res-

(3) Estos objetivos aparecen expuestos en el artículo 2 de la Decisión número 771/2006/CE.

(4) Como órgano nacional de gestión ha sido designado el Observatorio contra el Racismo y la Xenofobia de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

http://www.mtas.es/migraciones/Integracion/anio_europeo_igualdad_oportunidades.htm

Véase también la web de la Comisión Europea específica sobre este tema:

http://ec.europa.eu/employment_social/eyeq/index.cfm?language=EN

peto, es objetivo primero sensibilizar y concienciar sobre la importancia de la construcción de una sociedad de convivencia, vertebrada en los valores de la solidaridad, el respeto mutuo y la no discriminación.

Entre la pluralidad de medidas (5) dirigidas a conseguir los objetivos predefinidos se incluye, junto a la celebración de otros actos de difusión y concienciación pública, la elaboración de estudios de ámbito comunitario y nacional que permitan evaluar la efectividad y el verdadero impacto de este Año Europeo que celebramos. Es, precisamente, en esta línea donde pretende insertarse este trabajo de investigación, dirigido a reanalizar, aunque sea de una manera no tan rigurosa y exhaustiva como la requerida por la relevancia del tema, la reacción de la propiedad inmobiliaria, y más concretamente de la edificación de uso residencial, ante esta nueva llamada desde los órganos europeos a la normalización de la realidad que día a día viven las personas discapacitadas.

Se abordará, con esta finalidad, el análisis de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, haciendo especial hincapié en las líneas estratégicas de intervención que pone en marcha, así como en las medidas contra la discriminación y de acción positiva que se presentan. Por ser el instrumento de desarrollo previsto para las medidas de fomento arbitradas por esta norma, se hará referencia detallada al I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, Por un nuevo paradigma, el Diseño para Todos, hacia la plena igualdad de oportunidades, insistiendo en el análisis sectorial relativo a la accesibilidad en la edificación, con sus tres categorías específicas, los edificios de viviendas de uso residencial, las viviendas y los edificios de uso público. Más adelante, y siguiendo la reforma ordenada por la Disposición Adicional tercera de la Ley, centraremos nuestros comentarios en los nuevos preceptos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. En este punto, y descendiendo a un plano más casuístico, se procederá, desde la perspectiva jurisprudencial más reciente, a la exposición de los principales problemas suscitados por la llamada supresión de barreras arquitectónicas en los edificios sometidos al régimen jurídico especial de propiedad horizontal, con las aportaciones doctrinales más relevantes vertidas sobre el tema, lo que nos permitirá realizar algunas propuestas de normalización de la discapacidad en el ámbito de las Comunidades de Propietarios. Por último, se atenderá a la exhortación realizada a los Estados, entre ellos España, desde la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas a la pronta ratificación de la nueva Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo (6), que se encuentran abiertos a la firma en la Sede de Naciones Unidas, en Nueva York, desde el 30 de marzo de 2007.

(5) El contenido de las medidas aparece expuesto en el artículo 3 de la Decisión número 771/2006/CE y se detallan en el Anexo a la misma.

(6) Aún no en vigor.

En definitiva, el marco normativo internacional, comunitario e interno contra la discriminación por razón de discapacidad, goza de antemano no sólo de un amplio apoyo popular sino también de una auténtica voluntad política de actuación. Por todo ello, el Año Europeo debe ser aprovechado como catalizador para sensibilizar y dar impulso a las distintas acciones propuestas, de modo que también en el contexto de la propiedad inmobiliaria se logre avanzar eficazmente en la implantación de una nueva estrategia marco de igualdad de oportunidades.

2. LAS ESTRATEGIAS DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LOS DISCAPACITADOS

2.1. ENFOQUE DE ESTAS MEDIDAS DESDE EL MARCO NORMATIVO SUPRANACIONAL

El Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades no trata específicamente la problemática de las personas con discapacidad, pero, sin duda alguna, la discapacidad sigue siendo uno de los motivos más palpables de discriminación y por ello uno de los aspectos que más preocupación suscita en la conciencia general. Son muchos los millones de personas que, a comienzos del siglo XXI, siguen enfrentándose cada día a multitud de barreras que les impiden llevar una vida normalizada.

Tampoco es la primera vez que la normativa supranacional repara en esta realidad. Aunque consideradas como *soft law* (7), destacan por su implicación con esta materia las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (8), aprobadas en 1993 y elaboradas sobre la base de la experiencia adquirida durante el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992) (9). El fundamento político de estas Normas se encuentra en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el Programa de Acción Mundial de los Impedidos. Las Normas Uniformes llevan implícito el firme compromiso

(7) El llamado *soft law* está integrado, según explica PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 156, por resoluciones con valor prospectivo o programático, por auténticas normas de «incitación» fundadas en nociones racionales, científicas o técnicas. En idioma español se habla de «derecho suave» o «prederecho». Vid. SEPÚLVEDA, C., «La Diplomacia Parlamentaria y la formación del Nuevo Orden Jurídico Internacional», en *Estudios Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 783.

(8) Resolución 48/96 adoptada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

(9) Proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 37/53.

moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades, destacando aquellas esferas que sean de importancia decisiva para la calidad de vida y para el logro de la plena participación y la igualdad.

Entre los conceptos fundamentales de la política relativa a la discapacidad contemplados por las Normas Uniformes, deben ser destacados, por su alcance y trascendencia en el estudio que realizamos, dos de ellos: el logro de la igualdad de oportunidades y el principio de igualdad de derechos. Por logro de la igualdad de oportunidades se entiende el proceso mediante el cual los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad. El principio de igualdad de derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera que garanticen que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación.

Particularmente relevante, una vez centrados en el articulado de este cuerpo legal, es la Norma 5.^a, que considera el término «accesibilidad» con referencia a las condiciones ambientales y materiales y a los servicios de información. Respecto del acceso al entorno físico dispone que los Estados deberán adoptar medidas para eliminar los obstáculos a la participación en el entorno físico, medidas que podrán consistir en la elaboración de normas y directrices y en la promulgación de leyes que aseguren el acceso a las viviendas, los edificios, las calles y otros espacios al aire libre. Los Estados deben velar porque los arquitectos, los técnicos de la construcción y otros profesionales que participen en el diseño y la construcción del entorno físico puedan obtener información adecuada sobre la política en materia de discapacidad y las medidas encaminadas a asegurar el acceso. Estas medidas se incluirán desde el principio en el diseño y en la construcción del entorno físico.

En 1997, las Naciones Unidas presentaban la accesibilidad como una prioridad en la promoción de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (10). Dar respuesta a las exigencias derivadas de la accesibilidad supone un mecanismo eficaz para invertir la exclusión y aumentar la igualdad de oportunidades de un modo sostenible y positivo. La dificultad estriba en abordar el concepto de accesibilidad de un modo sistemático para que añada valor a los procesos políticos. Esto implicaría descubrir que los elementos de la accesibilidad son atributos de la disponibilidad del entorno pero no son características del entorno. Como características del entorno se han identificado, junto a la accesibilidad, el alojamiento, la disponibilidad de recursos, el apoyo social y la igualdad, características que representan un esquema para clasificar las diferentes formas en las que las personas interac-

(10) A/RES/52/82.

túan con los entornos. La propuesta de valores del diseño universal supone el diseño de productos y entornos que puedan ser usados por todas las personas. Para ello, las dimensiones universales de acceso deberían reconocer el contexto social, considerar la situación de la persona, su edad, sus factores culturales y apoyar los análisis en la persona y en el entorno. Conduciría todo ello a reconocer en la accesibilidad no sólo una cuestión de interés para un colectivo específico, sino en un requisito indispensable para el progreso de toda la sociedad.

Transcurridos diez años desde que las Normas Uniformes fueran aprobadas, el Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante el período 2000-2002 (11), incluía entre las tareas para el futuro la aprobación y publicación de un suplemento a dichas Normas. En el proyecto de suplemento se hacía especial hincapié en materia de vivienda, acceso al entorno social y cuestiones relativas a las comunicaciones. Entre las iniciativas propuestas en relación con las políticas y la legislación nacionales se incidía sobremanera en la promulgación de leyes preceptivas dirigidas a la eliminación de obstáculos, suministro de tecnologías auxiliares, servicios de interpretación, fomento y apoyo a la mejora de la accesibilidad en la vivienda y los servicios de información y comunicaciones.

Como último paso dado en esta dirección, en principio (12) simplemente mencionar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en enero de 2007, que viene a reconocer expresamente (13) su preocupación por el hecho de que, pese a los diversos instrumentos normativos activados, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con los demás y en su entorno.

Dentro ya del contexto institucional y normativo europeo, tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación. En el marco general de protección de derechos humanos en el Consejo de Europa, sus dos instrumentos fundamentales son el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), más los Protocolos adicionales ratificados por España (14) y la Carta Social Europea y sus Protocolos.

(11) E/CN.5/2002/4.

(12) Vid. *Infra*.

(13) Dispone en su Preámbulo, letra k), que observa «*con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo*».

(14) En especial, el Protocolo XI que reforma el sistema de protección.

En el ámbito de la Unión Europea merece una mención especial la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclamada en 2000. En ella se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de discapacidad, proclamándose el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Por su carácter más reciente, conviene también hacer referencia a la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015 (15). En esta norma, carente de naturaleza vinculante, se sugiere a los Estados miembros, y por ello a España, que integren en sus políticas, legislaciones y prácticas, los principios y acciones preconizadas en el Plan de Acción del Consejo de Europa y que promuevan la puesta en práctica y la aplicación de dicho Plan en aquellos ámbitos que no estén sujetos directamente a la responsabilidad de los poderes públicos, pero en los que éstos ejerzan cierto poder (16).

El Plan de Acción del Consejo de Europa es de amplio espectro y cubre, según sus propias palabras, todos los aspectos claves de la vida de las personas discapacitadas. Estos aspectos se reflejan en una pluralidad de líneas de acción, referidas a temas de distinta naturaleza, de las cuales destacamos por su vinculación con la cuestión que abordamos las referidas a la información y comunicación y al entorno construido.

De una parte, para que las personas con discapacidad puedan ejercer activamente sus derechos, participar en la sociedad y adoptar las decisiones que les afecten, es primordial que las mismas tengan acceso a la información gracias a sistemas de comunicación adaptados. Sin embargo, tanto en el sector público como privado, la información y la comunicación siguen siendo en gran medida inaccesibles para muchas personas con discapacidad. Para dar solución a esta limitación se propone la adopción de medidas apropiadas para que las personas con discapacidad puedan buscar, recibir y comunicar informaciones, lo mismo que los demás miembros de la sociedad, así como la optimización en la utilización del potencial que hoy representan las nuevas

(15) Rec. (2006) 5, adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961.^a reunión de Delegados de Ministros.

(16) Con carácter previo se había celebrado la primera Conferencia de Ministros responsables de las políticas relativas a las personas con discapacidad. Por ello, en 1992 el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó la Recomendación r (92)6, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad. En 2003, durante la segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad, se adoptó la Declaración Ministerial de Málaga, relativa a las personas con discapacidad: «Avanzar hacia la plena participación como ciudadanos».

tecnologías, con el fin de mejorar la autonomía y la interacción de las personas discapacitadas en todos los sectores de la vida.

Por lo que al entorno construido se refiere, se pretende, con los nuevos objetivos, crear una sociedad abierta a todos, en la que la accesibilidad sea una condición beneficiosa para todos los miembros de la sociedad. Supone esto una toma de conciencia de los obstáculos tanto físicos como conductuales existentes, y una voluntad de eliminarlos mediante acciones positivas y otras medidas. No es la primera norma (17) que viene a promover la introducción de los principios de diseño universal en los programas de formación de los profesionales del sector del entorno construido, en concreto, del ámbito de la arquitectura, ingeniería, urbanismo y otros gremios relacionados con el mismo. En definitiva, con esta segunda línea de actuación, lo que se busca no es sólo establecer progresivamente un entorno accesible a las personas con discapacidad sino evitar, en lo sucesivo, la creación de nuevas barreras.

2.2. PRESENTACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tan sólo cuatro años después de que 2003 fuese declarado Año Europeo de las Personas con Discapacidad (18), vuelve Europa a replantearse la situación cotidiana de las personas discapacitadas y vuelve a considerar justificada la necesidad de apelar a la conciencia de la ciudadanía para la realización de un nuevo esfuerzo de integración. 2007, nuevo Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para Todos debe convertirse, pues, en motivo de un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Parece, de acuerdo con ello, que es un buen momento para proceder a la revisión de la normativa que con motivo de dicho evento entró en vigor. Nos referimos más concretamente a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igual-

(17) Resolución ResAP (2001) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la introducción de los principios de concepción universal en los programas de formación del conjunto de las profesiones que trabajan en el campo del medio construido («La Resolución de Tomar»). Vid. CARDONA LLORENS, J., «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. (dir.); FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (coord.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, págs. 336-337. Para la consulta de la normativa previa, vid. <http://www.down21.org/legislacion/internacionales/resumen.asp>

(18) Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003. El objetivo principal de este año fue promover el programa político para la integración plena y completa de las personas discapacitadas, definido en 2001 en la Comunicación de la Comisión titulada «Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad». Destaca la consulta de <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c11413.htm>

dad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) (19).

Dos fueron, según recoge la Exposición de Motivos de esta ley, las razones que justificaron la nueva normación. De una parte, se comprobó que, pese a los pronunciamientos constitucionales (20) y a la normativa vigente en la materia (21), aún persistía en la sociedad la existencia de notables desigualdades. Pero, junto a este fenómeno, se percibió la necesidad de una reforma legislativa apoyada en los nuevos enfoques y estrategias del fenómeno de la discapacidad, que empezaba a entenderse no sólo como una circunstancia derivada de las limitaciones personales sufridas por las personas discapacitadas, sino como una consecuencia de los obstáculos y condiciones limitativas emanadas de una sociedad y de un entorno discapacitantes. Se hace necesario, entonces, poner en marcha dos estrategias diferentes de intervención que actúen simultáneamente sobre los individuos y sobre las circunstancias ambientales, la estrategia de lucha contra la discriminación y la estrategia de accesibilidad universal.

La primera de estas estrategias, enfocada hacia la lucha contra la discriminación, aparece estrechamente vinculada al derecho a la igualdad de oportunidades, entendido como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a evitar o compensar las desventajas de una persona discapacitada para participar plenamente en los distintos ámbitos de la vida, tanto político como económico, cultural o social (22).

El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma está constituido por aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por esta minusvalía los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta

(19) Hace notar expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, «que la ley se aprueba coincidiendo en el tiempo con el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, por lo que constituye una de las aportaciones más significativas de la sociedad española al esfuerzo colectivo de emancipación histórica de las personas con discapacidad».

(20) Así, la CE de 1978 reconoce, en su artículo 14, la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. También el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, social y cultural. Por su parte, el artículo 10 establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con todos estos preceptos, el artículo 49 ordena a los poderes públicos, en referencia a las personas discapacitadas, que les presten una atención especializada y un amparo especial para el disfrute de sus derechos.

(21) Se está haciendo referencia a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, que desarrollaba sobre todo medidas de acción positiva.

(22) Esta definición aparece presentada en el artículo 1 de la Ley 51/2003.

o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (23). En cuanto al ámbito objetivo o material de aplicación de las medidas legales de garantía, siguiendo las tendencias internacionales más actuales que antes quedaban recogidas, se mencionan expresamente, como prueba de su relevancia y urgencia, tanto las exigencias derivadas de la sociedad de la información como la edificación.

En perfecta concordancia con el concepto antes expuesto, entiende la Ley 51/2003 vulnerado el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como por incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas (24).

Enlazamos así con la segunda de las estrategias de actuación, la dedicada a la accesibilidad universal, que, por otra parte, parece ser la de mayor calado en el ámbito edificatorio. Este moderno concepto de accesibilidad se debe a la preocupación mostrada por el movimiento asociativo promotor del modelo de vida independiente que, de solicitar la supresión de las barreras físicas, pasó a demandar el diseño para todos, hasta llegar finalmente a reivindicar la accesibilidad universal como condición que deben cumplir tanto los entornos como los productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

Todos estos principios, vida independiente, accesibilidad universal, diseño para todos, y otros, como la normalización, el diálogo civil o la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad quedarán, finalmente, desarrollados conceptualmente (25) y consagrados en la Ley 51/2003 como fundamentos inspiradores de la misma.

(23) Con el objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en este artículo 1.2 de la Ley 51/2003, y de fijar unos criterios homogéneos de actuación para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, inciso final, conforme al cual: «*La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional*», se dicta, previo informe del Consejo Nacional de la Discapacidad y de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía, el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

(24) Artículo 4 de la Ley 51/2003.

(25) El desarrollo conceptual aludido aparece expresado en el artículo 2 LIONDAU, que entiende por: «a) *Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.*

b) *Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.*

Sin embargo, más allá de constituir un mero reconocimiento programático de valores y actitudes, la norma que tratamos incluye el establecimiento de una serie de medidas y providencias dirigidas, de una parte, a garantizar la efectividad del proclamado derecho a la igualdad de oportunidades y, de otra, a llevar a cabo una política de equiparación. Aunque sin desarrollar su alcance, se estipulan las dos grandes categorías en las que se tipifican las medidas previstas para lograr la antedicha efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades, distinguiendo la Ley entre medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Una de las medidas claves en la lucha contra la discriminación consiste en salvaguardar las exigencias derivadas de la accesibilidad, logrando la eliminación de obstáculos mediante la realización de ajustes razonables (26). Se trataría con ello de llevar a cabo todas aquellas actuaciones que fueran necesarias para adecuar el ambiente físico, social y actitudinal a las circunstancias particulares de las personas discapacitadas para que, de una forma eficaz y práctica, y sin que ello suponga para el resto de la sociedad una carga desproporcionada, se facilite la accesibilidad y la participación de los discapacitados en igualdad de condiciones con los demás.

A su vez, y dentro de las medidas de acción positivas, se prevé que el Gobierno regule las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos niveles equiparables de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad. En estas disposiciones se exige una referencia específica a las exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, a

c) *Accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de "diseño para todos" y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.*

d) *Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.*

e) *Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.*

f) *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad».*

(26) En este sentido se pronuncia el artículo 7 LIONDAU, precisando el alcance de la proporción o desproporción de los ajustes en los términos que veremos *infra*.

la supresión de barreras a las instalaciones, a la adaptación de equipos e instrumentos así como el establecimiento de ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, sistemas de apoyo oral y lengua de signos u otros dispositivos que permitan la fluidez en la comunicación.

Por lo que se refiere a las disposiciones encaminadas al establecimiento gradual y progresivo de una política de plena equiparación, se distinguen por la Ley medidas de defensa y medidas de fomento. En cuanto a las primeras, por rapidez, sencillez y comodidad para las partes, resulta, en particular, interesante el establecimiento por parte del Gobierno de un sistema arbitral para atender y resolver las reclamaciones planteadas por las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, sin perjuicio, por supuesto, de la protección judicial o administrativa que en cada caso proceda (27).

El fomento, por su parte, se concretará en la adopción de medidas de sensibilización y en la dinamización del desarrollo tecnológico y de los fondos para el progreso conjunto con las Administraciones de proyectos innovadores. Dentro de estas medidas de fomento se hace un llamamiento legal (28) a la Administración General del Estado para que promueva, en colaboración con las otras Administraciones públicas y con las organizaciones representativas de las personas discapacitadas y sus familias, la elaboración, desarrollo y ejecución de planes en materia de accesibilidad. En respuesta a este llamamiento, y como marco estratégico para dar coherencia a las acciones administrativas conjuntamente realizadas con las entidades públicas o privadas con el objetivo común de suprimir barreras e implantar el denominado Diseño para Todos, se aprobó el I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, destinado, en última instancia, a promover una mayor calidad de vida en toda la población.

Finalmente (29), la materialización de la Ley 51/2003 implica la reforma de distintos cuerpos legislativos llamados a hacer realidad sus pronunciamien-

(27) En cumplimiento del mandato contenido en el artículo 17 y en la Disposición Final decimotercera de la LIONDAU ha sido recientemente aprobado el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

Se tiene en cuenta, en esta nueva regulación, lo establecido en la normativa comunitaria —Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo— que prevé el establecimiento en los Estados miembros de la Unión Europea de procedimientos de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos.

(28) Artículo 16 LIONDAU.

(29) Para consultar otras valoraciones sobre la LIONDAU, vid. CAYO PÉREZ BUENO, L. (dir.), *Nueva legislación sobre discapacidad en España*, Colección CERMI, núm. 9, 2003, pág. 146 y sigs.

tos. De todos ellos, por su vinculación con la propiedad inmobiliaria, centramos nuestro análisis en las innovaciones que supone para la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, que recoge la obligación de la Comunidad de propietarios de realizar las obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad en los términos que veremos *infra*.

3. DISEÑO PARA TODOS: UN NUEVO PARADIGMA PARA LA PLENA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

3.1. IMPLEMENTACIÓN PROGRESIVA DE UNA NUEVA CULTURA DE LO ACCESIBLE

En plena coincidencia con el espíritu de la Ley 51/2003, y aprovechando igualmente el impulso que supuso el año 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad, se presentó el I Plan Nacional de Accesibilidad. Por un nuevo paradigma, el Diseño para Todos, hacia la plena igualdad de oportunidades, cuya implementación se prevé entre los años 2004 y 2012 (PNdA) (30).

Aparecen conjuntamente expresadas en el lema del Plan las dos grandes ideas motrices de la lucha por la accesibilidad en los últimos años: el Diseño para Todos y la plena igualdad de oportunidades.

El Diseño para Todos, que parte de la base de que las barreras en el entorno constituyen obstáculos más graves a la participación social que las limitaciones funcionales de la persona, conlleva asumir que la dimensión humana no está definida por las capacidades individuales sino que debe interpretarse de una manera global, donde la diversidad sea la norma (máxime cuando toda persona es susceptible de tener condicionantes en un momento determinado) y no la excepción.

La plena igualdad de oportunidades toma como presupuesto básico que una sociedad que apuesta por el respeto a la diversidad humana y por la equiparación integral de los derechos de todas las personas debe asumir las necesidades de cada uno de forma igualitaria, estableciendo los diseños en función de la diversidad y no de una supuesta normalidad establecida por y para la persona media.

Sin embargo, junto a estas declaraciones programáticas, la realidad más patente refleja que, pese a los esperanzadores avances realizados, falta aún mucho camino por recorrer hasta conseguir naturalizar en la conciencia ciudadana la consideración de la accesibilidad como una materia importante para la calidad de vida de todos. Los retos a superar hasta lograr la implementación global de una nueva cultura de lo accesible son plurales y de muy

(30) PNdA, Aprobado por el MTAS, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad.

<http://accesibilidad.artmedialabs.com/pnda/index.jsp>

distinta naturaleza. Así, el propio Plan alude (31), como primera dificultad, a la dispersión competencial y administrativa, apoyada en la desestructuración y diversificación del poder público competente para organizar los cambios precisos. La diversidad de los sectores implicados y la complejidad de las interrelaciones precisas para la plena accesibilidad suponen una dificultad añadida al logro de los objetivos propuestos. Desde un punto de vista financiero, no son nimias las implicaciones y exigencias económicas que comportan estos objetivos, en particular, la adaptación de espacios edificados y la supresión en ellos de barreras arquitectónicas. Por lo que al marco normativo se refiere, alude específicamente el Plan a la falta de concreción y al carácter abstracto de las disposiciones legales relativas a la integración de la accesibilidad en los planes urbanísticos, tanto para evitar barreras físicas como en el señalamiento de itinerarios accesibles. En cuanto a la ejecución de esta normativa, otra de las particularidades en la actuación sobre la accesibilidad supone la dificultad para imponer esta regulación en espacios de elevada liberalización o en los que se da la intervención de una multiplicidad de agentes, como es el sector de la edificación. Por último, y desde una perspectiva subjetiva, se menciona el desconocimiento de sus derechos por parte de los beneficiarios directos de estas medidas, así como su marginación por una sociedad que suele conferirles una posición pasiva.

El cambio de esta situación y la implementación de un nuevo sistema exige, probablemente, el paso más complicado: la instauración de un nuevo orden de cosas, protagonizado por un profundo cambio en la mentalidad, en la perspectiva y en la actitud de nuestra sociedad, un cambio que pasa, necesariamente, por una mayor identificación con el problema de las barreras, cuya incidencia tendemos a reducir hoy a pequeños grupos de población.

3.2. ANÁLISIS DE LA ACCESIBILIDAD EN EL SECTOR DE LA EDIFICACIÓN

El PNdA parte, en la presentación de sus estrategias y de sus actuaciones concretas, del análisis y del diagnóstico realizados en el Libro Verde y en el Libro Blanco, estructurando el análisis a través de la diferenciación de tres sectores clave: los edificios de viviendas de uso residencial, con específica atención a las zonas comunes, las viviendas y los edificios de uso público.

(31) PNdA, pág. 35, al abordar la accesibilidad en España. Diagnóstico general. Sobre este tema trabaja DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., *La accesibilidad arquitectónica en los hogares familiares con situaciones de discapacidad y dependencia*, Comunicación presentada al Congreso Internacional de Hogar y relaciones familiares organizado por UNED-IDADFE y celebrado en Madrid, febrero de 2007. Vid. ALONSO, F., *Los beneficios de renunciar a las barreras. Análisis económico de la demanda de accesibilidad arquitectónica en las viviendas*. Serie Estudios. Observatorio de Discapacidad. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

En cuanto a la primera de estas realidades edificatorias, el edificio de viviendas de uso residencial, el análisis se hizo partiendo de la diferenciación de tres espacios distintos susceptibles de verse afectados por barreras a la accesibilidad: el exterior o entorno próximo, el umbral y el interior, es decir, los elementos y servicios comunes. Resulta sorprendente comprobar cómo la totalidad de los edificios evaluados presenta incumplimientos en los criterios legales de accesibilidad exigidos (32).

La práctica totalidad de los edificios incluidos en la muestra presentan obstáculos y barreras en el interior y en el umbral. En concreto, una parte de la elevada tasa de inaccesibilidad en el umbral y el interior se debe al incumplimiento de los criterios de accesibilidad en el grupo de elementos denominadas manipulables, como buzones o portero automático (en especial por su ubicación en altura), frente a los elementos fijos o de difícil remoción, como las escaleras y los anchos de paso (33).

En los edificios de viviendas, los elementos constructivos permanentes y de más difícil remoción, como los cambios de nivel, los escalones y rampas, representan un segundo grupo de barreras que, aunque suponen un porcentaje más bajo de accesibilidad que los llamados elementos manipulables, constituyen la principal barrera para la accesibilidad en el exterior y el umbral. Así, los escalones aislados, sin paso alternativo y las rampas mal diseñadas, por su pendiente excesiva longitudinal, inexistencia de pasamanos o falta de zócalo longitudinal, son muestra de los defectos edificatorios en lo que a accesibilidad se refiere. En cuanto a los anchos de paso, en los umbrales de entrada al portal, el ancho de paso de la puerta es, en numerosas ocasiones, insuficiente, presentando además otros problemas como insuficiente barrido de apertura de la hoja, excesivo peso de la hoja, mecanismos de apertura inadecuados, estrechez o insuficiencia en los espacios libres situados a ambos lados de la puerta. En el interior de los edificios, los ascensores son el elemento común que produce el mayor número de barreras (34), sin perjuicio de

(32) Fuente: Evaluaciones de vivienda proyecto ACCEPLAN. Se han analizado, como pone de manifiesto el Libro Blanco de la Accesibilidad, 499 edificios promovidos entre 1995 y 2000, evaluando y tomando medidas de sus elementos para cotejarlos con los requerimientos de las leyes de accesibilidad.

(33) Según datos publicados en el Libro Verde de la Accesibilidad, los elementos de las zonas comunes en los que se incumple la normativa suelen ser: desniveles en el umbral, características de la puerta de acceso al edificio (ancho, fuerza de apertura, espacio de giro no barrido, mecanismo de apertura, portero automático), existencia de ascensor, desniveles, capacidad de la cabina del ascensor, puerta exterior del ascensor automática, bajada del ascensor al garaje.

(34) Pone de relieve el Libro Verde de la Accesibilidad que en los ascensores, la principal causa de inaccesibilidad es atribuible al diseño del propio ascensor, debido en un 17 por 100 a la insuficiencia del ancho libre de paso, en un 12 por 100 a la insuficiente capacidad de la cabina y a la inadecuada localización de la botonera, excesivamente alta, en el 35 por 100 de los casos. Además, el 72 por 100 de los ascensores carece de numeración de Braille o en relieve.

un pequeño porcentaje de edificios (35), aún subsistentes, que carecen de ascensor pese a estar desarrollados en más de dos plantas.

Del análisis (36) de los espacios interiores de la vivienda resulta que las barreras apreciables son independientes de la tipología edificatoria empleada, observándose la misma proporción y distribución de barreras tanto en las viviendas situadas en edificios multifamiliares como unifamiliares, si bien estas últimas presentan, además, obstáculos específicos derivados de su desarrollo en varios niveles (37). En las viviendas tipo dúplex o unifamiliares, el resultado es de inaccesibilidad total desde el punto de vista de la circulación interior y en zonas ajardinadas privadas o de uso común, tanto por los cambios de nivel como por la anchura de paso. En ninguno de los casos analizados se ha contemplado la reserva o previsión de espacio para la instalación de ascensor o plataforma elevadora, ni la ubicación de un dormitorio con baño accesible en la planta de acceso. La combinación de barreras interiores y exteriores en las viviendas unifamiliares es consecuencia de la conjunción de criterios de mercado, de la falta de normativa específica y de la segmentación de la demanda, constituida por familias jóvenes de reciente formación y con escasa conciencia de las consecuencias futuras o potenciales de las barreras.

Para este estudio, los espacios interiores de la vivienda han sido distribuidos en espacios de circulación interior (accesibilidad de los pasillos que comunican las diversas dependencias de la vivienda y umbrales de acceso) (38) y espacios estanciales [accesibilidad de vestíbulos, distribuidores, estar-comedor, dormitorios, cocinas (39) y baños (40)].

En cuanto al tercer sector, edificios de uso público, del total de la muestra de los inmuebles sometidos al análisis, el 100 por 100 incumple alguno de los requisitos legales de accesibilidad. Los tipos de inmuebles públicos analizados comprenden tanto edificios de uso administrativo como edificios destinados a

(35) 4 por 100 de los edificios estudiados.

(36) Recoge el Libro Blanco de la Accesibilidad, pág. 83, que se ha realizado el análisis sobre planos de una muestra de 172 viviendas promovidas entre los años 1999 y 2000, representativa de las tipologías constructivas habituales y del ámbito territorial del estudio, excluyéndose de la evaluación las viviendas ya habitadas.

(37) Vid. Libro Blanco de la Accesibilidad, págs. 84 y 85.

(38) En estos umbrales, el dato más destacado es la utilización, en baños y aseos, de puertas de paso interior con hojas cuya medida conlleva que las piezas a las que dan acceso sean absolutamente inaccesibles.

(39) El 78,7 por 100 de las viviendas analizadas son accesibles y la aparente inaccesibilidad se resuelve, en muchos casos, con una adecuada distribución del mobiliario. Mención especial requiere, en palabras del Libro Verde, el espacio destinado a tendedero, que produce graves disfunciones desde el punto de vista de la accesibilidad, pues en él se suelen instalar elementos imprescindibles para el uso de la vivienda, como calderas de calefacción y agua caliente sanitaria, lavadora, etc.

(40) El 96 por 100 de los baños de las viviendas analizadas sólo disponen de espacio libre para describir un círculo de diámetro igual o inferior a 1,20 m., lo que significa que prácticamente la totalidad de los baños son inaccesibles.

actividades de ocio, turismo (41) y comercio (42). La tipología de las barreras apreciadas es relativamente pequeña (43), pero su presencia es muy frecuente. Las barreras se encuentran ubicadas básicamente en el interior (44), mientras que los espacios exteriores y umbrales de acceso presentan un nivel de accesibilidad superior. Ahora bien, en la aplicación del concepto de accesibilidad en el diseño y la ejecución de los edificios de reciente construcción evaluados, no se aprecia una tendencia uniforme, y más que a la aplicación consciente de criterios de accesibilidad parecen responder a una sensibilización individual del promotor o del proyectista concretos (45).

En definitiva, el patrimonio edificado muestra hoy un bajo nivel de accesibilidad y esta realidad se traduce a diario en multitud de problemas de independencia para las personas que sufren algún tipo de discapacidad. Esta realidad, que resulta invisible si la medimos con los parámetros de la «normalidad», se pone de relieve sobre todo en la continua ruptura de las llamadas cadenas de accesibilidad en los itinerarios. El desplazamiento físico de una persona, contemplando especialmente el supuesto en que esa persona padezca algún tipo de discapacidad funcional, debe producirse de forma ininterrumpida; el recorrido debe ser íntegramente accesible, desde su origen hasta su destino. Sin embargo, son muchos los «eslabones» o elementos de la cadena que deben ser cuidados para garantizar a toda persona la plena autonomía y la movilidad discrecional, tanto en los espacios privados como públicos, independencia que en el momento actual es, sencillamente, irrealizable.

Todo esto viene a demostrar que la aplicación de los criterios de accesibilidad en la edificación sigue dependiendo, a día de hoy, de multitud de factores, a veces desconectados entre sí, y de la intervención individualizada de los agentes actuantes. La infraaccesibilidad que muestra nuestro patrimonio edificado no es, por otra parte, consecuencia de un escaso desarrollo normativo o de una ausencia o insuficiencia de criterios técnicos. No. La

(41) De los 431 hoteles evaluados, lo que representaba en su momento en torno al 45 por 100 de los existentes, tan sólo tres cumplieron todos los criterios de accesibilidad.

(42) Según consta en el Libro Verde, las evaluaciones se han realizado sobre una muestra de 282 edificios de uso público, con un 55 por 100 de edificios de uso sanitario y educativo y un 21 por 100 de uso administrativo, siendo el resto de usos comerciales y culturales y otros.

(43) Los elementos más conflictivos son la altura de los mostradores, inaccesibles en el 75 por 100 de los casos y el acceso e interior del aseo, inaccesible en el 86 por 100 de los casos. Además, el 35 por 100 de los edificios de uso público analizados no tienen ascensor, siendo los de uso cultural (64 por 100) los que menos disponen de este elemento.

(44) La presencia de suelos deslizantes es el problema más frecuente que afecta a la movilidad interior.

(45) En su compromiso por dar una pronta solución a este problema destacamos el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

causa mayor de esta subsistencia invisible de barreras físicas y arquitectónicas se encuentra en la ausencia de una auténtica toma de conciencia, perseverante y generalizada, del objetivo del Diseño para Todos.

3.3. OBJETIVOS PROPUESTOS PARA SU EJECUCIÓN EN EL SISTEMA NORMATIVO DE LA PRÓXIMA DÉCADA

Para afrontar en los próximos años los problemas derivados de estas carencias en la accesibilidad, son varios los objetivos prioritarios fijados por el PNdA que han sido estructurados en cinco grandes áreas: Consolidar el paradigma del Diseño para Todos y su implantación en los nuevos productos, entornos y servicios y Difundir el conocimiento y aplicación de la accesibilidad; Introducir la accesibilidad como criterio básico de calidad de la gestión pública; Promover la accesibilidad en las nuevas tecnologías; Conseguir un sistema normativo para la promoción de la accesibilidad, completo, eficiente y de elevada aplicación en el territorio y, finalmente, Adaptar progresivamente y de forma equilibrada los entornos, productos y servicios a los criterios de Diseño para Todos.

Cada uno de estos objetivos generales va acompañado de una serie de estrategias meditadamente diseñadas para afrontar los problemas detectados. De todos ellos, centramos nuestro análisis en aquellos que muestran un vínculo más estrecho con el sector edificatorio de uso residencial.

El primero de los objetivos que abordamos se encamina a la consecución de un marco normativo comprometido con la defensa y promoción de la accesibilidad y caracterizado por su eficiencia y alto índice de aplicabilidad. Para ello se propone como estrategia el cumplimiento eficaz de la normativa de accesibilidad, una normativa profusa en España por cuanto que cada Comunidad Autónoma ha desarrollado su propia ley, e incluso su correspondiente desarrollo reglamentario. El principal problema al que dar solución es el constante incumplimiento de esta normativa, cuya escasa aplicabilidad obedece, entre otras razones, al carácter indefinido de los instrumentos que establece, a su desconocimiento por parte de los sectores afectados y a la falta de coordinación de las administraciones responsables de su implementación. Se proponen varios instrumentos de solución. Así, dar a conocer la existencia, el contenido y la importancia de la normativa autonómica y municipal sobre accesibilidad, fomentar el control del cumplimiento de las condiciones de accesibilidad por las Comisiones de Urbanismo autonómicas y municipales, aplicar las medidas de Disciplina Urbanística (sistema de sanciones y medidas precautorias y correctoras en las que deberían ser incorporados los parámetros de accesibilidad) a los casos de incumplimiento y coordinar la actuación de los distintos niveles administrativos mediante el establecimiento de sistemas y medios de comunicación e información entre ellos.

Como segunda estrategia dirigida al logro de este mencionado objetivo de configuración de un sistema legal completo en materia de accesibilidad se aboga por la adecuación de la normativa vigente, ya que, pese a su talante casuístico e integrador, siguen siendo muchos los edificios nuevos que no cumplen debidamente la regulación de accesibilidad y muchas las obras de reforma realizadas en el patrimonio edificado ya existente que siguen sin aplicar debidamente los parámetros preceptivos. Son vías previstas para la consecución de este objetivo la armonización y unificación de los conceptos y ámbitos objeto de regulación en la normativa de las distintas Comunidades Autónomas, el desarrollo reglamentario del contenido y del carácter jurídico de los Planes Especiales de Accesibilidad (PEAs), para evitar que las prioridades de actuación que define queden sin ejecutar por falta de criterios sobre su gestión y, por último, el refuerzo de la normativa y de la capacidad de acción municipal para el cumplimiento de todas las medidas de accesibilidad mediante la promoción, elaboración y activación de ordenanzas integrales de accesibilidad.

La incorporación de la accesibilidad a la normativa sectorial es la tercera de las líneas estratégicas presentadas. La reglamentación urbanística, marco jurídico básico para la configuración de los espacios urbanos, hace específica referencia a las condiciones que deben cumplir las edificaciones, siendo un instrumento básico por su capacidad para ordenar y regular las condiciones que deben de cumplir estos inmuebles, así como para establecer las obligaciones de todos los agentes implicados en la construcción. Como actuaciones de materialización de este propósito se habla de incorporar los criterios del Diseño para Todos en la normativa urbanística y su aplicación, integrar la accesibilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación, revisar y adecuar las Normas Técnicas de la Edificación bajo el criterio del Diseño para Todos y aumentar la inserción de requisitos de accesibilidad en otras normativas de carácter sectorial. Entre los agentes implicados menciona expresamente el PNdA a las Comunidades de Propietarios cuando contempla como actuación la incorporación del análisis de las condiciones de accesibilidad en las Inspecciones Técnicas de la Edificación (ITE).

Se aludía también antes, como objetivo prioritario del PNdA, al propósito de adaptar progresivamente y de forma equilibrada los entornos, productos y servicios a los criterios de Diseño para Todos. En esta dirección se encamina, como estrategias destinada a los inmuebles sometidos al régimen jurídico especial de la propiedad horizontal, la adaptación de edificios de uso residencial. El objetivo nuclear de esta acción es la corrección de las barreras presentes en el patrimonio edificado de uso residencial, al margen de su origen, edad, situación o tenencia y la conservación y mantenimiento de las condiciones de accesibilidad.

Preocupa, en primer orden, la accesibilidad a las viviendas y servicios anejos desde los espacios comunes de la edificación. Por ello, la accesibilidad

debe ser incorporada, como requisito en los espacios comunes, en todas las obras de rehabilitación y remodelación, con la misma categoría que se establece para las condiciones de estabilidad o seguridad. En este sentido, los Planes específicos de Rehabilitación promovidos por la Administración pública deben no sólo incorporar la condición de accesibilidad sino también considerarla como elemento receptor de asistencia técnica y financiera, al mismo nivel que los elementos estructurales. Como agentes implicados en este proceso se mencionan tanto a las Comunidades de propietarios como a los Administradores de fincas, presentes también en la siguiente medida de actuación, la accesibilidad en los espacios privados de aproximación.

La modificación en las tendencias constructivas, caracterizadas en los últimos tiempos por el diseño de tipologías edificatorias abiertas, ha generado la aparición de espacios intermedios entre los espacios tradicionalmente públicos y los edificios. Estos espacios son de titularidad privada y, por tanto, deberían recibir un tratamiento jurídico similar al que establecíamos antes para los elementos comunes de los edificios. Sin embargo, su situación y, sobre todo, su repercusión en el conjunto del medio urbano, requiere una atención diferenciada. Por ello, como componentes de esta actuación, se propone, por una parte, extender el ámbito de aplicación de los PEAs a estos espacios llamados de aproximación, convirtiéndolos en beneficiarios de los requisitos exigidos para los espacios públicos y, por otra, promover la incorporación de los mismos a los Pliegos de Condiciones y ámbitos de estudio de los PEAs.

También en el ámbito de los edificios de uso residencial, pero entendiendo que son agentes implicados, no ya la Comunidad de propietarios, sino los propietarios usuarios, se incorpora, como tercera actuación de esta estrategia, la accesibilidad en viviendas para personas con discapacidad. No obstante, aunque en este ámbito privado de adaptación de la vivienda a los requerimientos específicos de las personas discapacitadas se deba hablar de acciones realizadas a iniciativa de los usuarios, el cauce, apoyo y medios técnicos y financieros para su ejecución son mecanismos imprescindibles para su implementación.

3.4. INTERVENCIÓN DE LOS AGENTES INMOBILIARIOS IMPLICADOS

La participación de los agentes, tanto públicos como privados, en la puesta en marcha de las estrategias y líneas de actuación examinadas cobran una importancia fundamental.

En concreto, el PNdA incluye entre estos agentes a las empresas del sector de la edificación, haciendo referencia con esta expresión a las comunidades de propietarios, administradores de fincas, promotores y técnicos del sector. Y están implicados en este proceso tanto por su actividad profesional como por

sus conocimientos técnicos, de modo que su responsabilidad en la inclusión de soluciones accesibles en los distintos espacios de la edificación les obliga a involucrarse en la gestión y desarrollo de su propia modalidad de intervención, siendo su aportación catalogada de «esencial» (46). Aunque no aparece mencionada de modo expreso, también puede considerarse como actuación propia de los administradores de fincas la asistencia técnica y consultiva.

Tampoco debemos olvidar el papel que deben asumir los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas, que actuarán, siguiendo la terminología empleada por el PNdA, como «facilitadores» del desarrollo de estas actuaciones; su función deberá consistir en servir de puente entre los formadores y los profesionales de su gremio. Su intervención cobra especial relevancia, pues, tanto en la estrategia de la formación como en la estrategia de la incorporación de la accesibilidad en la normativa sectorial.

3.5. HASTA 2020

La implementación del PNdA está prevista hasta 2012, período estimado como suficiente para abordar los profundos cambios que necesita la sociedad para construir un entorno plenamente accesible y abierto a todos. Con la ejecución del Plan se prevé no sólo dar respuesta a unas necesidades propias de un gran colectivo de personas, sino también beneficiar a toda la población y establecer un marco de cooperación interinstitucional que sirva de vía para alcanzar los más que deseables objetivos de las políticas de accesibilidad.

Se ha previsto también, una vez evaluado el impacto y los resultados del Plan 2004-2012, la aprobación de un II Plan Nacional de Accesibilidad, a ejecutar hasta 2020, año en que finaliza el calendario de aplicación de las previsiones contenidas en la Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

4. RESPUESTA DE LA NORMACIÓN VIGENTE A LA EXIGENCIA DE ACCESIBILIDAD EN LOS EDIFICIOS DE USO RESIDENCIAL

4.1. SOLUCIONES INCORPORADAS A LA LEY 49/1960, DE 21 DE JULIO, SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

El Preámbulo de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad pone de manifiesto que «*La Disposición Adicional tercera modifica*

(46) PNdA, pág. 153.

la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con límite de que tales no exceden del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente». El contenido concreto de las modificaciones aparece plasmado, tras la reforma, en los artículos 10, 11 y 17 LPH, preceptos cuyo análisis ha sido ya abordado por una más que autorizada doctrina especialista en la materia (47), cuyas aportaciones más relevantes intentaremos sintetizar.

Recogiendo una obligación legal (48) tradicionalmente asumida por la Comunidad de propietarios, aunque regulando con mayor detalle su contenido, dispone el nuevo apartado 1.º del artículo 10 LPH que «Será obligación de la Comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad» (49). La novedad reside, pues, dentro de este

(47) Sobre barreras arquitectónicas y la evolución del concepto de accesibilidad, vid., DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5,51, 2004, págs. 2 a 32; TEJEDOR MUÑOZ, «La eliminación de las barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos», en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001, págs. 17 a 36; ROCA DORDA, ROCA GONZÁLEZ y CAMPO ADRIÁN, «La accesibilidad total: un nuevo concepto en la superación de barreras» (II), en *Polibea*, 2002, págs. 31 a 36.

Son muchas e interesantes también las propuestas de modificación de estos preceptos sugeridas por distintos autores y expuestas en la *Jornada de estudio sobre la Ley de Propiedad Horizontal* organizada por el Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España, Madrid, 2005. Algunas de ellas quedarán recogidas en este trabajo.

Para conocer el panorama legislativo existente con anterioridad a la reforma, puede consultarse el trabajo de ROMERO REY, C., *Minusválidos y Propiedad Horizontal*, publicado en http://www.imagina.org/leyes/prop_hor.htm. Vid., en este sentido, LOSCERTALES FUERTES, D., «Los minusválidos y las obras en los elementos comunes», en *Revista Jurídica SEPÍN*, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal, núm. 152, octubre de 1995, y «Los minusválidos y la doble posibilidad de las obras de adaptación de los elementos comunes», en *Revista Jurídica SEPÍN*, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal, núm. 159, mayo de 1996.

(48) De hecho, también aparece recogida en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en cuyos términos: «Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, los edificios deberán proyectarse, construirse, mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos siguientes:

a) Relativos a la funcionalidad:

a.2) Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica».

(49) Estas obras son, como pone de relieve LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», en *SEPÍN*, 7.ª ed., Madrid, 2005, pág. 142, las que afectan de forma sustancial al inmueble y también las necesarias para la habitabilidad, comprendiendo no sólo las reparaciones extraordinarias sino también las repara-

primer apartado, en incorporar a su texto las obras exigidas para hacer el inmueble accesible a las personas afectadas por alguna discapacidad (50). Ahora bien, estas obras de accesibilidad, por sus especificidades, pueden y deben de ser consideradas dentro de las distintos tipos de obras realizables en el seno de una Comunidad de propietarios, como un *tertius genus* entre las necesarias y las útiles. Nos encontramos, además, ante un tipo de obras que suscitan especiales problemas en la Comunidad, de una parte, porque suelen ser costosas (en la mayoría de las ocasiones superiores a tres mensualidades de cuota), y de otra, por la escasa voluntad de los comuneros no afectados a su pago (en especial, propietarios arrendadores y de los locales de negocio). Se hace, por ello, más necesario el establecimiento de criterios claros sobre los sujetos legitimados para su reclamación, sobre su contenido y, en particular, sobre su pago, como medio para garantizar la eficacia de la obligatoriedad inicial de las obras y mejoras de accesibilidad, evitando que por unos u otros mecanismos las últimas y bienintencionadas reformas queden, en la práctica, vacías de contenido.

Matizando esta innovación continúa diciendo el apartado 2.º que «*Asimismo, la Comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes*».

Son muchas las cuestiones de interés que alberga el contenido de esta disposición. En principio, aclara que la relación jurídica sigue estableciéndose entre la Comunidad de propietarios y el comunero titular dominical del elemento privativo en el que viven, trabajan o prestan sus servicios altruistas las personas beneficiarias de las obras, negando, por tanto, a estos últimos, la condición de peticionarios de tales reformas. Y es que la legitimidad para interesar los acuerdos o, en su caso, la obra siguen ostentándola los propietarios, pues el legislador no ha querido conferir la iniciativa de la obra a quien

ciones normales de conservación y mantenimiento del inmueble. Vid. ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Madrid, 2002, 2.ª ed., pág. 303 y sigs., en cuya opinión se trata de obras encaminadas a mantener la finca en perfecto estado de uso y disfrute y, en su caso, impedir su deterioro.

(50) LOSCERTALES FUERTES, D., «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en *Revista Jurídica SEPÍN*, PH-243, enero de 2004, pág. 22. Señala este autor que se añade la expresión «accesibilidad» entre las obligaciones de la Comunidad, con el mismo nivel de exigencia que el resto de los supuestos contemplados por el precepto.

no contribuye con su cuota a la asunción del gasto (51). Además, para que surja esta legitimación en el peticionario es imprescindible una relación de permanencia de la persona beneficiaria en el inmueble.

Las personas beneficiarias de las obras exigidas para la accesibilidad del inmueble son, de una parte, las que específicamente se mencionan en este precepto, es decir, personas discapacitadas que vivan (al margen del título jurídico que les vincule con la finca o con su titular), trabajen o presten sus servicios altruistas en el inmueble (52). Para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de esta norma deberá tenerse en cuenta el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (53) y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (54).

Se establece, como novedad y a los efectos de la exigibilidad de las obras de accesibilidad, la equiparación con los discapacitados de las personas mayores de setenta años (55). Sin embargo, con la reciente entrada en vigor de

(51) Vid. MORETÓN SANZ, M.^a F., «El patrimonio especialmente protegido y la obligatoriedad de las obras de accesibilidad en la propiedad horizontal: ámbito subjetivo y beneficiarios de su tutela civil», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.), Sevilla, 2005, pág. 26 y sigs.

(52) La inclusión de este colectivo en el texto definitivo de la norma se debe a la Enmienda número 114, presentada en el Congreso de los Diputados para hacer referencia a aquellas personas que también pueden quedar afectadas por las situaciones que exigen la supresión de barreras arquitectónicas pero que acuden a la vivienda no por una relación laboral sino para prestar servicios voluntaristas o altruistas. Vid. MAGRO SERVET, V., «Guía práctica de propiedad horizontal», en *SEPÍN*, 2004, pág. 150.

(53) Artículo 1.2 LIONDAU: «A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por esta minusvalía los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

(54) Sobre el reconocimiento del grado de minusvalía, vid. MORETÓN SANZ, M.^a F., *op. cit.*, pág. 27 y sigs. Destacamos también la SAP de Barcelona de 3 de febrero de 2005, SP/SENT/67759, en la que se recoge que el concepto de minusvalía a tener en cuenta deber ser el funcional con independencia de su reconocimiento administrativo. Vid. SSTs de 13 de julio de 1994, 5 de julio de 1995, 13 de julio de 1997 y 28 de septiembre de 2006, SP/SENT/97795.

(55) De hecho, la STS de 28 de septiembre de 2006, SP/SENT/97795, alude expresamente a la doctrina jurisprudencial que ha asimilado los ancianos o personas con enfermedades que dificulten de manera importante la subida de las escaleras del inmueble a las personas con minusvalías (SSTS de 5 de julio de 1995 y 22 de noviembre de 1999); todo ello en el marco de la función social que ha de cumplir la propiedad y para hacer efectivo a las personas minusválidas el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los artículos 47 y 49 de la Constitución Española.

la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, probablemente debería hacerse una interpretación más flexible de la exigencia de esta edad concreta, toda vez que esta nueva norma entiende por dependencia *«el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»* (56). Además, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial, tendrán derecho *«A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley»* (57).

Por último, también deben entenderse comprendidas dentro del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 10 LPH a las personas a quienes corresponda este derecho por disponerlo así la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre Límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, en cuyos términos *«Serán beneficiarios de las medidas previstas en la presente Ley, quienes, padeciendo una minusvalía de las descritas en el artículo siguiente (58), sean titulares de fincas urbanas en calidad de propietarios, arrendatarios, subarrendatarios o usufructuarios, o sean usuarios de las mismas»*.

Como consideraciones críticas finales, entendemos, sin embargo, que serán muchas las ocasiones en que el propietario, bien por tener el piso arrendado con renta baja o cedido en precario o gravado con usufructo, no

En relación con la acreditación de la edad por medio de DNI a los efectos de solicitar la supresión de barreras arquitectónicas, vid. SAP de Valencia de 29 de septiembre de 2004, SP/SENT/67953.

(56) Artículo 2.2 de la Ley 39/2006.

(57) Artículo 4.2.k) de la Ley 39/2006.

(58) Artículo 3 de la Ley 15/1995: *«Los titulares y usuarios, a los que se refiere el artículo anterior, tendrán derecho a promover y llevar a cabo las obras de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde la vía pública, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

Ser el titular o el usuario de la vivienda minusválido con disminución permanente para andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, se precise o no el uso de prótesis o de silla de ruedas.

Ser necesarias las obras de reforma en el interior de la finca urbana o en los pasos de comunicación con la vía pública para salvar barreras arquitectónicas, de modo que se permita su adecuado y fácil uso por minusválidos, siempre que las obras no afecten a la estructura o fábrica del edificio, que no menoscaben la resistencia de los materiales empleados en la construcción y que sean razonablemente compatibles con las características arquitectónicas e históricas del edificio».

tendrá el más mínimo interés en que se realicen las obras de accesibilidad (máxime si tiene que hacer algún desembolso económico), de modo que, pese a la solicitud de los ocupantes no requerirá a la Comunidad para la realización de las mencionadas obras necesarias de accesibilidad. Para evitar, en estos casos, problemas de legitimación, parece más que conveniente coordinar el artículo 10.2 LPH con la Ley 15/1995 y extender esa legitimación a los ocupantes del inmueble, cualquiera que fuere su título de posesión (59).

En cuanto al ámbito objetivo de la exigibilidad, se establece una doble limitación ya que, de una parte, sólo podrán pretenderse obras necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior y, de otra, su importe total no podrá exceder de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. En la interpretación de la expresión «*obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad*», quizá sería pertinente recordar el concepto de «ajuste razonable» al que aludíamos *supra*, y que explicita el artículo 7 de la Ley 51/2003, entendiéndolo como medidas de adecuación del ambiente físico a las circunstancias particulares de las personas discapacitadas para que, sin suponer una carga desproporcionada para el resto de los propietarios, se facilite la accesibilidad y la participación de los discapacitados en igualdad de condiciones con los demás (60).

También en la delimitación del importe máximo que tienen obligación de asumir los comuneros parecen haberse tenido en cuenta los criterios legales fijados por dicho artículo 7, es decir, los costes económicos que la acometida de la medida supone, los efectos discriminatorios que su no adopción implica para las personas con discapacidad, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica, en este caso la Comunidad de propietarios, y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. Sin embargo, se ha criticado, y con razón, el establecimiento de este límite, habiendo sido calificada la medida como de discriminación negativa para las personas con discapacidad pues, lejos de serles beneficiosa, la norma que comentamos les impide exigir de la Comu-

(59) Es destacable el amplio criterio mantenido por la SAP de Burgos de 9 de abril de 1998 cuando expone que, «el concepto de minusvalía no ha de entenderse en sentido formal, esto es, que requiera de una declaración administrativa o judicial para su existencia, sino que por tal se ha de entender la falta de aptitud objetiva para realizar las funciones propias de una persona dotada de sus facultades normales».

(60) Vid. SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2006, SP/SENT/97143, que expone: «la instalación de rampa en el portal del edificio, con el objeto de suprimir barreras arquitectónicas que dificultan el acceso o movilidad de personas con minusvalía, debe reputarse como una obra no sólo adecuada en atención al espíritu social y solidario, sino siempre necesaria, pues la supresión de todo tipo de obstáculos que dificulten la movilidad y desplazamiento de cualquier duda clara constituye siempre una necesidad social». También SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2003, SP/SENT/92261.

nidad la realización de las obras que superen este importe, toda vez que al resto de los propietarios sí se les permite el ejercicio de las acciones oportunas para que la Comunidad cumpla con las obligaciones derivadas del apartado 1.º del artículo 10 (61). Pueden, por tanto, acudir a la vía judicial para que se cumpla la normativa en relación con la estructura, estanqueidad, habitabilidad y seguridad, con independencia de la cuantía.

Si en el ejercicio de esta pretensión fuese necesario acudir a los Tribunales, el procedimiento pertinente sería el proceso ordinario contemplado en el artículo 249.1.8.º LEC, que ha venido a modificar la pertinencia del juicio verbal previsto por la Ley 15/1995 (62). Recientemente ha sido aprobado el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. En el mismo se dispone que el sistema arbitral se establece, sin formalidades especiales, para atender y resolver con carácter vinculante para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. En él se comprenderán las quejas y reclamaciones de las personas con discapacidad, entre otras materias, en la edificación.

Por último, y como garantía especial para la Comunidad, dispone el apartado 5 que *«Al pago de los gastos derivados de la realización de las obras de conservación y accesibilidad, a que se refiere el presente artículo, estará afecto el piso o local en los mismos términos y condiciones que los establecidos en el artículo 9 para los gastos generales»*. En concreto, los gastos derivados de la realización de las obras de accesibilidad, siempre que no excedan del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, son obligatorios para cada propietario y en caso de impago serán de aplicación las garantías arbitradas a favor de la Comunidad por el artículo 9.1.e), es decir, se establece la preferencia de los créditos derivados de la obligación de con-

(61) LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, pág. 143.

(62) Artículo 6 de la Ley 15/1995: *«1. Comunicada en el tiempo y forma señalados la oposición a la ejecución de las obras de adecuación, o no aceptadas las soluciones alternativas propuestas, el titular o usuario de la finca urbana podrá acudir en defensa de su derecho a la jurisdicción civil. El procedimiento se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Acreditados los requisitos establecidos en la presente Ley, mediante las oportunas certificaciones, el juez dictará sentencia reconociendo el derecho a ejecutar las obras en beneficio de las personas discapacitadas, pudiendo, no obstante, declarar procedente alguna o parte de las alternativas propuestas por la parte demandada.*

2. Las sentencias dictadas en estos juicios verbales serán recurribles conforme al régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la única salvedad de que el recurso de apelación se interpondrá en un solo efecto».

tribuir al sostenimiento de los gastos generales y la afección real del inmueble, tras su transmisión, al pago de los gastos generales adeudados a la Comunidad por el titular anterior (63).

A modo de enjuiciamiento crítico se ha de reseñar que el pago de los gastos de realización de las obras de conservación y de accesibilidad no está adecuadamente regulado, tanto por el propio contenido del artículo 10.5 LPH, que hace referencia únicamente a la afección del local o vivienda al pago, sin regular cuál es el objeto de ese pago, y si se incluye la instalación de los dispositivos o mecanismos o sólo su mantenimiento o ambos conceptos, como por su necesaria concordancia con el artículo 11.3 LPH, regulador de las obras útiles, y con el artículo 17.1.º5 LPH, donde se dice que los acuerdos obligaran «a todos los propietarios». Si después de la Ley 51/2003, el acuerdo de supresión de barreras sólo precisa para su adopción del voto favorable de la mayoría de los propietarios, la laguna legislativa del artículo 10 LPH está en determinar cómo y por quién se pagan los gastos de la instalación y de conservación de los instrumentos necesarios para eliminar las barreras que impiden la movilidad en el inmueble de personas mayores o con discapacidad (64). Se considera, por todo ello, necesario clarificar la jurisprudencia contradictoria (65) sobre las obras necesarias y su pago por los locales de negocio.

Pasamos ya a realizar unas breves consideraciones exegéticas de las innovaciones incorporadas al texto del artículo 11 LPH tras la reforma aportada por la Ley 51/2003. En concreto dispone el apartado 1.º que «*Ningún propietario podrá exigir nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble, según su naturaleza y características*», incluyendo, como novedad, el concepto de accesibilidad y haciéndolo en plena equiparación con las nuevas instalaciones, servicios y mejoras exigidas para el perfecto estado del inmueble.

Consecuencia de ello es la adición del apartado 3.º, nuevo apartado que es el que nos interesa como verdadero artífice de la protección concedida a las personas discapacitadas. En él se pone de relieve que «*Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la Co-*

(63) Vid. DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.ª, *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 163 y sigs., donde se trata en profundidad la obligación de contribuir al pago de los gastos generales del inmueble y sus garantías.

(64) En especial para la colocación de rampas mecánicas y sobre todo de ascensores, pues es notorio que su importe excederá de tres mensualidades en casi todos los casos y que los locales de negocio invocarán cláusulas de exención total o parcial para excluir su obligación de pago.

(65) Vid. SAP de Salamanca de 17 de junio de 2000; SAP de Málaga de 19 de abril de 2004; SAP de Zaragoza de 18 de noviembre de 2002; SAP de Burgos de 12 de mayo de 2003; SAP de Madrid de 2 de julio de 2004; SAP de León de 31 de marzo de 2004; SAP de Alicante de 17 de octubre de 2002.

munidad quedará obligada al pago de los gastos aún cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes». La diferencia con el artículo 10 se encuentra en que partimos ahora del hecho de que la Junta de propietarios ha decidido adoptar el acuerdo favorable a la realización de las obras de accesibilidad, acuerdo que implica, según la prescripción legal, que «*la Comunidad*» queda obligada a contribuir económicamente, sin poder exonerarse del pago. No obstante, el tratamiento verdaderamente ventajoso para los discapacitados respecto del resto de los comuneros estriba en la no aplicación para estas obras del límite cuantitativo de las tres mensualidades de gastos ordinarios, que sí opera, sin embargo, para los demás supuestos contemplados en el apartado 2.º del artículo 11 (66).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ley 51/2003 no sólo trajo consigo la reforma de los artículos 10 y 11 en el sentido que estamos estudiando, sino que modificó también la redacción del artículo 17.1.3, parecería necesario en futuras reformas de la LPH llevar a cabo los ajustes técnicos precisos para lograr la plena armonización de todos estos preceptos de cara a evitar interpretaciones plurales de los mismos con la consiguiente contraposición entre criterios jurisprudenciales (67). Se trataría, en primer término, de clarificar el régimen de mayorías necesario para la válida adopción de acuerdos en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, evitando las dudas que pueda suscitar al respecto la expresión «*sin perjuicio...*» empleada por el artículo 17, en los términos que veremos *infra*. Sería también pertinente concretar los sujetos obligados al pago de las obras e instalaciones de accesibilidad, así como su contenido, pues si estas obras de accesibilidad, como apuntábamos antes, deben considerarse como una tercera especie dentro de las obras de la Comunidad por sus peculiaridades propias, el acuerdo válido de instalación de dispositivos mecánicos que favorezcan la comunicación con el exterior y la realización de obras de accesibilidad obliga a su

(66) «*Cuando se adopten válidamente acuerdos para realizar innovaciones no exigibles a tenor del apartado anterior y cuya cuota de instalación exceda del importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, el disidente no resultará obligado, ni se modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja. Si el disidente desea, en cualquier tiempo, participar de las ventajas de la innovación, habrá de abonar su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados mediante la aplicación del correspondiente interés legal.*»

En este sentido resulta de interés la SAP de Palencia de 22 de junio de 2006, SP/SENT/96293, que expone que al tratarse de la construcción de una rampa en el portal para mejorar el acceso al edificio, no rige la limitación contenida en el artículo 11.2 LPH y, en consecuencia, se haya opuesto o no el propietario, una vez aprobado el acuerdo por la mayoría correspondiente, y aún cuando el gasto exceda de tres mensualidades de cuota, quedan obligados todos los copropietarios a contribuir al coste de esas obras de accesibilidad, aun cuando hayan votado en contra o se hayan opuesto a las mismas.

(67) Entre otras, SAP de Málaga de 26 de julio de 2004, SAP de Valencia de 11 de marzo de 2002, SAP de Asturias de 15 de abril de 2002, SAP de Zaragoza de 10 de mayo de 2004 y SAP de Madrid de 13 de julio de 2004.

pago a todos los comuneros, aunque hayan votado en contra y aunque hayan hecho constar en el acta su voto en contrario, pues sólo así se consolida un mecanismo verdaderamente efectivo para lograr lo preceptuado en los artículos 11.3 y 17 LPH.

Cerrando el círculo de los preceptos afectados por la reforma operada por la Ley 51/2003, dispone el artículo 17.1.3. LPH que *«Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación»*.

En este párrafo tercero, manteniéndose el mismo contenido, se añade una nueva y confusa referencia a los artículos 10 y 11, probablemente con la intención, por parte del legislador, de diferenciar el contenido y finalidad de estos preceptos de las obras dirigidas a la supresión de barreras arquitectónicas, impliquen o no la modificación del título constitutivo. Aunque los artículos 10 y 11 empleen el término accesibilidad y el artículo 17 utilice la expresión de barreras arquitectónicas, entendemos que nos encontramos ante cualquier tipo de obra exigida por la accesibilidad del inmueble; los conceptos comparten una misma finalidad: facilitar el acceso a las personas discapacitadas.

Respecto del *quórum* exigible para la válida adopción del acuerdo, entiendo de la doctrina (68) que, salvo en aquellos casos en que las obras, mejoras o nuevas instalaciones supongan la modificación del título constitutivo, el precepto que deberán aplicar las Comunidades que verdaderamente deseen favorecer a los propietarios o personas discapacitadas que residan en el inmueble será el artículo 11, ya que, por aplicación de la regla 3.^a del artículo 17, es suficiente la mayoría simple con independencia de la cuantía de la derrama extra y sin necesidad de alcanzar la mayoría cualificada sobre el total de propietarios y de cuotas que exige el artículo 17.1.3 LPH (69).

(68) Tales son las palabras empleadas por LOSCERTALES FUERTES, D., «Propiedad Horizontal», *op. cit.*, págs. 161 y 249. No obstante puede comprenderse el alcance de la pluralidad de posicionamientos doctrinales si se consulta la Encuesta Jurídica, SEPÍN, PH-245, marzo de 2004, pág. 3, ante la siguiente problemática: «La Disposición Adicional Tercera de la Ley 51/2003, que reforma la LPH, no contiene una aclaración para distinguir qué obras son las que se pueden incluir en los artículos 11 y 17. Por lo tanto, en principio, para cualquier tipo de obra necesaria o requerida para “accesibilidad” bastará el acuerdo de la mayoría simple, aplicando el artículo 11.1, pero el artículo 17, regla 1.^a, que se refiere a la supresión de “barreras arquitectónicas” fija el *quórum* de la mayoría del total de propietarios, lleven o no consigo la modificación del Título. ¿En qué condiciones o supuestos debe ser aplicada cada uno de dichas normas legales?».

(69) LOSCERTALES FUERTES, D., «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 2004, apunta al respecto que, en principio, parece que el artículo 17.1 debería reser-

Sin embargo, por aplicación de esta última norma resulta que, ante un supuesto idéntico, pues la variación terminológica no puede alterar su auténtica naturaleza de obras de accesibilidad, se está exigiendo una mayoría superior a la requerida en el artículo 11. Por ello sería pertinente, para evitar esta incoherencia, que en próximas reformas se diese a este tipo de acuerdo el mismo tratamiento que los acuerdos sobre administración (70). No parece que pueda alegarse que en el artículo 17 LPH se permita, como un hecho diferenciador, la modificación del título constitutivo y de los estatutos porque no alcanza a entenderse que las obras de accesibilidad a las que se refiere el artículo 11.3 LPH no supongan, en alguna medida, la modificación del título constitutivo o de los estatutos (71).

A modo de recapitulación, podemos decir que el régimen jurídico establecido por la Ley 51/2003 para la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes de edificios con destino residencial dirigidas a permitir un uso adecuado a las personas con discapacidad exige combinar el régimen de los acuerdos, la imputación de gasto y las consideraciones incorporadas a la Ley 15/1995. De todo ello resulta que si el importe del gasto no es superior al límite de las tres mensualidades de cuota, la Comunidad tendrá la obligación legal de proceder, al margen de que se haya adoptado o no un acuerdo favorable en tal sentido, tanto a la realización de la obra como al pago de la misma, previa

varse sólo para cuando haya creación de nuevos servicios que lleven consigo la modificación del Título, pero no se debe pasar por alto que también se contempla en el precepto la posibilidad de obras y de que no sea necesario rectificar dicho Título. Además, como los conceptos de nuevas instalaciones y mejoras también se incluyen en el artículo 11, es evidente que la utilización de este último precepto es mucho más aconsejable, pues en el artículo 17 la mayoría es cualificada y debe lograrse contando todos los propietarios y sobre el total de coeficientes.

(70) A ellos se refiere la norma 4.^a del artículo 17 como una categoría residual al expresar «los demás acuerdos». También así parece entenderlo la SAP de Sevilla de 14 de abril de 2003, cuando expone que: «Los restantes acuerdos que no tengan estas finalidades específicas podrán adoptarse por el voto de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen a la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes. (...) Así son de recordar las obras de construcción de una rampa para uso de personas afectadas de minusvalías o simplemente ancianas, o afectadas por algún traumatismo que implique limitación temporal de movimientos, o bien simplemente para el paso de coches para bebés, carritos de compra, maletas o cualesquiera otros elementos provistos de algún tipo de rodamiento cuyo transporte por la escalera fuera difícil o molesto».

(71) Recogiendo esta misma idea de fondo LOSCERTALES FUERTES, D., «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal...», *op. cit.*, 2004, en sus consideraciones críticas al artículo 17, regla 1.^a, argumenta que este precepto no refleja cuándo realmente la nueva instalación supone la modificación del Título, pues precisamente para los discapacitados el artículo 11.1 hace referencia a mejoras y nuevas instalaciones. De ahí, dice, que no se llegue a comprender la diferencia real y jurídica con el artículo 17, regla 1.^a La diferencia puede estar en que sólo cabe la imposición de servidumbres si hay acuerdo de esta mayoría cualificada, pues así lo refleja el artículo 9.1.c).

comunicación del propietario discapacitado o en cuyo piso se encuentren las personas afectadas por dicha discapacidad (72). Basta, pues, con la solicitud que formule el propietario a los órganos rectores de la Comunidad para que ésta se encuentre, en principio, obligada a sufragar su realización.

Si el coste de la instalación supera el límite cuantitativo de las tres mensualidades, se entiende que la obra de accesibilidad no es exigible a la Comunidad por la sola voluntad del propietario del espacio privativo. La ejecución de la obra exigirá entonces el acuerdo válidamente adoptado por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes. En este caso, prestado el consentimiento por parte de la Junta, todos los propietarios quedarán obligados al pago de la totalidad de los gastos.

Por último, si el importe de los gastos de las obras supera el límite de las tres mensualidades ordinarias de gastos comunes y la Comunidad no llega a adoptar el acuerdo para su ejecución, las personas afectadas por la discapacidad conservarán la posibilidad de ejecutar el procedimiento para la eliminación de barreras arquitectónicas que contempla la Ley 15/1995, de 30 de mayo, o acudir a la legislación prevista por cada Comunidad Autónoma en el ámbito de su respectiva competencia (73). Pero, en este último supuesto, los gastos deberán ser asumidos y sufragados por parte del peticionario de las obras de adaptación.

4.2. LAS SOLUCIONES PROPUESTAS DESDE EL PNDA

La reforma normativa operada por la Ley 51/2003 debe tener como instrumento de apoyo en su aplicación las numerosas orientaciones recibidas desde el PNDA que muestra una preocupación específica por los programas de adaptación a seguir en los edificios residenciales, tanto en los espacios privados de aproximación, como las zonas comunes y, como no, en el interior de las propias viviendas habitadas por personas de movilidad reducida.

(72) En este mismo sentido se pronuncia MAGRO SERVET. V., *op. cit.*, 2004, pág. 160, cuando afirma que no se trata de una facultad de la comunidad hacer las obras de reforma, puesto que si el peticionario está legitimado y las obras se incardinan claramente como obras «*que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior*», existe obligación legal de ejecutar las obras si la cuota de instalación no excede del importe de tres mensualidades ordinarios de gastos comunes.

(73) «Esta norma, señala MORETÓN SANZ, M.^a F., *op. cit.*, pág. 31, que no ha sido expresamente derogada, en su Disposición Adicional Única prescribe que: “*La presente Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución, y será de aplicación en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, de conformidad con lo establecido en los Estatutos de Autonomía*”».

Respecto de los edificios de uso residencial, la presencia de los agentes implicados cobra para esta norma especial importancia, haciéndose hincapié en que el Administrador de fincas, el Presidente de la Comunidad o ambos, actuando conjuntamente, constituyen un elemento catalizador y canalizador de la necesidad ineludible de que las zonas comunes sean accesibles.

Los Ayuntamientos o, en su defecto, las Comunidades Autónomas, se presentan como interlocutores de dichos agentes, debiendo asumir obligaciones dirigidas a la aportación de asistencia técnica y financiación necesaria para lograr la realización de estos objetivos. Se insiste en que la Ley de División Horizontal no debe ser nunca una traba en la ejecución de lo necesario. La prioridad de las adaptaciones debería tener un origen censal en función de la edad de los habitantes, siempre que se realice bajo el auspicio del Ayuntamiento o, en otro caso, marcado por la demanda de las Comunidades de propietarios exteriorizada a través de sus interlocutores.

Por último, dentro de las propuestas relativas a planes y programas, se recoge expresamente la conveniencia de mejorar la adopción de acuerdos sobre las condiciones de accesibilidad en la Ley de División Horizontal, entendiendo que cualquier reforma en la Comunidad de vecinos, necesaria para las personas con discapacidad, deber tener el acuerdo inmediato de los copropietarios sin requerir para ello una mayoría simple en Junta de Propietarios (74).

5. LAS NUEVAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS

5.1. EXIGENCIAS APRECIABLES EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Analizadas, pese a su trascendencia, en la proporción permitida por el alcance del presente trabajo las disposiciones de la LPH afectadas por la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, surge un primer comentario crítico aunque, sin duda alguna, de espíritu constructivo. Los preceptos sobre los que hemos centrado nuestro estudio, artículos 10, 11 y 17 LPH se centran exclusivamente en la preocupación que tanto para la Comunidad como para el propietario discapacitado o relacionado de algún modo con la persona discapacitada que habite el inmueble supone la acometida de las obras de accesibilidad y la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior. Su comunicación con el exterior;

(74) Vid. Libro Blanco de la Accesibilidad, publicado por MTAS, febrero de 2003, pág. 204 y sigs., recogiendo numerosas recomendaciones técnicas adicionales para incorporar en la normativa o documentos técnicos de accesibilidad en la edificación.

pero, ¿y su comunicación con el interior, con la vida interna de la Comunidad, con el resto de propietarios, con los órganos representativos de aquella?, ¿qué ocurre con su derecho a recibir citaciones, notificaciones y comunicaciones de toda índole relacionadas con la Comunidad?, ¿cómo pueden ejercitar estos propietarios discapacitados su derecho de voto?, ¿cómo pueden hacer oír su voz en la celebración de la Junta o escuchar la opinión de los demás comuneros?, ¿cómo pueden leer la convocatoria para la Junta o el acta cerrada con lo acontecido en ella?, ¿cómo pueden acceder a la información publicada en el tablón de anuncios?, ¿cómo pueden, en definitiva, ser un propietario más, ejercitando su derecho de propiedad en plena igualdad de oportunidades con los demás cuando su discapacidad no es física, cuando su limitación no afecta a su movilidad sino que se encuentra en una situación de discapacidad sensorial y su limitación es auditiva o cognitiva o padece de ceguera o de una deficiencia visual? ¿Y qué ocurre cuando este propietario no es discapacitado sino simplemente una persona mayor, que en la mayoría de los casos vive sola y se encuentra en una circunstancia discapacitante que probablemente ya no es de carácter transitorio?, ¿deben estas personas acudir necesariamente al mecanismo de la representación en el ejercicio de su derecho a asistir y votar a las Juntas?, ¿deben renunciar a su derecho a la información sobre lo que acontece e interesa a su propiedad por hallarse limitado sensorialmente para acceder a los datos o debe depender de que otras personas quieran ponerle al corriente de una información que puede ser incluso de carácter reservado o privado, como su estado de cuentas con la Comunidad? ¿De verdad se puede hablar, tras la última reforma de la LPH operada en 2003, de igualdad de oportunidades en el seno de las Comunidades de propietarios o «simplemente» se ha preocupado el legislador de garantizar la supresión de las barreras arquitectónicas como mecanismo para lograr la accesibilidad universal?

5.2. AÑO EUROPEO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA TODOS. UN BUEN MOMENTO

Qué duda cabe de que parece llegada la hora de dar un paso más. Y para ello, el contexto más adecuado viene dado tanto por la celebración en este año 2007 del Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos como por la normativa internacional recientemente aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y a cuya ratificación está exhortado nuestro país.

Recordemos, pues con estas consideraciones iniciábamos el presente trabajo de investigación, que en España el Año Europeo tiene como objetivos prioritarios y que ahora podemos ya referir específicamente al sector inmobiliario, la recopilación y divulgación de la normativa española actualmente

vigente en materia de no discriminación, la sensibilización ciudadana en relación con el ejercicio real de los derechos de igualdad en el ámbito público y privado, la creación de espacios de participación y debate para estimular y recoger propuestas en relación con la no discriminación y la promoción de las aportaciones que todos los colectivos implicados están haciendo al conjunto de la sociedad. Se busca, en última instancia, sensibilizar y concienciar sobre la importancia de la construcción de una sociedad de convivencia, vertebrada en los valores de la solidaridad, el respeto mutuo y la no discriminación, valores que son plenamente aplicables en el seno de las Comunidades de propietarios (75).

5.3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ADELANTARNOS AL FUTURO

Pero además, desde la perspectiva supranacional, se invita también a las naciones a reconocer que la discapacidad es un concepto en evolución y que las limitaciones de estas personas resultan no sólo de sus propias deficiencias individuales, sean éstas físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, sino también de su interacción con las barreras debidas al entorno y a la actitud de los demás, impidiéndoles su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones. En esta dirección, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006, se presenta como un instrumento jurídico de carácter obligatorio que ampara a las personas discapacitadas.

Quizá pueda alegarse que el contenido de la Convención no difiere sustancialmente de documentos anteriores. Los países que la ratifiquen tendrán que modificar o derogar leyes para adecuarse a sus exigencias en materia de Igualdad de oportunidades, concienciar a su población desde las primeras edades y dotar de recursos hasta el máximo disponible y si fuera necesario en el marco

(75) GALLEGO BRIZUELA, C., *Guía práctica de Comunidades de propietarios*, 6.ª ed., Lex Nova, 1999, pág. 28, presenta un interesante enfoque de la Comunidad de propietarios, como reflejo y escuela de la convivencia ciudadana. Siguiendo a este autor, DEL VAS GONZÁLEZ, J. M., «La morosidad...», *op. cit.*, 2004, pág. 35, reconoce «la verdadera trascendencia y alcance que tiene el análisis del mecanismo jurídico encargado de poner en marcha el funcionamiento de esta institución, tanto desde una óptica sociológica como incluso política, ya que, dejando al margen de toda consideración la familia, base indiscutible del organigrama jurídico-social, la Comunidad de propietarios puede ser considerada “el núcleo primario de relación humana para esa mayoría de personas que vive en centros urbanos”. Por ello, el funcionamiento de estos pequeños núcleos de relaciones de vecindad puede servir, perfectamente, como termómetro de la convivencia ciudadana misma, debiéndose tomar conciencia de que las conductas y males que, en muchos casos, hacen prácticamente inviable esa relación básica “son, en esencia, los mismos que potencialmente fragilizan el entendimiento y la paz sociales”».

de la cooperación internacional. Sin embargo, lo más trascendente no es tanto el contenido como su naturaleza convencional; no estamos, pues, ante una mera declaración programática o ante una simple recomendación, sino ante un pacto internacional preceptivo, vinculante y con potencialidad coactiva (76), aunque el aparato fiscalizador y, en su caso, sancionador, sea todavía frágil e insuficiente, como en general lo son los aparatos fiscalizadores y sancionadores de los demás pactos internacionales de las Naciones Unidas (77).

Como criterio hermenéutico destinado a arrojar luz en la interpretación concreta de algunas disposiciones de la Convención, subrayamos la importancia del concepto de «discriminación por motivos de discapacidad» que expresamente presenta esta norma (78), comprendiendo en él *«cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables»* (79).

(76) Es importante destacar que las declaraciones son meras recomendaciones mientras que los tratados son pactos internacionales preceptivos, vinculantes y con potencialidad coactiva. A veces los tratados reciben otras denominaciones (Acuerdo, Convención, Carta, Pacto, protocolo, etc.) pero no por ello dejan de ser considerados como tratados. Vid. PEÑA, M., «Introducción a las declaraciones, convenios e informes internacionales en materia de minusvalías», en MUÑOZ MACHADO, S. y LORENZO, R. (dirs.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1996, pág. 3.

(77) En esta Convención se prevé un mecanismo no contencioso de presentación de informes de los Estados Parte ante el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad que se creará al efecto (art. 34) y que, a su vez, hará un informe cada dos años ante la Asamblea de la ONU (art. 39). Además se prevé un mecanismo cuasi contencioso: un Protocolo Opcional en virtud del cual las personas físicas podrán presentar quejas ante el citado Comité cuando en su país no se haya respetado la Convención. De manera que cada país podrá decidir entre ratificar o no la Convención y una vez ratificado, entre ratificar o no el Protocolo Opcional.

En cuanto a la validez que los tratados y acuerdos internacionales tienen en España es preciso acudir a los artículos 10.2 CE en cuyos términos: *«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»*, y 96.1 CE que recoge que: *«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»*. Esta norma afecta a todo el título primero, incluido el artículo 49. Este artículo 96.1 CE significa que en España los particulares pueden invocar ante los jueces y tribunales españoles los derechos que reconozca cualquier tratado, siempre que dicho tratado se haya concluido válidamente por el Estado español y se encuentre publicado oficialmente.

(78) Artículo 2.

(79) Entiende este artículo 2 por «ajustes razonables»: *«las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o in-*

En cuanto al contenido preciso de la Convención y su relación con la plena igualdad de oportunidades y participación efectiva de los discapacitados en el funcionamiento de la vida ordinaria de las Comunidades de propietarios, reconoce esta norma (80) la obligación asumida por los Estados Parte de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico y social, pero también a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de fácil acceso, de modo que estas personas puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán a los edificios y otras instalaciones exteriores o interiores, como viviendas.

A fin de dar cumplimiento a estos objetivos, los Estados Parte adoptarán las medidas adecuadas para promulgar y supervisar la normativa pertinente sobre accesibilidad de las instalaciones y servicios abiertos al público; para asegurar que las entidades privadas que proporcionan servicios al público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; para dotar a los edificios de señalización de Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; para ofrecer formas de asistencia humana, como guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y, en última instancia, para promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información.

Los Estados Parte adoptarán, además, todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan. Definiendo estas medidas, se especifica que deberán aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles (81).

Con todo ello se trata de garantizar el ejercicio del derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad, para que las personas discapacitadas tengan libremente la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, sin verse obligadas a ajustarse a formas de vida específicos (82). Todas estas disposiciones, que a día de hoy son meras orien-

debida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

(80) Vid. artículo 9.

(81) Vid. artículo 21.

(82) Vid. artículo 19.

taciones, se convertirán en disposiciones preceptivas en el momento en que España decida ratificar esta Convención. Y, sin perjuicio de su presumible presencia en un amplio espectro legislativo, nuestra LPH debería ser una de las normas que, por su clara vocación social, no sólo albergase de modo natural estas nuevas tendencias sino que también adoptase las medidas necesarias para lograr y garantizar su efectivo cumplimiento.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Toma de conciencia. La sociedad, de la cual, no nos olvidemos, formamos parte todos, sigue necesitando tomar conciencia de la realidad de las personas discapacitadas. Y en esta tarea es imprescindible la colaboración de las instituciones, públicas y privadas, llamadas a sensibilizarnos y a fomentar en cada uno de nosotros el respeto a los derechos y a la dignidad de estas personas.

Pero también cada uno de nosotros, desde nuestro espacio profesional, estamos llamados a luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas que aún subsisten respecto de la discapacidad, comenzando por hacer frente al gran peligro de su invisibilidad. Desde la investigación universitaria he intentado aportar con este trabajo, a caballo entre lo jurídico y lo sociológico, mi pequeño granito de arena y despertar alguna que otra conciencia aún ajena a ésta que, para muchos, sigue siendo no sólo una durísima realidad sino una realidad diaria. He intentado para ello aproximarme a la situación que viven en uno de los entornos de los que esperan mayor protección: su casa, su edificio. Y lo he hecho aprovechando el Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para Todos, centrando mi atención exclusivamente en las personas discapacitadas. Las ventajas que de ellas recibimos nos pasan muchas veces desapercibidas; sin embargo, esta vez estamos hablando de beneficiarnos todos de la accesibilidad que ellos necesitan. Porque ya no debemos pensar en personas discapacitadas sino en entornos y servicios discapacitantes, porque la discapacidad no es sólo una circunstancia que, de forma permanente, padecen algunas personas. La discapacidad puede afectarnos a todos, cualquier día, aunque sea transitoria o coyunturalmente y, quizá ese día agradezcamos «tener el camino allanado».

Sin embargo, y sin perjuicio de iniciativas individuales, son las respuestas plurales las que mayor poder van a tener para que, en el sector concreto de la edificación de uso residencial, la accesibilidad arquitectónica y la plena igualdad de oportunidades a nivel participativo sean una realidad. Me refiero ahora a la respuesta de los Colegios Profesionales vinculados al sector inmobiliario y, particularmente, a los Colegios Profesionales de Administradores de Fincas, llamados, una vez más, a realizar una importantísima labor de concienciación social en el seno de las Comunidades de propietarios.

La figura del Administrador de Fincas puede desempeñar un papel esencial en la difusión y concienciación sobre la accesibilidad entre los ciudadanos, simplemente con el ejercicio responsable de su profesión. Pero la versatilidad de sus funciones le habilita para más, pues, por la proximidad con los inmuebles y sus propietarios, tiene la posibilidad de conocer las circunstancias especiales de los miembros de la Comunidad, respondiendo en el trato personal con una atención individualizada que les garantice el pleno ejercicio de sus derechos y la participación directa y personal en el desarrollo de la vida comunitaria.

Asumiendo una corresponsabilidad con el Administrador de fincas se encuentra el Colegio al que pertenece, obligado, como agente directamente implicado, a promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta los derechos de las personas con discapacidad y que garanticen la incorporación de los criterios de accesibilidad y de igualdad de oportunidades en el ejercicio de las actividades profesionales de sus colegiados. No sería la primera vez que este colectivo demostrara su fuerte presencia social; baste recordar que a ellos se debe la única iniciativa legislativa popular que, desde la entrada en vigor de la CE en 1978, ha visto la luz en las Cámaras Parlamentarias y que se consagró en la Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal.

Es cierto que la última reforma experimentada por esta Ley ha sido promociada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Pero no es menos cierto que los buenos propósitos de esta ley han quedado insuficientemente desarrollados, que sólo se ha tomado de ella para mejorar las edificaciones de uso residencial lo relativo a la accesibilidad arquitectónica. Pero entre esta accesibilidad arquitectónica y la plena igualdad de oportunidades que en este Año Europeo tratamos de reavivar hay cierta distancia, distancia que nuestra LPH no recoge y que sigue siendo una deuda pendiente para con nuestros vecinos discapacitados: su derecho a la información, a la comunicación y a la participación. En definitiva, a la normalización de su vida.

La LPH, desde su origen y en sus sucesivas reformas, ha sido una norma que no ha vivido de espaldas a la realidad social, adaptando siempre su evolución al ritmo de los tiempos. Ha sido, y es, una ley presidida por el noble deseo de lograr un orden de convivencia justo y equilibrado en el seno de las Comunidades de propietarios, una ley que, gracias a la intervención complementaria de una amplia jurisprudencia de gran calado, pronto cumplirá medio siglo de vida. Pero quizá haya llegado el momento de que una realidad social especial, como es la que viven cada día miles de personas discapacitadas en el ejercicio de su derecho fundamental a una vivienda digna y adecuada, sea, una vez más, creadora de la norma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, F., *Los beneficios de renunciar a las barreras. Análisis económico de la demanda de accesibilidad arquitectónica en las viviendas*. Serie Estudios. Observatorio de Discapacidad. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- CARDONA LLORENS, J., «La protección de los derechos de los discapacitados en Europa», en MARINO MENÉNDEZ, F. M. (dir.); FERNÁNDEZ LIESA, C. R. (coord.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- CAYO PÉREZ BUENO, L. (dir.), *Nueva legislación sobre discapacidad en España*, Colección CERMI, núm. 9, 2003.
- DEL VAS GONZÁLEZ, J. M.^a, *La morosidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- *La accesibilidad arquitectónica en los hogares familiares con situaciones de discapacidad y dependencia*, Comunicación presentada al Congreso Internacional de Hogar y Relaciones Familiares organizado por UNED-IDADFE y celebrado en Madrid, febrero de 2007.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, «Las obras de accesibilidad en los nuevos artículos 10, 11 y 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal tras la Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *El Consultor Inmobiliario*, 5,51, 2004.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Madrid, 2002.
- GALLEGO BRIZUELA, C., *Guía práctica de Comunidades de propietarios*, 6.^a ed., Lex Nova, 1999.
- LOSCERTALES FUERTES, D., «Los minusválidos y las obras en los elementos comunes», en *Revista Jurídica SEPÍN*, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal, núm. 152, octubre de 1995.
- «Los minusválidos y la doble posibilidad de las obras de adaptación de los elementos comunes», en *Revista Jurídica SEPÍN*, Cuadernos de Arrendamientos Urbanos y Propiedad Horizontal, núm. 159, mayo de 1996.
- «Reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por la Ley de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad», en *Revista Jurídica SEPÍN*, PH-243, enero de 2004.
- «Propiedad Horizontal. Comunidades y Urbanizaciones», en *Revista Jurídica SEPÍN*, 7.^a ed., Madrid, 2005.
- MAGRO SERVET, V., «Guía práctica de propiedad horizontal», en *Revista Jurídica SEPÍN*, 2004.
- MORETÓN SANZ, M.^a F., «El patrimonio especialmente protegido y la obligatoriedad de las obras de accesibilidad en la propiedad horizontal: ámbito subjetivo y beneficiarios de su tutela civil», en *Perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*, LASARTE ÁLVAREZ (dir.), Sevilla, 2005.
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2000.
- PEÑA, M., «Introducción a las declaraciones, convenios e informes internacionales en materia de minusvalías», en MUÑOZ MACHADO, S. y LORENZO, R. (dirs.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1996.

- ROCA DORDA, ROCA GONZÁLEZ y CAMPO ADRIÁN, «La accesibilidad total: un nuevo concepto en la superación de barreras» (II), en *Polibea*, 2002.
- SEPÚLVEDA, C., «La Diplomacia Parlamentaria y la formación del Nuevo Orden Jurídico Internacional», en *Estudios Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979.
- TEJEDOR MUÑOZ, «La eliminación de las barreras arquitectónicas en las Comunidades de vecinos», en *El Consultor Inmobiliario*, 14, 2001.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- STS de 13 de julio de 1994.
STS de 5 de julio de 1995.
STS de 13 de julio de 1997.
STS de 22 de noviembre de 1999.
STS de 28 de septiembre de 2006, SP/SENT/97795.
SAP de Salamanca de 17 de junio de 2000.
SAP de Valencia de 11 de marzo de 2002.
SAP de Asturias de 15 de abril de 2002.
SAP de Alicante de 17 de octubre de 2002.
SAP de Zaragoza de 18 de noviembre de 2002.
SAP de Sevilla de 14 de abril de 2003.
SAP de Burgos de 12 de mayo de 2003.
SAP de León de 31 de marzo de 2004.
SAP de Málaga de 19 de abril de 2004.
SAP de Zaragoza de 10 de mayo de 2004.
SAP de Madrid de 2 de julio de 2004.
SAP de Madrid de 13 de julio de 2004.
SAP de Málaga de 26 de julio de 2004.
SAP de Valencia de 29 de septiembre de 2004, SP/SENT/67953.
SAP de Barcelona de 3 de febrero de 2005, SP/SENT/67759.
SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2006, SP/SENT/92261.
SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2006, SP/SENT/97143.
SAP de Palencia de 22 de junio de 2006, SP/SENT/96293.

RESUMEN

ACCESIBILIDAD PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2007 ha sido declarado Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos, en un claro propósito por sensi-

ABSTRACT

ACCESS FOR PERSONS WITH DISABILITIES

The year 2007 has been declared the European Year of Equal Opportunities for All, in a clear endeavour to sensitise

bilizar a la opinión pública acerca de los beneficios de una sociedad no excluyente, más justa y cohesionada. Es, precisamente, en esta línea donde pretende insertarse este trabajo de investigación, dirigido a examinar la reacción de la propiedad inmobiliaria, y más concretamente de la edificación de uso residencial, ante esta nueva llamada desde los órganos europeos a la normalización de la realidad que día a día viven las personas discapacitadas.

Se abordará, con esta finalidad, el análisis de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, así como su aplicabilidad a través del I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012. Más adelante se procederá, desde la perspectiva jurisprudencial más reciente, a la exposición de los principales problemas suscitados por la llamada supresión de barreras arquitectónicas en los edificios sometidos al régimen jurídico especial de propiedad horizontal. Por último, se atenderá a la exhortación realizada a los Estados, entre ellos España, desde la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas a la pronta ratificación de la nueva Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo que se encuentran abiertos a la firma en la Sede de Naciones Unidas desde el 30 de marzo de 2007.

public opinion to the benefits of a non-exclusive, fairer, more cohesive society. It is precisely these lines that this research paper explores in its examination of the reaction of immovable property, and more specifically residential building, to the fresh cry by European organisations for normalisation of the reality that disabled people experience day to day.

Act 51/2003 of 2 December on Equal Opportunities, Non-discrimination and Universal Accessibility for Disabled Persons and its applicability through the 2004-2012 First National Plan on Accessibility are analysed. Then follows an exposition, from the standpoint of the most recent case law, of the main problems raised by the so-called elimination of architectural barriers in buildings under the special regimen of horizontal property. Lastly, attention is devoted to the exhortation to the States, inter alia Spain, by the General Assembly of the United Nations Organisation, for the prompt ratification of the new Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, which have stood open for signing at United Nations Headquarters since 30 March 2007.

(Trabajo recibido el 14-06-07 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

La asunción de deuda

por

JOSÉ ENRIQUE MASIDE MIRANDA

Doctor en Derecho

Registrador de la Propiedad

SUMARIO

- I. LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES: POSICIÓN DE LOS SISTEMAS ALEMÁN Y FRANCÉS.
- II. CONCEPTO.
- III. NATURALEZA JURÍDICA.
- IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES:
 1. DE LA NOVACIÓN POR SUBROGACIÓN DEL DEUDOR.
 2. DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO.
 3. DEL PAGO HECHO POR TERCERA PERSONA.
 4. DE LA FIANZA.
- V. MODALIDADES:
 1. ASUNCIÓN DE LA DEUDA CUMULATIVA.
 2. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA:
 - A) *Asunción por expromisión.*
 - B) *Asunción por delegación.*
 3. ASUNCIÓN DE DEUDA INTERNA Y EXTERNA.
- VI. ELEMENTOS:
 1. ELEMENTOS PERSONALES.
 2. ELEMENTOS REALES.
 3. ELEMENTOS FORMALES.
 4. LA CAUSA.
- VII. SUPUESTO DE COMPRAVENTA DE FINCA HIPOTECADA: EXAMEN DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY HIPOTECARIA:
 1. «EN CASO DE VENTA DE FINCA HIPOTECADA...»:
 - A) *Transmisión por donación.*
 - B) *Transmisión por herencia.*
 - C) *Transmisión por legado.*

2. «...SI EL VENDEDOR Y EL COMPRADOR HUBIESEN PACTADO QUE EL SEGUNDO SE SUBROGARÁ NO SÓLO EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA HIPOTECA, SINO TAMBIÉN EN LA OBLIGACIÓN PERSONAL CON ELLA GARANTIZADA...»
 - A) *Subrogación convencional.*
 - B) *Subrogación legal.*
 - C) *Subrogación judicial.*
3. «...SI EL ACREEDOR PRESTASE SU CONSENTIMIENTO, EXPRESO O TÁCITO».
4. COMPRAVENTA DE FINCA CON PACTOS DE RETENCIÓN O DESCUENTO DE LA DEUDA HIPOTECARIA.

VIII. CONCLUSIONES.

IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA TRANSMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Según la conocida definición de ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «la obligación es el derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizado con todo el activo patrimonial del obligado» (ver ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I, pág. 167). De esta definición se desprende la existencia de dos personas: el sujeto activo o acreedor, que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, y el sujeto pasivo o deudor, sobre el que pesa el deber de realizarla (arts. 1.088 y 1.911).

El Código Civil establece como principio general que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, salvo pacto en contrario (art. 1.112); por ello, se entiende por transmisibilidad de las obligaciones la aptitud de las mismas para pasar a otra persona, permaneciendo la misma obligación y, como la transmisión puede afectar tanto al sujeto activo como al pasivo, se puede hablar de una transmisibilidad activa y de una transmisibilidad pasiva o, en otros términos, de cambio de acreedor o de deudor, sin modificarse la obligación.

A lo largo de los siglos han existido dos grandes sistemas legislativos sobre la transmisibilidad de las obligaciones, el sistema romano y el sistema germano. El Derecho Romano configuró la obligación como un vínculo entre dos personas, un determinado acreedor y un determinado deudor (*vínculo intuitu personae*), de ahí que no admitiera ningún cambio de acreedor o deudor fuera del mecanismo de la novación (GAYO, 2, 3, 8, señalaba que las obligaciones no eran susceptibles de transmisión por *mancipatio*, *in iure cesio* y *traditio*). La transmisión de las deudas sólo podía realizarse mediante la novación, en la figura de expromisión; este resultado práctico también podía conseguirse constituyendo al nuevo deudor en mandatario *in rem suam*, es decir, en perjuicio propio, pero legitimado pasivamente lo era sólo el deudor antiguo: El acreedor no estaba obligado a aceptar el juicio contra el cesiona-

rio de la deuda, ni podía obligarle a tomar parte activa en el proceso (ver IGLESIAS, *Derecho Romano*, pág. 523 y sigs., 1972).

Por el contrario, el sistema germano ha objetivado esa relación entre personas, destacando el objeto y contenido de la obligación sobre el aspecto subjetivo, configurándola como un valor patrimonial, como un objeto del Derecho y, por tanto, susceptible de cambio, de transmisión y de comercio; como consecuencia, admitió la cesión de crédito y la asunción de deuda.

PLANITZ señala que una deuda podía ser asumida por un no deudor de forma que éste prometiese solemnemente al acreedor el cumplimiento de la deuda ajena; esta promesa hacía nacer la deuda del nuevo deudor de manera originaria. No se concebía una sucesión en las deudas, pues la deuda se agotaba en el hecho de quedar obligado el deudor de forma personal y tampoco se identificaba la nueva deuda con la antigua en su contenido y efectos; aquélla se regía por sus propias reglas. Posteriormente se introdujeron modificaciones, pues la creciente flexibilidad de los contratos permitió la asunción de deuda, sin embargo, el contrato debía concluirse siempre con el acreedor. Mientras que el nuevo deudor únicamente hubiese prometido el cumplimiento de la deuda al antiguo, no surgía ningún derecho de crédito a favor del acreedor; este derecho no nacía hasta que dicho acreedor hiciese suya la declaración de aceptación del antiguo deudor, con la indicada declaración de aceptación podía ir unida la exoneración del antiguo deudor de la obligación que le vinculaba, conforme a la voluntad de las partes (ver PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, pág. 231 y sigs., 1949).

A partir de la famosa monografía de DELBRÜCK sobre la asunción de deuda (*Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, Berlín, 1853), la codificación alemana estuvo precedida por una intensa polémica doctrinal sobre la posibilidad de transmitir o no las deudas a título singular, fuera del mecanismo de la novación. Una de las principales innovaciones del BGB fue regular la asunción de deudas (parágrafos 414 a 418): Mediante acuerdo entre acreedor y asumente (parágrafo 415), el asumente ratificado por el acreedor (parágrafo 415), el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor (relación de valuta) y, por tratarse de la misma obligación, el asumente puede oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer el primitivo deudor, excepto compensar créditos de éste (parágrafo 417-1); respecto de las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente, se excluye su oponibilidad frente al acreedor (parágrafo 417-2), consagrando la «abstracción» del contrato de asunción de deuda, si bien el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) considera muy relativo este carácter abstracto al admitir la posibilidad de que el asumente impugne la asunción de deuda acordada con el deudor (parágrafo 415) por problemas derivados de la cobertura, argumentando que, cuando la asunción de deuda se acuerda por

ambos deudores, forma, juntamente con la relación de cobertura, un negocio jurídico unitario, que puede ser impugnado como conjunto, aunque sólo sea impugnable alguna de sus partes integrantes (parágrafo 139); en este mismo sentido se pronuncia la doctrina reciente (HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.^a ed., München, 1999; MÖSCHEL, *Münchener zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1997). Respecto de las garantías, sólo permanecen con el consentimiento de los garantes; los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido hacer valer en el concurso de acreedores contra el deudor no pueden hacerse valer en el concurso del asumente (parágrafo 418).

El BGB regula por separado la «delegación» (Anweisung, parágrafos 783-792), en virtud de la cual el delegante entrega al delegatario un documento en el que se encarga al delegado que realice a favor de éste una prestación de dinero, títulos valores u otras cosas fungibles. El delegatario, que presenta el título al delegado, actúa en nombre propio; el delegado que realiza el pago derivado del título (Anweisung) cumple con una obligación propia, aunque por cuenta del delegante y, con la aceptación por parte del delegado, surge para éste una obligación «abstracta», en el sentido de independiente de las relaciones de provisión y valuta, pues éstas no se constituyen entre el delegado y el delegatario, sino entre cada uno de ellos y un tercero. Aunque esta figura tiene escasa importancia práctica, absorbida por los títulos valores mercantiles, el hecho de su regulación en el BGB confirma la independencia de la delegación respecto de la novación y de la asunción de deuda.

El Code francés regula la «delegación» dentro de la novación por cambio de deudor: «La delegación por la cual el deudor da al acreedor otro deudor que se obliga respecto de éste, no produce novación, salvo que expresamente declare el acreedor que el deudor que ha hecho la delegación quede liberado» (art. 1.275). De aquí deduce la moderna doctrina francesa que la delegación puede o no producir el efecto extintivo o novatorio; si no lo produce se habla de «delegación imperfecta» y, si lo produce, de «delegación perfecta», en la cual la liberación del deudor primitivo está ligada a la novación de la obligación primitiva, de forma que aquélla no es posible sino mediante la extinción de ésta.

DEFRENOIS señala que la novación por cambio de deudor sólo puede tener lugar por manifestación expresa del acreedor declarando la liberación de la deuda (dette) del deudor inicial y que, para apreciar la intención de novar, los Tribunales pueden estimar insuficientes una simple firma del acreedor a la vista de una mención del contrato de préstamo, indicando el cambio de deudor (ver DEFRENOIS, en *Notas al artículo 1.275 Code*, 104.^a ed., Dalloz, 2005, pág. 1145 y sigs.).

Sobre la aceptación de un nuevo deudor, BILLIAU y JAMIN señalan que la sola aceptación por el acreedor de la sustitución de un nuevo deudor al primero no implica que deba entenderse liberado de la deuda el primi-

tivo deudor a falta de declaración expresa (ver BILLIAU y JAMIN, *op. cit.*, pág. 1145).

LARROUMET destaca que, a falta de compromiso del delegado con el acreedor, no hay delegación, la cual no constituye más que una simple indicación de pago; el consentimiento del delegado a la delegación del crédito (*lettre de créance*) puede ser tácito, debiendo distinguirse del pago (ver LARROUMET, *op. cit.*, pág. 1153 y sigs.).

ROSSI y DEFRENOIS señalan que la aceptación por el deudor de una letra de cambio, que no tenga tal valor por falta de algunos requisitos esenciales, no supone delegación del crédito en beneficio del tercer portador, a falta de designar la obligación del deudor (ver *op. cit.*, págs. 1047, 1998; en contra DELEBECQUE).

Sobre el pago de la deuda al delegatario, BILLIAU y MESTRE sostienen que, salvo pacto en contrario, el delegado sólo está obligado al pago de la deuda del delegante para con el delegatario y se encuentra liberado de su obligación cuando el crédito de este último se ve afectado por la prescripción (*Notas al Code*, pág. 765, 1992). El delegado no podrá oponer al delegatario las excepciones nacidas de sus relaciones con el delegante (en este sentido, LACHIEZE, *op. cit.*, 1997).

Refiriéndose al conflicto entre delegatario y acreedor del delegante, MESTRE señala que si el crédito del delegante sobre el delegado se extingue, no por el hecho de la aceptación por el delegatario de la obligación del delegado a su atención, sino solamente por el hecho de ejecución de la delegación, ni el delegante ni sus acreedores pueden exigir el pago ante el incumplimiento del delegado con el delegatario (*op. cit.*, pág. 550, 1997).

Si se efectúa un análisis comparativo entre los sistemas alemán y francés, puede apreciarse que no existen grandes diferencias prácticas entre ambos, porque la asunción de deuda no tiene la amplitud de la cesión de créditos y porque está sujeta a diversas limitaciones que afectan no sólo al antiguo y al nuevo deudor, sino también, de una manera directa, al acreedor y a los titulares de obligaciones accesorias de la obligación principal transmitida (puede consultarse, en este punto, a A. Cossío, «La transmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, pág. 188 y sigs., Madrid, 1943).

En nuestro sistema jurídico, la Jurisprudencia ha admitido la asunción de deuda de una manera clara y decidida. La sentencia de 5 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990, 8464), recogiendo otras de 24 de abril de 1970 (*RJ* 1970, 2216), 7 de diciembre de 1971 (*RJ* 1971, 5154), 25 de abril y 7 de junio de 1975 (*RJ* 1975, 2095 y 3263), etc., ha sentado la doctrina jurisprudencial de que la transmisibilidad de las obligaciones, en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad,

proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil, en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, aunque venga aludida por algún precepto proponiendo su licitud —art. 118 LH— ha sido admitida por una doctrina jurisprudencial reiterada, que, al igual que la de los autores, entiende superada en el Derecho Moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor, y afirma que aquella figura no se opone a las líneas dogmáticas del Código Civil, acudiendo para construirla al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor en las obligaciones con efectos de novación meramente modificativa, conforme al artículo 1.203-2.^a, en relación con los artículos 1.204 y 1.205.

La sentencia de 15 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989, 8832), recogiendo la sentencia de 22 de febrero de 1946 (*RJ* 1946, 254), que por primera vez abordó la asunción de deuda, y otras posteriores [10 de febrero de 1950 (*RJ* 1950, 194), 9 de junio de 1981 (*RJ* 1981, 2518), 8 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4765)], etc., señaló que no existe en el Código Civil disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva y tampoco aparece precepto que prohíba la llamada asunción de deuda.

II. CONCEPTO

En un sentido amplio, asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor, sin extinción de la primitiva obligación. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO la define como «un negocio jurídico unilateral en virtud del cual un tercero acoge como propia una deuda ajena con el efecto indirecto de sustituir al deudor si el acreedor le libera». Así pues, la asunción de deuda, y en esto se diferencia del reconocimiento de deuda ajena, tiene por finalidad típica negocial sustituir al deudor. Por ello, la asunción es más que el reconocimiento como propio de una deuda ajena; reconocimiento que se limita a una falsa confesión extrajudicial de pertenencia al lado positivo de una obligación. Celebrado el negocio de asunción, su eficacia depende de la condición de que lo consienta el acreedor o, como dice el Código Civil italiano «se adhiera» a ella. El del acreedor no es un consentimiento al contrato de asunción, sino su aprobación a éste, por ello, la eficacia de la asunción está condicionada a su adhesión (ver CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, págs. 34 a 36, 2003).

Al estudiar una figura jurídica hay que analizar los presupuestos o requisitos institucionales que la componen, para que pueda existir y producir efectos; a mi juicio, en la asunción de deuda deben concurrir dos requisitos

esenciales: 1. La voluntad clara, indudable, inequívoca del nuevo deudor de sustituir y liberar al primitivo deudor. 2. El consentimiento del acreedor.

El primer requisito —la voluntad clara y decidida del nuevo deudor de liberar al primitivo deudor— ha sido ampliamente estudiado por la Jurisprudencia, que exige que esta intención se manifieste de modo cierto, positivo e indudable, sin que pueda presumirse o deducirse de actos que no respondan a la intención de las partes. La sentencia de 25 de abril de 1975 señaló que la asunción debe ser expresa, con expresa declaración de voluntad en ese sentido por parte del asuntor; las sentencias de 14 de noviembre de 1990 y 23 de diciembre de 1992 confirman esa postura, al señalar que debe aparecer demostrada la incontrovertible realidad de ese negocio atípico con el verdadero significado y alcance de un convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo.

Si el nuevo deudor no tiene la voluntad de liberar al primitivo deudor, se tratará de alguna modalidad de la asunción de deuda, no de la asunción en sentido estricto (sobre este punto, ver Apartado V).

El segundo requisito —el consentimiento liberatorio del acreedor— ha sido también ampliamente tratado por la Jurisprudencia, que lo exige para que pueda producirse la liberación del primitivo deudor. Las sentencias de 30 de julio y 25 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 6085 y 8283) señalan que el acreedor puede prestar el consentimiento en cualquier forma y momento, pero no se presume: ha de constar expresamente, de modo cierto, positivo, indudable, siendo necesario que conste patente y con evidencia indiscutible. La sentencia de 16 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 2659) dijo que el consentimiento del acreedor no cabe en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida. La sentencia de 20 de febrero de 1995 (*RJ* 1995, 887) admite el cambio de deudor primitivo, siempre que conste el consentimiento del acreedor como requisito esencial e ineludible, conforme al artículo 1.205. La sentencia de 26 de abril de 1993 (*RJ* 1993, 2946) señaló que la falta de consentimiento del acreedor impide que se produzca esa liberación, produciendo simples efectos obligacionales entre ambos deudores, no los propios de la asunción de deuda. Las sentencias de 6 y 27 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4421 y 4632) exigieron que la aceptación del acreedor o asuntor ha de constar de un modo claro, preciso, inequívoco y contundente, conforme a los artículos 1.205 y 1.206. La sentencia de 8 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4765) señaló que la asunción de deuda requiere indispensablemente el consentimiento expreso o tácito del acreedor, sin cuya concurrencia no podrá producirse el resultado de liberación del deudor.

Analizados los dos requisitos esenciales de la asunción de deuda, ésta puede ser definida como «un contrato atípico por el cual un tercero, con consentimiento del acreedor, toma a su cargo la obligación preexistente, constituyéndose en nuevo deudor y liberando al primitivo deudor».

De la definición anterior pueden deducirse las consideraciones siguientes:

- 1.^a La asunción de deuda es un negocio atípico, carente de regulación en el Código Civil (sentencia de 20 de febrero de 1995), si bien el artículo 118 de la Ley Hipotecaria le ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho, en relación con el supuesto de compraventa de finca hipotecada, pero que debe tener aplicación analógica general (en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 5.^a ed., pág. 185, y URIARTE BERASATEGUI, «Revisión de ideas», en *RCDI*, 1950, pág. 747).
- 2.^a Es un negocio plurilateral, en el que intervienen el acreedor, el deudor primitivo y el nuevo deudor.
- 3.^a El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito, nunca presunto, debiendo constar su voluntad de manera cierta e indudable (sentencia de 9 de abril de 1980).
- 4.^a El consentimiento del acreedor puede ser prestado en cualquier tiempo y forma (sentencia de 3 de mayo de 1958), incluso posterior a la asunción de la deuda, siempre que subsista el acuerdo de los deudores (sentencia de 6 de junio de 1991) y sea debidamente manifestado (sentencia de 16 de marzo de 1995).

III. NATURALEZA JURÍDICA

MEZQUITA DEL CACHO señala que «la llamada *naturaleza jurídica* de una institución o figura del Derecho no es un preconcepto, al que se ajusten, por las buenas o por las malas, sus características, efectos y elementos, sino que, al contrario, viene a ser el *resultado conceptual*, obtenido por inducción de dichos caracteres, elementos y efectos» (ver MEZQUITA, «La conmutación del usufructo vidual», en *RDN*, 1957, pág. 234). Estas palabras son perfectamente aplicables a la asunción de deuda porque, al no estar regulada en el Código Civil, los problemas que suscita no pueden resolverse *a priori*, equiparándola a otras figuras previstas en el ordenamiento jurídico, las cuales regulan otras situaciones y responden a intereses distintos; por ello, habrá que analizar los conflictos de intereses que se planteen en cada caso concreto, sin intentar encajarlos en un tipo negocial predeterminado de antemano.

Cuando se pretende establecer la naturaleza jurídica de una institución, puede pensarse de manera errónea, que se trata de una cuestión puramente teórica y con escasa trascendencia práctica, sin embargo, determina las normas que van a ser aplicables para solucionar los problemas prácticos que se plantean, los cuales pueden verse acentuados al no estar regulada esta figura en el Código Civil.

Para explicar la naturaleza jurídica de la asunción de deuda se han formulado diversas posturas doctrinales (una exposición de esta materia puede verse en HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, pág. 833 y sigs., 2001, editado por el Colegio de Registradores); en síntesis, son las siguientes:

1.^a TEORÍA DE LA OFERTA COLECTIVA

Para esta postura, el acuerdo entre los deudores constituye una «oferta de contrato» para el creador, siendo perfectamente revocable, mientras no la acepte; el contrato entre los deudores sólo surte efectos internos entre ambos mientras no se haya notificado al acreedor.

Esta postura ha sido defendida por un sector de la doctrina alemana (VON THUR, HELLING, BLUME), pero es rechazada expresamente por el BGB en su Exposición de Motivos; la doctrina española (LAGUNA IBÁÑEZ, *La delegación en el Derecho Civil español*, pág. 307 y sigs., 1958; ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en el Derecho Civil*, pág. 104 y sigs., 1996) ha criticado esta teoría, porque existiendo dos partes en el contrato sólo queda obligada una de ellas, el asumente.

2.^a TEORÍA DE LA OFERTA SIMPLE

Según esta postura, se trata de una serie de aceptaciones y ofertas sucesivas, en primer lugar, al delegante —caso de delegación— y de éste al delegatario. Esta teoría ha sido criticada por los mismos defectos que la tesis anterior (en este sentido, ADAME, *op. cit.*, pág. 149 y sigs.).

3.^a TEORÍA DEL CONTRATO A FAVOR DE TERCERO

Esta postura presupone la existencia de una promesa por parte del deudor (promitente) de asumir la deuda y liberar al deudor primitivo, acompañada de una estipulación a favor de tercero (acreedor). Sin embargo, esta teoría no ha sido aceptada por la doctrina (DE DIEGO, GONZÁLEZ PALOMINO, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) ni por la Jurisprudencia, porque significaría que el deudor primitivo quedaría liberado de la deuda antes de que el acreedor hubiese prestado su consentimiento.

4.^a TEORÍA DEL DOBLE NEGOCIO JURÍDICO DE DISPOSICIÓN Y DE OBLIGACIÓN

Para esta tesis, la asunción de deuda constituye un acto de disposición de un derecho ajeno, el del acreedor, que requiere su ratificación, lo que se producirá cuando el deudor o el asumente le haya notificado la asunción; en consecuencia, el acto de disposición puede ser convalidado retroactivamente por la adhesión del acreedor.

Esta teoría, inspirada en el parágrafo 415 BGB ha sido defendida por la doctrina alemana (WINDSCHEID, ENNECCERUS, LEHMANN), que actualmente admite, de manera casi unánime, que la asunción de deuda liberatoria es un negocio dispositivo sobre el crédito del acreedor, con efecto obligatorio para el asumente, quien debe la prestación que, hasta entonces, obligaba al deudor, confluyendo en un único negocio jurídico: por una parte, es un negocio de disposición, de cara al acreedor y, de otra, es un negocio de obligación, de cara al asumente (en este sentido, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1-2.º, pág. 298, 1993; MEDICUS, *Schuldrecht*, 1, Allgemeiner Teil, pág. 360, 11.ª ed., 1999; RIMMEL SPACHER, *Schulübernahmentheorien und Anfechtbarkeit der befreienden*, pág. 201 y sigs., 1989; STAUDINGER/KADUK, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, pág. 608 y sigs., 14.ª ed., 1994).

Esta teoría del doble negocio jurídico de disposición y de obligación responde, lógicamente, a la regulación del BGB, y tiene la ventaja de determinar sus efectos, sin embargo, las partes pueden regular la asunción de deuda por otros procedimientos legales (sobre este punto puede verse STAUDINGER/KADUK, *op. cit.*, pág. 613 y sigs.).

La doctrina española sigue, en líneas generales, esta teoría, sin embargo, a mi juicio, al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción de deuda no responde a negocio contractual único, fijo y predeterminado, por su naturaleza, sino que admite distintas vías contractuales: el contrato entre acreedor y asumente (caso de la expromisión); el contrato entre varios deudores a favor del acreedor (asunción de deuda cumulativa); el contrato entre ambos deudores, que deberá ser ratificado por el acreedor para tener efectos liberatorios... El artículo 118 LH contempla un contrato de asunción de deuda entre deudor y asumente, presentado al acreedor para su ratificación (sobre este punto, ver Apartado V).

IV. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

La posibilidad de que una deuda sea satisfecha por persona distinta del deudor primitivo no supone ninguna novedad, por ello, conviene diferenciar la asunción de deuda de otras figuras afines.

1. DE LA NOVACIÓN POR SUBROGACIÓN DEL DEUDOR

Al tratar el tema de la asunción de deuda, la doctrina ha venido centrando esencialmente el debate en determinar si esta figura era o no una novación, si implica o no la extinción del vínculo primitivo; la opinión mayoritaria defiende la separación de ambas figuras admitiendo la subsistencia del vínculo frente al sector minoritario que habla de una novación modificativa. Sin embargo, esta discusión es más teórica y doctrinal que práctica (en este sentido, DE BUEN, *Derecho Civil Español*, tomo I-2.^a, pág. 499, Madrid, 1930, y sentencia de 27 de diciembre de 1932), porque conducen a los mismos resultados prácticos, por ello, el enfoque debe de ser diferente.

En este sentido, COSSÍO Y CORRAL señaló que la doctrina estaba obsesionada por el espejismo de los nombres, pues lo que realmente interesa es conocer los efectos que esa supuesta extinción pueda producir, más que si la novación extingue necesariamente la obligación primitiva; por esta razón entendía que la pregunta debía formularse en otros términos: si la sustitución del deudor sólo implicaba un cambio subjetivo o si, además, alteraba la obligación y llegaba a la conclusión que la novación por cambio de deudor no difería sustancialmente de la asunción de deuda (ver COSSÍO, «La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular», en *AAMN*, tomo I, pág. 195, Madrid, 1945).

Este nuevo enfoque fue seguido posteriormente por Díez PICAZO, quien considera que lo esencial es analizar los requisitos para ver si el cambio de deudor implica una alteración tan sustancial en la obligación que permita concluir que es otra distinta, o si se mantiene inalterada; lo importante es resolver los problemas prácticos que suscita esta figura, siendo irrelevante que se califique o no como novación y que ésta sea extintiva o modificativa (ver Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, pág. 813 y sigs., Madrid, 1970).

La Jurisprudencia ha desempeñado un papel muy activo en la construcción dogmática de la asunción de deuda y ha seguido una evolución similar a la doctrinal: primero, sostuvo que se trataba de una novación, posteriormente suavizó esta postura considerándola como novación modificativa, para terminar diferenciando ambas figuras. En efecto, en un principio, la sentencia de 22 de febrero de 1946 abordó por primera vez la asunción de deuda en nuestro ordenamiento jurídico, acudiendo al mecanismo de la novación: «Aún cuando nuestro Código Civil no hace referencia expresa a la asunción de deuda, únicamente regulada en el Código Civil alemán, un importante sector doctrinal estima la posibilidad de aplicar sus normas fundamentales utilizando las disposiciones referentes a la novación de las obligaciones por cambio en la persona del deudor...».

La sentencia de 10 de febrero de 1950 dio un paso decisivo al configurar la asunción de deuda como un supuesto de novación puramente modificativa

de la obligación primitiva: «El texto de los artículos 1.203 y 1.207 (*a sensu contrario*) autoriza a afirmar que este cuerpo legal admite, al lado de la novación extintiva, una novación meramente modificativa, debiendo advertirse igualmente que no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva, siendo de advertir ahora, como complemento de la indicada doctrina, que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente, constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo».

La sentencia de 21 de mayo de 1997 completa esta evolución, diferenciando claramente novación y asunción de deuda: La asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respecto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta...; partiendo de su admisibilidad, sólo se puede dar, tanto en su tipo de expromisión (acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor) como en el de la delegación (acuerdo entre el deudor antiguo y el nuevo, con consentimiento del acreedor), si el acreedor lo consiente. Distinto es el caso de la novación (extintiva) subjetiva por cambio de deudor, en que se extingue la obligación primitiva y se constituye una nueva, con la persona del deudor distinta: también requiere el consentimiento del acreedor.

En definitiva, la polémica doctrinal suscitada sobre si la asunción de deuda conlleva la extinción de la obligación primitiva o si es posible una sustitución de la persona del deudor, permaneciendo intacta la primitiva obligación, puede considerarse como «absolutamente irrelevante y falta de interés» (en este sentido, GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda. Inexistencia. Efectos. Comentario La sentencia de 30 de junio de 1996», en *ADC*, 1997, pág. 1550 y sigs.; BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *ADC*, enero-marzo de 2000, pág. 83 y sigs.; y HERBOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 60), porque la asunción de deuda encaja perfectamente en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, cuya aplicación práctica más frecuente es el supuesto de compraventa de finca hipotecada (art. 118 LH).

2. DE LA ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCERO

Se llama contrato o estipulación a favor de tercero al vínculo que se establece cuando se estipula que una de las partes (promitente) se obliga frente a otra (promisario o estipulante) a realizar una prestación en favor de un tercero (beneficiario), extraño a la conclusión del contrato, que no está en él representado; por tanto, las personas que intervienen son el promitente

(obligado a efectuar la prestación), el estipulante o promisorio (quien acepta la promesa) y el tercero o beneficiario, produciéndose entre ellos relaciones distintas (relaciones de cobertura y de valuta).

Entre estipulación en favor de tercero y asunción de deuda existen, a mi juicio, las diferencias siguientes:

- 1.^a En la estipulación surge un crédito en favor de un tercero, crédito que no existía con anterioridad; en la asunción, el crédito era anterior a este contrato.
- 2.^a En la estipulación hay un tercero beneficiario del contrato, en la asunción el tercero va a ser quien asuma la deuda.
- 3.^a En la estipulación, el consentimiento del tercero es un requisito para que el contrato sea irrevocable (art. 1.257-2); en la asunción es el consentimiento del acreedor, imprescindible para la liberación del primitivo deudor.
- 4.^a En la estipulación, el beneficiario es un tercero que podrá ser determinado (si se designa nominativamente en el contrato) o indeterminado (cuando resulta de la designación posterior por el promisorio, como en el seguro de vida); en la asunción, el beneficiario es siempre el acreedor, persona perfectamente determinada desde el nacimiento de la obligación.

3. DEL PAGO HECHO POR TERCERA PERSONA

El Código Civil establece como principio general que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar al deudor lo que hubiese pagado, salvo que lo hubiese hecho contra su expresa voluntad, en cuyo caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago (art. 1.158).

Este precepto se refiere a aquellas personas que no teniendo ninguna obligación de pagar, no frente al acreedor ni frente al deudor, procedan voluntariamente a hacerlo, por ello, sus efectos no se aplican cuando la relación entre el que paga y aquél a quien se reclama el reintegro de lo satisfecho se rige por un contrato o por normas específicas que haya que respetar (sentencia de 7 de abril de 1960).

Cualquier tercero puede pagar, prescindiendo totalmente de las voluntades del acreedor y deudor, sin su consentimiento, en contra de uno de ellos o de los dos; por ello pueden darse las siguientes posibilidades: *a)* el pago de un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación produce, *ex lege*, la subrogación del mismo en el crédito del acreedor (art. 1-210-1 y 3); *b)* el pago de un tercero no interesado, con el consentimiento del deudor produce,

ex lege, la subrogación del mismo en el crédito del acreedor (art. 1.210-2); c) el pago de un tercero no interesado, ignorándolo el deudor produce, *ex lege*, una acción de reembolso de aquél contra éste por el importe de lo pagado; si el deudor ignorase el pago no podrá aprobarlo (art. 1.210-2) y no se producirá ninguna subrogación, por lo que el tercero sólo tendrá la acción de reembolso (arts. 1.158, 1.159 y 1.210).

La Jurisprudencia ha analizado y resumido las distintas situaciones que pueden darse respecto del pago hecho por un tercero:

- 1.^a Subrogación convencional: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1.159 y 1.210).
- 2.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1.209).
- 3.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él (art. 1.210-1 y 3).
- 4.^a Subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1.159 y 1.210-2).
- 5.^a Reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1.158).
- 6.^a Repetición por la utilidad producida: Cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158), sentencia de 18 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8819).

En el pago hecho por tercero, cualquier persona puede pagar, prescindiendo de las voluntades del acreedor o del deudor, sin su consentimiento, en contra de uno de ellos o de los dos (arts. 1.158 y 1.159); esta circunstancia sirve, a mi juicio, para distinguir esta figura de la asunción de deuda, en la que puede faltar la intervención del deudor primitivo, caso de expromisión (art. 1.205), pero resulta imprescindible el consentimiento, expreso o tácito, del acreedor (art. 118 LH).

4. DE LA FIANZA

En un sentido amplio, fianza o caución es cualquier garantía prestada para el cumplimiento de una obligación; en un sentido más restringido, es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no la cumple el deudor principal. De esta idea se desprenden los dos rasgos esenciales que definen la fianza, la accesoriedad y la subsidiariedad.

Como en todos los contratos de garantía, la fianza no puede concebirse sin la existencia de una obligación principal, de ahí que sea necesario que aquélla exista y sea válida, según reiterada jurisprudencia (sentencias de 21 de marzo de 1962, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970, 14 de diciembre de 1982, 11 de junio de 1984, 26 de diciembre de 1986, 10 de abril de 1987...). Por la subsidiariedad, el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación; esta nota trae como consecuencia el beneficio de orden o de excusión del fiador (art. 1.830 y sigs.).

La fianza asegura el cumplimiento de una obligación ajena, mediante la constitución de una nueva obligación con contenido propio y causa garantía. El fiador asume su propia obligación, distinta y accesorial de la garantizada, y cuando paga, cumple su propia obligación, no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor, titular de aquélla; en definitiva, el fiador es un verdadero obligado, no un simple responsable por deuda ajena (en este sentido, GUILARTE ZAPATERO, *Comentario del Código Civil*, tomo II, pág. 1782 y sigs. Editado por el Ministerio de Justicia, 1991).

Como la fianza sólo actúa en beneficio del acreedor, el fiador, para serlo, no necesita el consentimiento del acreedor, mientras que en la asunción de deuda, tal consentimiento resulta imprescindible para la liberación del deudor primitivo.

V. MODALIDADES

Recapitulando, puede destacarse una doble consideración: 1.^a Que en la asunción de deuda concurren dos elementos esenciales: la voluntad clara y decidida del nuevo deudor de liberar al primitivo y la necesidad de consentimiento del acreedor. 2.^a Que al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción de deuda no responde a un único negocio contractual, fijo y predeterminado, sino que admite distintas vías negociables, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255): el contrato entre acreedor y asumentante (caso de expromisión); el contrato entre ambos deudores en favor de acreedor (asunción cumulativa); el contrato entre ambos deudores, pendiente de ratificación por el acreedor para su eficacia liberatoria...

La vía negocial para llegar a la asunción de deuda dependerá, por tanto, de la voluntad de las partes; si los pactos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes (art. 1.281), no habrá problema; la dificultad surgirá cuando las cláusulas sean confusas o ambiguas (art. 1.284), planteándose entonces la duda de si la asunción ha de ser liberatoria o cumulativa. Ante esta incertidumbre, la postura doctrinal mayoritaria (en este sentido, NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de terceros», en *AAMN*,

tomo V, pág. 477 y sigs., 1950; RODRÍGUEZ TAPIA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, pág. 3001, 1995; Díez Pícazo, *op. cit.*, pág. 85) se inclina a favor del carácter cumulativo de la asunción, lo que tropieza con el artículo 118 de la LH, para el supuesto de compraventa de finca hipotecada, que consagra el carácter liberatorio de la asunción de deuda. En efecto, ROCA SASTRE (*op. cit.*, pág. 330) señala que esta norma admite expresamente en nuestro sistema la figura de la asunción de deuda sin los efectos destructores de la novación, como lo demuestra el empleo de la palabra *subrogación* y que habla del pacto de *transmisión de la obligación garantizada*; es evidente que esta norma sólo hace referencia a la asunción de deuda personal hipotecaria y con ocasión de la compraventa de finca hipotecada, pero sienta un criterio legislativo de admisión de la asunción no novatoria de deuda, que puede tener aplicación analógica a todos los supuestos de asunción de deuda.

Otra modalidad de pacto es la llamada «asunción de cumplimiento»: El nuevo deudor pacta con el primitivo la asunción de deuda con efectos *inter partes*, de manera que sólo sea el deudor, no el acreedor, quien pueda exigir de aquél el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de que el deudor ceda al acreedor su pretensión de cumplimiento frente al asumente. Esta modalidad de asunción de deuda fue admitida por la sentencia de 26 de abril de 1993 (RJ 1993, 2946) al señalar que la falta de consentimiento del acreedor al cambio de deudor impide que se produzca una asunción de deuda liberatoria del primitivo deudor, al ser dicho consentimiento requisito esencial para que produzca ese efecto liberatorio; esta falta de consentimiento del acreedor determina la existencia de una «delegación imperfecta» sin efectos liberatorios, que produce simples efectos obligacionales entre ambos deudores, no los propios de la asunción de la obligación preexistente.

Dada la importancia de los efectos de la asunción, es conveniente distinguir las diversas modalidades que puede presentar esta figura.

1. ASUNCIÓN DE DEUDA CUMULATIVA

El contrato de asunción de deuda cumulativa se produce cuando el asumente no se obliga en lugar del deudor, sino con él, comprometiéndose a realizar la misma prestación, o, en otros términos, se introduce el asumente en la relación ya existente, por lo que no será necesario el consentimiento del acreedor, porque podrá dirigirse contra el deudor primitivo. La sentencia de 6 de marzo de 1969 señaló que la asunción es cumulativa hasta que el acreedor la consienta, liberando al deudor; hasta ese momento, la asunción significa solidaridad del deudor y del asumente en la deuda y en la responsabilidad.

El problema que plantea la asunción acumulativa es que, al desempeñar una función de garantía de la obligación preexistente, ya existen en nuestro

ordenamiento jurídico otras figuras con la misma finalidad, como la solidaridad pasiva o de deudores y la fianza; sin embargo, no se trata de aplicar en bloque la regulación de cada una de estas figuras, sino que pueden combinarse normas de la solidaridad de deudores (como el art. 1.144) o de la fianza (arts. 1.824 y 1.853), sin que exista confusión entre estas figuras (sobre este punto puede verse el Apartado IV, distinción de la asunción con otras figuras).

En defecto de pacto entre las partes (art. 1.255), el acreedor podrá dirigirse contra el asumente (en este sentido se pronuncia el art. 1.268-2 del Código Civil italiano) o contra el deudor, sin perjuicio de poder proceder contra el otro cuando su crédito no estuviese completamente satisfecho.

La Resolución de 21 de diciembre de 2005 contempló el supuesto de venta de una finca, en la que el comprador asumía la deuda derivada del préstamo garantizado con la hipoteca que gravaba la finca, subrogándose no sólo en la obligación personal garantizada con la hipoteca; en la misma deuda se subrogaban también otras dos personas, padres de la compradora, quedando todos ellos obligados solidariamente frente a la entidad acreedora, la cual consentía en la subrogación y se pactaba una ampliación del préstamo hipotecario. Presentado el título en el Registro, se suspendió su inscripción por considerar que, para que existiese solidaridad, no era suficiente el convenio entre acreedor y deudor, al ser preciso que la deuda tuviese un origen común; en consecuencia, la ampliación del préstamo sólo podía pactarse en cuanto a la obligación de la compradora subrogada y, en el caso de los padres, habría de constituirse una hipoteca independiente en garantía de deuda ajena.

La DG señala que, en el caso de la compradora, se trata de una asunción de deuda con subrogación en la responsabilidad hipotecaria (art. 118 LH) y, en el caso de los padres, de una asunción cumulativa de deuda, figura reconocida doctrinal y jurisprudencialmente como diferente de la fianza solidaria, en base a los artículos 1.158, 1.255 y 1.257 del Código Civil a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1960, que se justifica en la razón económica del negocio; se trataba pues, de una obligación con tres deudores solidarios y, en consecuencia, podía pactarse la ampliación de la hipoteca en relación con el préstamo considerado (Boletín del Colegio de Registradores, enero-febrero de 2006, núm. 121, págs. 160 a 162).

2. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA

Tradicionalmente la doctrina viene admitiendo que la sustitución de un deudor por otro tiene dos modalidades: *a)* la expromisión, cuando tercera persona distinta del acreedor y del deudor toma sobre sí espontáneamente la obligación de éste, relevándole de ella, y el acreedor acepta el cambio, sin intervención del deudor primitivo (art. 1.205); *b)* la delegación, cuando el

deudor primitivo presenta una tercera persona, que toma sobre sí la obligación, relevando al deudor de la misma, aceptando este cambio el acreedor (art. 1.206). Por ello, conviene analizar por separado cada una de estas modalidades.

A) *Asunción de deuda por expromisión*

Si el asumente incumple la obligación, el acreedor tendrá la opción que le confiere el artículo 1.124: Exigir el cumplimiento o la resolución de la expromisión, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos; el deudor primitivo ha dejado de estar obligado y no se convierte en garante del nuevo.

Cuando la expromisión fuese anulable por concurrir algún vicio de la voluntad o defectos de capacidad y la legitimación para impugnar corresponda al acreedor, el asumente no podrá negarle el pago y el primitivo deudor no quedará liberado mientras el acreedor no preste su consentimiento liberatorio. Cuando la legitimación para impugnar sea del asumente, podrá oponer al acreedor la excepción de contrato anulable y, si la expromisión ya se hubiese consumado, la impugnación provocará la restitución de las cosas, objeto del contrato, con sus frutos y del precio con sus intereses (art. 1.303 y sigs.), salvo que el cumplimiento del asumente signifique la confirmación tácita de la expromisión, por conocer la causa de la nulidad y que ésta haya cesado (art. 1.311) (una exposición sobre el tema puede verse en BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fascículo I, enero-marzo de 2000, pág. 103 y sigs.).

Si la intervención del tercero se basa en relaciones anteriores con el deudor primitivo, éstas regirán los efectos de la expromisión entre ellos; si esa intervención ha sido totalmente espontánea, el asumente podrá dirigirse contra el deudor primitivo, una vez pagada la deuda, por aplicación analógica del artículo 1.158 (sobre esta materia, ver apartado IV, punto 3).

B) *Asunción de deuda por delegación*

El deudor primitivo puede proponer y presentar al acreedor, como su delegado, a una tercera persona para que le sustituya en la obligación, en cuyo caso, su eficacia quedará condicionada al conocimiento de la operación y al consentimiento del acreedor; hasta ese momento, la asunción quedará en suspenso. Aceptada la delegación, el acreedor deberá notificarlo tanto al primitivo deudor como al asumente; una vez notificado el deudor primitivo, quedará liberado, produciéndose este efecto con, contra o sin la voluntad del

mismo (en este sentido, el art. 1.268 del Código Civil italiano) si el acreedor sólo notificó al asumente, el deudor primitivo todavía no quedará liberado y continuará como sujeto pasivo de la obligación.

La notificación al asumente implica que, desde ese momento, estará sólo frente al acreedor; en el supuesto de pluralidad de deudores mancomunados o solidarios, la liberación de uno de ellos por el acreedor no alcanzará a los restantes que continuarán en la misma situación que antes de la asunción.

3. ASUNCIÓN DE DEUDA INTERNA Y EXTERNA

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala esta distinción, indicando que, cuando el asumente celebra por su propia voluntad el negocio jurídico de la asunción, es imprescindible que lo notifique al acreedor, para producir dos efectos: 1.º Para que el acreedor, aún sin necesidad de haber dado su consentimiento a la asunción, pueda dirigirse desde ese momento no sólo frente al deudor, sino también frente al asumente. 2.º Para que el acreedor pueda liberar al deudor primitivo, una vez conocida la asunción. En consecuencia, desde la recepción de la notificación por el acreedor, la asunción, hasta ese momento interna entre los deudores, se convierte en asunción externa (ver CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.*, pág. 59).

A mi juicio, esta distinción es puramente teórica, porque, mientras no se notifique al acreedor, la asunción sólo produce efectos entre el primitivo y el nuevo deudor; una vez efectuada la notificación, se tratará de una asunción cumulativa (ver punto 1 del apartado IV) y conservará este carácter hasta que el acreedor preste su consentimiento para liberar al deudor primitivo, convirtiéndose entonces en asunción liberatoria.

VI. ELEMENTOS

Como en toda relación jurídica, en la asunción de deuda intervienen elementos personales, reales y formales.

1. ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos subjetivos que intervienen en esta figura son el acreedor, el deudor y el asumente; sin embargo, el único que es parte del negocio es el asumente, pues el consentimiento del acreedor tiene la exclusiva función de liberar al deudor primitivo, no la sustitución de los deudores, que es consecuencia de la voluntad del asumente; por otra parte, la asunción puede realizarse sin el conocimiento ni el consentimiento del deudor (art. 1.158).

El consentimiento liberatorio del acreedor ha suscitado diversas dudas. La primera es si ha de ser necesariamente expreso, como ocurre en las legislaciones italiana (art. 1.275) y portuguesa (art. 595-2) o si puede ser tácito. ROCA SASTRE señala que el artículo 118 LH facilita enormemente el requisito del consentimiento del acreedor hipotecario, al limitar su alcance a los efectos liberatorios del anterior deudor; al permitir que se manifieste tácitamente; al no exigir que se preste en el propio acto de la compraventa y al prescindir de la notificación al acreedor; finalmente, da base para que el efecto liberatorio que provoca el consentimiento del acreedor se retrotraiga al momento de pactarse la asunción entre vendedor y comprador (ver ROCA SASTRE, *op. cit.*, tomo VII, pág. 310, 8.^a ed., 1998). La Jurisprudencia confirma también este criterio: Recogiendo numerosos pronunciamientos anteriores, la sentencia de 20 de mayo de 1997 señaló que «el consentimiento no sólo se presta mediante actos expresos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita del acreedor, si bien los actos de los que la prestación de tal consentimiento en forma tácita se infiera sean concluyentes e inequívocos».

La segunda duda es la naturaleza jurídica del consentimiento del acreedor. Como hemos visto anteriormente (apartado V), la asunción de deuda no responde a un único negocio contractual, fijo y predeterminado, sino que admite distintas vías negociables, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1.255); cuando ésta se realice por vía de la expromisión (art. 1.205), el consentimiento del acreedor constituye su declaración de voluntad negocial, que conforma el negocio jurídico en el que se integra, juntamente con la de los deudores.

La capacidad para la asunción de deuda es la necesaria para los actos de disposición: El acreedor, porque, con la sustitución del deudor, decide la futura suerte del crédito y puede afectar a su grado de solvencia, al cambiar el patrimonio del deudor primitivo (art. 1.911) por el de un tercero; el asumente, porque él es realmente quien celebra el negocio de asunción, incorporando a su pasivo una deuda que, en caso de incumplimiento, puede reducir sus bienes, los cuales podrán ser enajenados, caso de impago.

Como elementos subjetivos externos a la asunción están los terceros que hayan garantizado la deuda; no son elementos esenciales, sino complementarios, porque su consentimiento es necesario para la subsistencia de las garantías, personales o reales.

2. ELEMENTOS REALES

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO señala como elementos objetivos de la asunción: el deudor que, por no tener en cuenta su conocimiento ni su consentimiento a ella, es asumido con la deuda como titular de la misma, en principio,

acumulativamente, aunque después pueda liberarse por el consentimiento del acreedor, en cuyo caso, ya no es sujeto de la asunción por haber desaparecido de la relación jurídica; además, cita como elementos objetivos la causa o la falta de causa de la obligación, el plazo y la condición (ver CANO, *op. cit.*, págs. 46 y 52).

A mi juicio, el deudor no puede ser considerado como un elemento objetivo sino subjetivo, porque las relaciones jurídicas sólo caben entre personas, que desempeñarán diferentes funciones, según la naturaleza del negocio; por otra parte, la condición y el plazo son elementos accidentales del contrato, que podrán o no existir (arts. 1.113 y 1.125) y, por último, la causa la estudiaremos seguidamente (ver punto 4 de este mismo apartado).

Como consecuencia de lo anterior, la deuda asumida es el único elemento objetivo de la asunción; el asumente se coloca en la posición del primitivo deudor como persona obligada a cumplir la prestación, como simple deudor, no como parte contractual. El deudor «debe», en virtud de la relación de valuta, mientras que el asumente «se obliga» en virtud del contrato de asunción, pero «debe» en la misma relación de valuta en la que aquél sigue siendo parte contractual; esto implica que la obligación primitiva debe ser válida y eficaz, por ello, el asumente podrá alegar la nulidad, anulabilidad o resolución de valuta frente al acreedor, pues la asunción no convalida los vicios de esa relación.

Como la prestación podrá consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.088), la obligación asumida podrá ser una prestación de dar (dinero, cosa específica o genérica), de hacer (prestación de servicios no personalísimos) o de no hacer; si se asume una obligación natural, la deuda se asume con la misma falta de exigibilidad, pero si las partes quieren transformar esa obligación natural en civil y, por tanto, en exigible, podrán hacerlo creando una obligación nueva, no a través de la asunción de deuda (sobre este punto puede verse SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI-1.º, pág. 767 y sigs.).

Pueden ser objeto de asunción todo tipo de obligaciones: mancomunadas, solidarias, conjuntivas, alternativas, sometidas a condición, suspensiva o resolutoria, a término, etc., lo que no podrá ser objeto de asunción de deuda es la posición pasiva de un derecho real, porque ésta viene determinada por la ley y escapa a la voluntad de las partes, por ejemplo, el comprador de una finca gravada con servidumbre de paso está obligado a respetarla (puede verse NÜRR, *Sukzessionen*, pág. 309).

3. ELEMENTOS FORMALES

Como regla general, el contrato de asunción de deuda se rige por el principio de libertad de forma (arts. 1.278 y 1.279). La doctrina alemana

precisa que, cuando la ley exija una determinada forma en la relación de valuta, la asunción de deuda deberá revestir esa misma forma, porque se trata de la misma deuda (ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, pág. 297; MÜNCHKOMM, *Vor* 414, 6 y 12; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*, pág. 306; SORGEL/ZEISS, *Vor* 4144 y 415; HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *Vor* 417, München, 1999).

4. LA CAUSA

La figura del contrato abstracto fue considerada como una de las grandes aportaciones de la pandectística alemana (DÖLLE, *Juristischen Entdeckungen*), para poner el Derecho Romano al servicio de las necesidades del siglo XX, transformando la *traditio* y la *stipulatio* en el contrato real traslativo (*die Einigung*) y en la asunción de deuda (*die Schuldübernahme*), para facilitar el tráfico inmobiliario y dar seguridad a las transacciones sobre pagarés.

Recogiendo la corriente pandectística, el BGB reguló la asunción de deuda, bien mediante acuerdo entre acreedor y asumente, bien entre deudor y asumente, ratificado por el acreedor, en el cual el asumente se obliga a cumplir la deuda del deudor y, por tratarse de la misma obligación, el asumente podrá oponer al acreedor todas las excepciones que hubiera podido oponer el primitivo deudor, excepto compensar créditos de éste, y excluyendo la oponibilidad frente al acreedor de las excepciones derivadas de la relación entre deudor y asumente (parágrafos 414 a 418). Sobre esta base legal, la doctrina alemana (DERNBURG, HEDEMANN, KNOKE, STROHAL...) configuró la asunción de deuda como un contrato absolutamente abstracto; sin embargo, a partir de la obra de HECK (*Das Causalgeschäft*, 1973) sobre el negocio abstracto, se sometió a esta figura a una profunda revisión, debido a los resultados injustos que producía, a su carácter anómalo en el Derecho comparado y a lo arbitrario de su origen. Esta revisión se realizó tanto en el ámbito doctrinal (HEINRICHS, MÖSSEL) como en el judicial, especialmente por el Tribunal Federal (Bundesgerichtshof) que consideró muy dudoso el carácter abstracto de este contrato, al admitir que el asumente pueda impugnar la asunción acordada con el deudor por problemas derivados de la relación de cobertura, utilizando como argumento que, cuando la asunción se realiza por acuerdo entre ambos deudores (relación de valuta), forma, con la relación de cobertura, un negocio jurídico unitario, que puede ser impugnado como conjunto, aunque sólo sea impugnable alguna de sus partes integrantes.

Dado el carácter causal de nuestro ordenamiento (art. 1.261-3), la causa de la asunción encaja en el artículo 1.274, cuando al referirse a los contratos onerosos, dice que la causa es «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»; en consecuencia, el acreedor permite la sustitución del deudor y, en contrapartida, el asumente se obliga a realizar la prestación

del deudor y viceversa, por tanto, la causa de la asunción de deuda está en la reciprocidad entre ambas prestaciones.

VII. SUPUESTO DE COMPRAVENTA DE FINCA HIPOTECADA: EXAMEN DEL ARTÍCULO 118 DE LA LEY HIPOTECARIA

Al publicarse la LH de 1946, LA RICA auguró un gran éxito al artículo 118, que regula por primera vez en España este pacto de asunción de la obligación garantizada con hipoteca, porque los vendedores de fincas hipotecadas querrían quedar liberados de toda obligación dimanante del préstamo hipotecario y a los compradores no les importaría subrogarse en la responsabilidad personal si el inmueble cubre con amplio margen el débito hipotecario (ver LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, pág. 203, y el escepticismo de ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo IV, págs. 183 y 184, 5.^a ed., 1954).

El tiempo ha venido a confirmar esta previsión, pues como señala LARRONDO LIZÁRRAGA, esta norma presenta gran utilidad al tráfico jurídico, porque permite la transmisión de bienes y derechos, con independencia de que se encuentren gravados con hipoteca: al vendedor, le reporta la ventaja de quedar desligado de su obligación primitiva; el comprador se beneficia del crédito respecto de la cantidad aplazada, total o parcialmente; el acreedor queda garantizado en su crédito, porque la finca se transmite con la carga que le es inherente y la liberación del primitivo deudor no se produce en contra de su voluntad. El vínculo constituido por el acreedor con su deudor primitivo no queda extinguido, sino que, por el contrario, persiste individualizado sin menoscabo (ver LARRONDO LIZÁRRAGA, «La compraventa de finca hipotecada», en *Práctica Hipotecaria, Nuevas perspectivas del Derecho de Hipoteca, Homenaje a don Ramón M.^a Roca Sastre en el centenario de su nacimiento*, tomo 8, pág. 74, Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2000).

En esta misma línea, GARCÍA GARCÍA pone de relieve que el artículo 118 es fundamental, pues, si no existiera, se aplicaría el sistema del Código Civil, que establece la novación extintiva por cambio de deudor y, entonces, se trataría de una nueva hipoteca, pues la novación extingue las garantías; sin embargo, algunos autores siguen hablando de novación extintiva, reconociendo que dicha novación será a otros efectos distintos de la hipoteca, pues ésta subsiste con su rango. Según esta posición, se trataría de hipoteca con el mismo rango en garantía de la nueva obligación. Pero el artículo 118 parte de la figura de la novación modificativa respecto al «crédito hipotecario» en su conjunto, por cambio del deudor, si bien exigiendo el consentimiento expreso o tácito, del acreedor, conforme al artículo 1.205 del Código Civil. En la práctica, en las escrituras de hipoteca se hace constar la manifestación del

comprador sobre subrogación en la obligación personal garantizada con la hipoteca y, si no consta la intervención del acreedor, queda pendiente de su ratificación, expresa o tácita (ver GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 5.^a ed., 2006, comentario al art. 118 LH, pág. 208 y sigs.).

La finalidad de la asunción de deuda es evitar el empleo y transporte de numerario, por no tenerse en un momento determinado, facilitando las transacciones. AMORÓS GUARDIOLA pone de relieve que la evolución de la contratación hace posible esta figura porque ha sido desplazado el carácter personalista del Derecho de Obligaciones; hoy es el patrimonio del deudor el que responde de las deudas contraídas, mecanismo que actúa gracias al valor constitutivo de la publicidad registral, que convierte a la hipoteca en *obligatio propter rem* (AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada*, CRPME, pág. 37, 1991, citado por LARRONDO LIZÁRRAGA, *op. cit.*, pág. 74, nota 14).

Para una mejor comprensión del artículo 118 LH conviene analizar sus términos por separado:

1. «EN CASO DE VENTA DE FINCA HIPOTECADA...»

El artículo 118 se refiere específicamente al contrato de compraventa, sin embargo, podrá aplicarse también no sólo a otros negocios traslativos onerosos distintos a la compraventa (permuta, adjudicación en pago de deuda), siempre que concurren los requisitos exigidos en el mismo, sino también a otros negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Argumentos: 1.º El artículo 334-10 del Código Civil incluye los llamados inmuebles por analogía, atribuyendo este carácter a las acciones nacidas de derechos reales sobre bienes inmuebles, ya que la acción toma su carácter del derecho que protege. 2.º El artículo 106 LH incluye entre los bienes hipotecables a los inmuebles susceptibles de inscripción y a los derechos reales enajenables impuestos sobre los mismos bienes. 3.º Esta postura es también defendida por ROCA SASTRE (*op. cit.*, 8.^a ed.) y LARRONDO LIZÁRRAGA (*op. cit.*, pág. 82).

El problema fundamental en este punto es si el artículo 118 es o no aplicable a los negocios gratuitos, por ello, conviene analizar por separado que la finca hipotecada se transmita por vía de donación, herencia o legado.

A) *Transmisión por donación*

Esquematisando los artículos 642 y 643 del Código Civil, ALBALADEJO señala las siguientes ideas:

- 1.^a Si no se le impuso como carga, el donatario no tiene obligación de pagar las deudas del donante.
- 2.^a Aunque el donante haya quedado con un patrimonio insuficiente para pagar sus deudas, el donatario tampoco responde de ellas, aunque los acreedores pueden impugnar la donación y conseguir cobrar sus créditos, incluso sobre los bienes que recibió el donatario (art. 1.111).
- 3.^a Sólo si se le impuso esta carga, el donatario tiene obligación de pagar las deudas del donante que se hubiese acordado.
- 4.^a Si se le impuso en general, sin más precisiones, la obligación de pagar las deudas del donante, el donatario estará obligado al pago de las anteriores a la donación (ver ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario del Código Civil*, tomo I, pág. 1629, editado por el Ministerio de Justicia, 1991).

Sobre esta base, pueden distinguirse los supuestos siguientes:

- a) Donación de finca hipotecada sin imponer al donatario el pago de la hipoteca

En este supuesto, el donante continuará obligado personalmente al pago de la deuda; si en lugar del donante la pagase el donatario, éste se subrogará en la posición del acreedor para reclamar el crédito al donante, al tratarse de pago realizado por un tercero interesado en la obligación (art. 1.210-3.º).

- b) Donación de finca hipotecada imponiendo al donatario el pago de la hipoteca

En este caso se tratará de una donación onerosa (art. 619), por ello, la doctrina ha defendido distintas posturas: Si el donatario debe reembolsar al donante lo que éste hubiese pagado de la hipoteca (DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, tomo II, pág. 343 y sigs., 1994); si se le impone la obligación de asumir la hipoteca (SANCHO REBULLIDA, «Comentario al artículo 1.205 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, tomo XVI, pág. 728, 1991) o si sólo surge el compromiso de satisfacer el pago, sin convertirse en deudor (ALBALADEJO, *op. cit.*, págs. 1629 y 1630) (una exposición de esta materia puede verse en HERBOSA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 216 y sigs.).

El simple hecho de imponer al donatario el pago de la hipoteca no lo convierte en deudor y dicho pacto sólo surtirá efecto entre las partes, continuando el donante como obligado personal al pago. Si el donatario incumple

su deber de pago, el donante podrá revocar la donación por incumplimiento de cargas (art. 647), pero no podrá subrogarse en la hipoteca del acreedor por la falta de onerosidad de la transmisión, al no poder realizarse la retención o descuento de la deuda, exigido por el artículo 118-2.

B) *Transmisión por herencia*

El artículo 1.085 señala que el coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponde a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional; este mismo régimen se aplicará cuando hubiese pagado íntegramente la deuda hipotecaria o consistiera en cuerpo determinado.

Esta norma establece como regla general una acción de regreso a favor del heredero que paga contra los demás, siempre que el pago sea válido, sin necesidad de reclamación judicial o extrajudicial. Si la deuda es hipotecaria, la finca se adjudicará normalmente por su valor líquido, en cuyo caso, si el que paga es el adjudicatario, no tendrá acción de regreso, pues es uno de los casos en que, como consecuencia de la partición, uno de los coherederos, en este caso, el adjudicatario de la finca hipotecada, él sólo queda obligado al pago de la herencia (art. 1.084-2).

C) *Transmisión por legado*

El artículo 867 dice que cuando el testador legare una cosa hipotecada para la seguridad de una deuda exigible, el pago de ésta será a cargo del heredero; si por no pagar el heredero lo hiciere el legatario, éste quedará subrogado en la posición del acreedor para reclamar contra el heredero.

Esta norma presume que el causante era el deudor de la obligación, razón por la que impone su cumplimiento al heredero, quien habrá de hacerla efectiva, aunque la cosa ya sea entonces del legatario.

El artículo 867 habla de «deuda exigible», entendiéndose que ha de consistir en el pago de una cantidad debida (MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VI-2.º, pág. 396) o que ha de ser líquida y exigible, por no estar sometida a condición (art. 1.113) o a término (art. 1.125) (MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, tomo XV, pág. 239), por ello, DÍAZ CRUZ sostiene que dicha deuda ha de ser «legítima, real, positiva, o sea, como si se hubiera puesto por el legislador la palabra deuda solamente» (ver DÍAZ CRUZ, *Legados*, pág. 224 y sigs.).

AMORÓS GUARDIOLA destaca que una cosa es que el heredero deba pagar la deuda garantizada (aspecto obligacional) y otra que, mientras no se pague y se cancele la garantía, ésta deba seguir pesando como carga frente al lega-

tario (aspecto real). Aunque es cierto que la causa normal de extinción de la garantía será el pago de la deuda garantizada, sin embargo, cabe que el heredero no pague y entonces el legatario, como sujeto pasivo del gravamen, tenga que soportar la venta de la cosa legada para el pago de la deuda (ver AMORÓS GUARDIOLA, *Legado de cosa gravada, el Libro-Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, pág. 444, 1984).

A la vista de las consideraciones anteriores, cabe llegar a la conclusión, a mi juicio, que el artículo 118 LH no es aplicable a los supuestos de transmisión gratuita de la finca hipotecada por las siguientes razones:

- 1.^a El artículo 118 contempla una situación muy específica, la compra-venta de finca hipotecada, por ello, el «crédito hipotecario» responde a este supuesto y a los requisitos institucionales que lo componen, la venta y la hipoteca, por ello, no será aplicable por analogía a otros supuestos en los que concurren requisitos distintos.
 - 2.^a En el caso de donación (arts. 642 y 643), no existe ninguna norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación, ni una presunción legal favorable a ella, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 118.
 - 3.^a En los casos de transmisión *mortis causa* de finca hipotecada, por herencia (art. 1.085) o por legado (art. 867), dicha transmisión no implica ningún cambio en el régimen jurídico de la obligación garantizada, por ello el heredero será quien quede obligado al pago, como sucesor del causante (arts. 657, 659, 660 y 661).
2. «...SI EL VENDEDOR Y EL COMPRADOR HUBIEREN PACTADO QUE EL SEGUNDO SE SUBROGARÁ NO SÓLO EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA HIPOTECA, SINO TAMBIÉN EN LA OBLIGACIÓN PERSONAL CON ELLA GARANTIZADA...»

En el crédito hipotecario concurren dos elementos, el crédito en sí mismo y la responsabilidad real de la finca hipotecada, por ello, el cambio del sujeto pasivo puede serlo en cuanto a uno de los dos interesados, bien el deudor, bien el titular del derecho real gravado. Esta dualidad, que en orden a la transmisión del sujeto pasivo de una u otra obligación, se aprecia claramente cuando al surgir la obligación, sean dos personas distintas, un deudor personal y un hipotecante no deudor, adquiere mayor complejidad cuando aquel último es el mismo deudor, pues el cambio del sujeto pasivo puede producirse respecto a uno solo de ellos, e incluso respecto a ambos, pero en favor de personas distintas.

El artículo 118 contempla la sustitución de la obligación personal garantizada, pero, curiosamente habla de «subrogación», no de asunción de deuda, y como aquella puede ser convencional, legal o judicial, de ahí la conveniencia de analizar por separado cada una de ellas.

A) *Subrogación convencional*

El artículo 118 se refiere al contrato de compraventa, en el que se ha incluido el pacto de asunción de deuda, convirtiendo, de esta forma, a la compraventa, contrato bilateral y oneroso, en plurilateral, al tener que añadirse un nuevo consentimiento, expreso o tácito del acreedor, al de vendedor y comprador (arts. 1.445 y 1.450).

El consentimiento del acreedor, bien en la misma escritura de compraventa, bien en otro documento, se reflejará en el Registro, en el mismo asiento de la venta o por nota marginal, si se acredita posteriormente (en este sentido, CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI, pág. 614). Como dicho consentimiento puede ser tácito, el acreedor podrá manifestarlo en cualquier forma y momento, siempre que el acuerdo entre vendedor y comprador permanezca subsistente (sentencia de 22 de febrero de 1946). Si falta el consentimiento del acreedor, la convención entre el deudor-vendedor y el comprador-asumiente permanecerá en el ámbito del derecho de obligación y colocará al adquirente en la posición de quien se obliga a pagar por otro (Resolución de 21 de abril de 1930).

Para admitir esta subrogación convencional y personal, el Tribunal Supremo exige que «los contratos sinalagmáticos todavía no hayan sido cumplidos», lo que implica que todavía no ha llegado el momento de su vencimiento (sentencia de 14 de junio de 1966, recogiendo sentencias de 20 de junio de 1926, 4 de enero de 1930, 11 de abril de 1944, 4 de enero de 1952, 17 de mayo de 1954, 27 de enero de 1960, 5 de junio de 1961 y 28 de abril de 1966). Este requisito permite distinguir la subrogación convencional y la legal, pues hasta ese momento el acreedor no puede ser compelido al cobro, pues el plazo se establece tanto en beneficio del acreedor como del deudor (art. 1.127).

B) *Subrogación legal*

Se produce en los casos especiales en que la Ley establece, de manera expresa o tácita, la subrogación del comprador de finca hipotecada en la obligación personal.

La asunción de deuda sólo se refiere realmente a la obligación personal, pues la responsabilidad real sobre los bienes hipotecados no se requiere asumirla, pues va unida directamente a la finca hipotecada (arts. 104 LH y 1.876 del Código Civil); por ello, como señaló la sentencia de 22 de noviembre de 1943, el que presta con una garantía hipotecaria «más bien que a la persona presta a la cosa», pasando así el crédito a tener una naturaleza real con eficacia *erga omnes*, aunque la finca haya pasado a terceros.

Como supuestos de subrogación legal se pueden citar los siguientes:

1.º El artículo 140 LH recoge la llamada «hipoteca de responsabilidad limitada», que constituye una excepción al principio general de los artículos 105 LH y 1.911 del Código Civil.

Si al constituirse la hipoteca se excluye la responsabilidad personal del deudor, por pactarse que la obligación garantizada sólo podrá hacerse efectiva sobre los bienes hipotecados, con lo que únicamente subsistirá la responsabilidad real, ésta se transmitirá con ella cuando sea vendida por el deudor, produciéndose el hecho de que el comprador asume la deuda en el único aspecto ejecutivo de ella, es decir, en la de la acción real respecto a la finca gravada con la hipoteca.

El artículo 140 LH autoriza un pacto de concreción de la responsabilidad personal del deudor, que queda localizada o circunscrita a la finca hipotecada, a semejanza del beneficio de inventario; dicho pacto presupone que subsiste un deudor personal, con su débito y su responsabilidad, si bien circunscrita a lo hipotecado y que el acreedor hipotecario conserva su crédito, con la consiguiente acción personal. Se produce, pues, una subrogación o asunción de deuda sin el consentimiento del acreedor, quien ya la prestó, al acordar el pacto de concreción de responsabilidad personal (en este sentido, ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 620 a 622).

2.º Cuando la finca enajenada está sujeta a hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas, el que remate los bienes gravados, los adquirirá con subsistencia de la hipoteca y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento (art. 157-3 LH).

Esta figura implica para todo adquirente del bien gravado la asunción automática, de pleno derecho, de la obligación de satisfacer en lo sucesivo la correspondiente renta o pensión periódica, mientras sea propietario, quedando liberado el propietario anterior para lo sucesivo; se produce, pues, una asunción o subrogación legal en el débito personal garantizado con la hipoteca de renta, que, en esencia, garantiza una obligación impersonal, por seguir el débito personal, no a una persona determinada, o a sus herederos, sino a aquella persona que, en cada momento, sea propietaria de la finca hipotecada.

Actualmente ha desaparecido el supuesto de subrogación o asunción legal cuando la finca objeto de compraventa estaba hipotecada a favor del Banco Hipotecario de España; la Ley de 2 de diciembre de 1872 señalaba que, cuando la finca hipotecada cambiase de dueño, el adquirente quedaría de derecho subrogado en todas las obligaciones que, por razón de ella, hubiera contraído su causante con el Banco (art. 36); esta subrogación se producía no sólo cuando la transmisión era por compraventa, sino también por cualquier otro título, porque la norma no establecía diferencias. El Real Decreto de 4 de agosto de 1928 reformó la Ley de 1872, reproduciendo aquella

norma (art. 13), que fue desarrollada por el Decreto de 3 de noviembre de 1928 (art. 95)

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 5 de mayo de 1994, anuló las normas antes citadas, en virtud de la Disposición Adicional 3.^a de la Ley de 14 de abril de 1994, que adaptó la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria (89/646/CEE) que estableció que la entidad oficial Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima, tenía la naturaleza jurídica de Banco y le sería aplicable el régimen general de los Bancos.

C) *Subrogación judicial*

Esta subrogación se produce en el débito personal garantizado con la hipoteca que grava la finca cuando ésta sea enajenada por el ejercicio de cualquier acción real o personal que produzca la venta de la misma.

La legislación hipotecaria regulaba tradicionalmente la subsistencia y subrogación del rematante o adjudicatario en las hipotecas anteriores o preferentes y en la obligación personal garantizada con la hipoteca, tanto en el procedimiento judicial sumario (arts. 131 y 133-2 LH) como en el extrajudicial [art. 236.f) y g)] confirmados por el artículo 1.512 de la anterior LEC de 1881, que han sido recogidos por los artículos 668-3.º, 669-2 y 670-5 de la nueva LEC, de 7 de enero de 2000, que pasamos a analizar.

Al referirse al contenido del anuncio de la subasta, el artículo 668 dice que se hará constar: «...3.º Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquellos, si el remate se adjudicare a su favor».

La publicidad de la subasta de bienes inmuebles se realiza de la misma forma que la de los bienes muebles (arts. 645 y 646) con las consiguientes particularidades:

- 1.^a Los anuncios de la subasta contendrán las mismas menciones que para los bienes muebles, con la particularidad de identificar la finca en forma concisa; se indicará que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble está de manifiesto en Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existen títulos (art. 665); y que las cargas o gravámenes anteriores continuarán subsistentes y que el licitador las admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de los mismos; también se mencionará el resultado de las actuaciones sobre extinción y minoración de cargas llevadas a cabo (art. 657); finalmente, también se expresará, con el debido detalle, la

situación posesoria del inmueble o que se encuentra desocupado, si se acredita cumplidamente esta circunstancia al Tribunal de la ejecución (art. 661-1).

- 2.^a La Ley prevé sólo para los bienes inmuebles que medie un plazo mínimo de veinte días entre el anuncio de la subasta y la fecha para su realización (art. 667, que reproduce el art. 1495 de la LEC de 1881).

El artículo 669-2 se refiere a las condiciones especiales de la subasta, estableciendo que, por el mero hecho de participar en la misma, se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor.

La subasta de inmuebles se regirá por los requisitos generales señalados en la LEC (art. 647) con la única diferencia de que el depósito previo exigido se eleva del 20 al 30 por 100 del valor de tasación del bien. Como requisito específico se prevé que el mero hecho de participar en la subasta supone la aceptación de los postores tanto de la suficiencia de la titulación de la finca, que consta en autos, o de la inexistencia de titulación, como de la subrogación en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta (art. 669-2) en el caso de que el remate se adjudique a su favor.

El artículo 670-5 dice que quien resulte adjudicatario del bien inmueble, habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos.

Esta norma extiende al ejecutante adjudicatario del bien la obligación de aceptar la subsistencia de las cargas anteriores y la subrogación en la responsabilidad derivada de ellas, prevista para el licitador, caso de resultar rematante, en el artículo 668-3, antes examinado.

Este régimen legal señalado en los artículos 668-3.º, 669-2.º y 670-5.º se complementa con el artículo 674 sobre el título para inscripción de la adquisición y cancelación de cargas. En la enajenación forzosa efectuada a través de subasta, hay que distinguir entre la perfección del contrato de compraventa y la consumación de la transmisión, en virtud de la teoría general del título y el modo (arts. 609 y 1.095): La venta se perfecciona cuando se dicta el auto de aprobación del remate (título) y la entrega del testimonio para los inmuebles (modo), conforme al artículo 650-1. Sustituido el otorgamiento de la escritura pública por el auto de aprobación del remate, éste será el momento en el que se entenderá producida la transmisión del bien, pudiendo inscribirse a favor del adquirente, si contiene las circunstancias previstas en los artículos 9 LH y 51 RH.

Este sistema de cancelación de cargas posteriores y subsistencia y subrogación de cargas anteriores con deducción de su importe del valor de tasación

seguido por la Ley es consecuencia de una evolución legislativa, que, en síntesis, ha sido la siguiente: La LEC 1881 estableció la subsistencia de las cargas perpetuas y la cancelación de las cargas temporales, anteriores, simultáneas o posteriores a la del acreedor ejecutante (arts. 1.511, 1.516, 1.517 y 1.518 en su redacción inicial). Este sistema de purga de cargas anteriores fue sustituido por la LH 1909, que introdujo el de subsistencia de todas las cargas anteriores y preferentes, si las hubiere, y subrogación en ellas del adquirente, para el procedimiento judicial sumario (antiguos arts. 131, regla 8.^a LH y 155-2 RH) y, con carácter general, cuando se ejercitase cualquier acción real o personal que provocase la venta de bienes inmuebles (art. 133-2 LH). La Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó la LEC 1881, incorporando el artículo 131, regla 8.^a LH, pero sin incluir la deducción de su importe ni del valor de tasación del bien ni del precio del remate.

La LEC vigente mantiene el mismo sistema, con las siguientes novedades:

1. La subsistencia y subrogación de cargas se establece sólo para las anteriores, sin hacer referencia a las «preferentes, si las hubiere» (arts. 668-3.º, 669-2.º y 670-5.º).
2. Prevé la deducción de su importe del valor de tasación del bien (art. 666).

En definitiva, el sistema de subsistencia de cargas de la LEC se atiene exclusivamente al criterio registral; el adquirente se subroga en todas ellas, hasta el importe que conste para cada una de ellas en el Registro, después de la disminución de cargas prevista en el artículo 657.

3. «...SI EL ACREEDOR PRESTASE SU CONSENTIMIENTO, EXPRESO O TÁCITO»

Siguiendo el mismo criterio del artículo 1.205 del Código Civil, el artículo 118 exige que el acreedor preste su consentimiento, expreso o tácito, al pacto de asunción de deuda garantizada con hipoteca, para que el primitivo deudor quede liberado, porque si la responsabilidad patrimonial universal de un deudor se sustituye por otra (art. 1.911), es lógico que el acreedor preste su conformidad.

La jurisprudencia ha ido configurando el consentimiento del acreedor, señalando que puede ser expreso o tácito, nunca presunto, debiendo constar su voluntad de manera cierta e indudable (sentencia de 9 de abril de 1980); mientras subsista el convenio de la asunción puede ser prestado en cualquier tiempo y forma (sentencia de 3 de mayo de 1958), con carácter previo, simultáneo o posterior a la asunción, siempre que subsista el acuerdo de los deudores (sentencia de 6 de junio de 1991) y sea debidamente manifestado (sentencia de 16 de marzo de 1995).

La falta de este consentimiento trae como consecuencia que la asunción no surtirá efecto frente al acreedor, continuando el vendedor como deudor y el comprador reunirá la condición de tercer poseedor.

4. COMPRAVENTA DE FINCA CON PACTOS DE RETENCIÓN O DESCUENTO DE LA DEUDA HIPOTECARIA

En contraposición a la asunción de deuda (párrafo 1.º) el artículo 118-2.º regula los supuestos en que el comprador haya retenido o descontado del precio de la compraventa el importe de la hipoteca, sin asumirla, estableciendo la subrogación del vendedor en la posición del acreedor, en el caso de que aquél haya satisfecho el pago; de esta forma, el artículo 118-2 LH plantea la duda de si se trata o no de una asunción tácita de la obligación asegurada, porque produce la liberación del primitivo deudor al ser consentida por el acreedor.

En un principio, la Jurisprudencia pareció aceptar la tesis de la asunción tácita. La conocida sentencia de 22 de noviembre de 1943 señaló que al pagar la hipoteca el tercer adquirente, no lo hacía como mandatario de la vendedora-deudora, sino que tácitamente asumió la obligación de satisfacerla y, al hacerlo, actuó por cuenta propia y pagó con su dinero propio. Sin embargo, la sentencia de 12 de abril de 1945 defendió que dicho pacto era una mera asunción interna de deuda o asunción de cumplimiento: Convenido en una compraventa el que el precio de ésta fuera retenido por el comprador para abonar con él determinadas deudas del vendedor, no ha surgido una novación subjetiva con el consentimiento del acreedor que liberaría de sus obligaciones al deudor primitivo, sino que, subsistiendo la obligación, surge otra nueva, consistente en que el compromiso del comprador de pagar las deudas del vendedor, la cual liga, a este efecto, a ambos contratantes y pudiera originar una resolución de la venta al incumplirse la obligación contraída.

Siguiendo este criterio, SANZ FERNÁNDEZ señalaba que la retención del precio no tiene, por sí sólo, una significación jurídica determinada y refleja una intención de las partes no expresada en el contrato, por ello, deberá interpretarse como una asunción tácita de la deuda garantizada con hipoteca, en el caso de que la cantidad retenida se destine al pago de la deuda; a su vez, la finalidad de pago habrá de presumirse en la retención. Salvo una clara voluntad contraria de las partes, habrá que presumir que la cantidad retenida se destina al pago de la deuda y, de ello, que el comprador trató de asumir la obligación garantizada (ver SANZ FERNÁNDEZ, *Compraventa de finca hipotecada*, Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, el 21 de abril de 1944, pág. 79 y sigs.).

AMORÓS GUARDIOLA defiende igualmente que la retención o descuento de la obligación garantizada del precio de venta equivale a una asunción tácita

de deuda, por las siguientes razones: 1.^a porque el comprador tendrá que pagar la deuda con cargo al valor de la finca, si el vendedor no satisface su importe; 2.^a porque normalmente el vendedor o primitivo deudor se desentiende del pago de la deuda garantizada, una vez que la finca ha salido de su patrimonio; 3.^a porque al acreedor hipotecario lo que realmente le interesa no es la persona del deudor, sino la persona que es dueña de la finca, porque a ella tendrá que reclamar el pago, notificarle la existencia del procedimiento y entenderse con ella en el ejercicio de la acción hipotecaria (ver AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada. Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1991, págs. 56 y 57).

LARRONDO LIZÁRRAGA entiende que es un supuesto similar al párrafo 1.º del mismo precepto, al haber una asunción de cumplimiento interno de deuda; la única diferencia es que el comprador se compromete a pagar a medida que se produzca el vencimiento de los sucesivos plazos, surtiendo los mismos efectos que la asunción de deuda, si bien no precisa el consentimiento del acreedor, porque no se puede negar al pago (ver LARRONDO LIZÁRRAGA, *op. cit.*, pág. 116).

Esta postura que ve en el artículo 118-2 LH un supuesto de asunción tácita, ha sido objeto de numerosas críticas, que pueden sintetizarse en las siguientes:

1. El artículo 118 contempla como figuras distintas la asunción, expresa o tácita, y la retención o descuento, por lo que deberán tener un régimen jurídico diferente.
2. El artículo 118-2 parte de la idea de que la retención no implica asunción o subrogación, pues cuando se establece la retención del precio es porque no hay pacto de subrogación.
3. El artículo 118-2 llama «deudor» al que ya vendió la finca, sin diferenciar si el acreedor consintió o no la supuesta asunción, distinción que sería precisa si la retención provocara asunción.
4. Un requisito esencial de la asunción es la voluntad del asumente de aceptar la deuda y liberar al primitivo deudor, sin que ello pueda deducirse del simple hecho de que el comprador retenga parte del precio.
5. El artículo 118-2 contempla un supuesto de enajenación de finca hipotecada sin transmisión de la responsabilidad personal; el deudor seguirá respondiendo personalmente frente al acreedor y el comprador adquirirá la responsabilidad por razón de la hipoteca.
6. La retención o el descuento realizados por el comprador son una garantía para su derecho y le obligan a pagar la obligación a su vencimiento, pero ello no implica asunción porque no hay consentimiento del acreedor (una exposición crítica de esta postura puede

verse en ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 339 y sigs.; en HERBOSA, *op. cit.*, pág. 180 y sigs.).

La Resolución de 2 de diciembre de 1999 estudió un supuesto de subrogación del artículo 118-2 LH. Hipotecada una finca y embargada después, el propietario paga el préstamo garantizado con hipoteca, pero no inscribe la cancelación en el Registro; cuando, a consecuencia del embargo, la finca se adjudica a un tercero, el anterior propietario pretende cancelar la hipoteca y anotar su subrogación en la hipoteca, conforme al artículo 232 RH. La DGRN denegó esa pretensión, señalando que no procedía la subrogación prevista en el artículo 118-2 LH, porque la deuda y, por tanto, la hipoteca, habían dejado de existir antes de producirse el remate, siendo presupuestos legales de esta subrogación la preexistencia y la persistencia de la deuda y de la hipoteca. Es evidente que el deudor y propietario de la finca hipotecada que pagó, no es un tercero en el acto extintivo, el pago, que provoca la extinción de la hipoteca, aunque reconoce que la discordancia del Registro con la realidad, en relación con las hipotecas extinguidas, plantea diversas cuestiones sobre la regularidad del procedimiento de ejecución, si se anuncian subastas de fincas con gravámenes que realmente no existían; sobre si el rematante, al estimar que había que responder de cargas que realmente no existían, ha dado por las fincas un precio inferior al que habría correspondido; o si, por lo contrario, por haber conocido antes el rematante la realidad de haberse extinguido las hipotecas ofreció el precio que correspondía a una finca libre de esas cargas.

Comentando esta Resolución, ÁVILA ÁLVAREZ señala que las interesantes dudas antes formuladas no pueden resolverse en el estrecho cauce del procedimiento registral, sino que deben quedar para un declarativo, donde será necesaria la prueba de los hechos en que se basaría una u otra solución. El antiguo propietario que pagó y pretende subrogarse no tiene muchas posibilidades de hacerlo porque no era tercero; sus posibilidades van por la vía de un enriquecimiento injusto contra el rematante de la finca que hubiera pagado por ella con retención o descuento de la carga hipotecaria (ver ÁVILA ÁLVAREZ, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, tomo III, pág. 1709, 2006).

VIII. CONCLUSIONES

De lo expuesto anteriormente pueden deducirse las siguientes conclusiones:

- I. Carente de regulación en el Código Civil, la construcción dogmática de la asunción de deuda ha sido elaborada por la doctrina y la

- jurisprudencia, al formular una nueva concepción de la transmisibilidad pasiva de las obligaciones y superar la concepción romana, subjetiva, de la obligación, evolucionando desde una novación extintiva, en un principio, a una novación modificativa, más tarde, para terminar diferenciando claramente ambas figuras, en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255) y no existir ninguna norma que la prohíba.
- II. La mayoría de la doctrina explica la naturaleza jurídica de la asunción de deuda, siguiendo la concepción germánica del doble negocio jurídico de disposición y de obligación; sin embargo, al carecer de regulación en el Código Civil, la asunción no responde a un negocio jurídico único, fijo y predeterminado, sino que admite diversas vías contractuales: como contrato entre acreedor y asumente (expromisión); como contrato entre ambos deudores a favor del acreedor (asunción cumulativa); como contrato entre ambos deudores, que deberá ser ratificado por el acreedor para tener efectos liberatorios...
 - III. La asunción de deuda puede tener por objeto todo tipo de obligaciones, pero no podrá serlo la posición pasiva de un derecho real, porque ésta viene predeterminada por la Ley y escapa a la voluntad de las partes.
 - IV. Dado el carácter causal de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1261-3.º), la causa de la asunción de deuda está en la reciprocidad de las prestaciones.
 - V. Aunque el artículo 118 LH habla específicamente del contrato de compraventa, podrá aplicarse también no sólo a otros negocios traslativos onerosos distintos (permuta, adjudicación en pago de deuda...) sino también a los negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles.
 - VI. El artículo 118 LH no será aplicable a supuestos de transmisión gratuita de finca hipotecada porque contempla una transmisión onerosa y no puede extenderse, por analogía, a otros supuestos en que concurran requisitos institucionales distintos.
 - VII. En el caso de donación de finca hipotecada, no existe ninguna norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación, ni una presunción favorable a ella, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 118 LH.
 - VIII. En los supuestos de transmisión *mortis causa* de finca hipotecada por herencia (art. 1.085) o por legado (art. 867), dicha transmisión no implica ningún cambio en el régimen jurídico de la obligación garantizada, por ello, el heredero quedará obligado al pago, como sucesor del causante (arts. 657, 659, 660 y 661).

- IX. El consentimiento expreso o tácito del acreedor se hará constar en el Registro, bien en el mismo asiento de la compraventa, bien por nota marginal, si se acredita posteriormente.
- X. A semejanza del beneficio de inventario, el artículo 140 LH autoriza el pacto de limitación de responsabilidad del deudor a los bienes hipotecados, produciéndose una subrogación o asunción de deuda sin el consentimiento del acreedor, quien ya lo presto, al aceptar el pacto de concreción de responsabilidad personal.
- XI. En orden al sistema de subsistencia de cargas, la nueva LEC se atiene exclusivamente al criterio registral del orden en que aparezcan en la certificación registral; el adquirente se subrogará en ellas, hasta el límite que conste en el Registro, después de la aminoración de cargas (art. 657 LEC).
- XII. El consentimiento del acreedor puede ser expreso o tácito, nunca presunto, previo, simultáneo o posterior a la asunción, siempre que subsista el acuerdo de los deudores y se manifieste debidamente en cualquier tiempo y forma.
- XIII. Los supuestos de retención o descuento en la venta de finca hipotecada no son supuestos de asunción tácita, porque el artículo 118-2 LH parte de la idea de que no implican asunción o subrogación, porque cuando se establecen es porque no existe pacto de subrogación y no existe el consentimiento del acreedor.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, *Asunción de deuda en el Derecho Civil*, 1996.
- AMORÓS GUARDIOLA, *La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 1991.
- Idem, «Legado de cosa ganancial», en *Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia*, 1984.
- ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º, 1991.
- ÁVILA ÁLVAREZ, *Comentarios de Jurisprudencia Registral*, 2006.
- BILLIAU Y JAMIN, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- BASOZÁBAL, «El contrato de asunción de deuda», en *ADC*, tomo LIII, enero-marzo de 2000.
- COSSÍO, «La transmisibilidad pasiva de las obligaciones a título singular», en *AAMN*, Madrid, 1943.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La asunción de deuda*, 2003.
- CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI.
- DELBRÜCK, *Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Recht*, Berlín, 1853.
- DEFRENOIS, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.

- DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 1970.
- DOLLE, *Juristischen Entdeckungen*.
- DÍAZ CRUZ, *Legados*.
- ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, 1993.
- GÁLVEZ CRIADO, «Contrato de asunción de deuda. Inexistencia. Efectos. Comentario a la STS de 30 de junio de 1996», en *ADC*, 1997.
- GUILARTE ZAPATERO, *Comentario al Código Civil*, tomo II, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., 2006.
- HEINRICHS, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 58.ª ed., Munich, 1999.
- HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, 2001, editado por el Colegio de Registradores.
- HECK, *Das Causalgeschäft*, 1937.
- IGLESIAS, *Derecho Romano*, 1972.
- LARROUMET, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- LAGUNA IBÁÑEZ, *La delegación en el Derecho Civil español*, 1958.
- LA RICA, *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*.
- LARRONDO LIZÁRRAGA, «La compraventa de finca hipotecada», en *Homenaje a Roca Sastre*, tomo 8, editado por el Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 2002.
- MÖSCHEL, *Münchener zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1997.
- MESTRE, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- MEZQUITA DEL CACHO, «La conmutación del usufructo viudal», en *RDN*, 1957.
- MEDICUS, *Schuldrecht*, tomo I, Allgemeiner Teil, 1.ª edición, 1999.
- MÜNCHKONN/SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht*.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, vol. 2.º
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo XV.
- NART FERNÁNDEZ, «Notas sobre los contratos a favor de terceros», en *AAMN*, tomo V, 1950.
- PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, 1949.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*, tomo I.
- ROSSI, *Notas al Code*, 104.ª ed., Dalloz, 2005.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo V, 5.ª ed.
- RIIMMELSPACHER, *Schuldübernahmtheorie und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme*, 1984.
- RODRÍGUEZ TAPIA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, 1995.
- ROCA SASTRE-MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, tomo VII, 8.ª ed., 1998.
- STAUDINGER/KADUK, *Comentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1994.
- SANCHO REBULLIDA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1.º
- SORGEL/ZEISS, *Schuldrecht*, 1999.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Compraventa de finca hipotecada*, 1944.
- URIARTE BERSATEGUI, «Revisión de ideas», en *RCDI*, 1950.

RESUMEN

ASUNCIÓN DE DEUDA

Carente de regulación en el Código Civil, la construcción dogmática de la asunción de deuda ha sido elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, evolucionando desde una novación extintiva a otra modificativa, para terminar reconociéndole configuración jurídica propia; sin embargo, no responde a un tipo negocial único, fijo y predeterminado, sino que admite diversas vías contractuales, dado el principio de autonomía de la voluntad.

El artículo 118 LH habla específicamente de compraventa de finca hipotecada, sin embargo, también podrá aplicarse no sólo a otros negocios onerosos distintos (permuta, adjudicación en pago de deudas...), sino también a negocios traslativos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Por el contrario, no será aplicable a los supuestos de transmisión gratuita de la finca, al tener requisitos institucionales distintos; en el caso de donación de finca hipotecada, no existe norma en el Código Civil que establezca la liberación del donante de su obligación y en los supuestos de transmisión de la finca por herencia o legado, no se altera el régimen jurídico de la obligación garantizada, quedando el heredero obligado al pago, como sucesor del causante.

ABSTRACT

ASSUMPTION OF DEBT

The assumption of debt is not regulated in the CC. Dogma on the assumption of debt has been constructed by doctrine and case law, evolving from extinctive novation to modifying novation, and eventually being recognised as having an independent legal configuration. However, it is not a unique, fixed, predetermined type of act; rather, it admits of diverse contractual channels, given the principle of autonomy of will.

Article 118 of the Mortgage Act specifically addresses the purchasing of mortgaged property. However, the same terms could be applied not only to other, different non-gratuitous acts (swaps, awards in payment of debt...), but also to acts to transfer real rights in immovable property. On the other hand, it would not be applicable in cases of gratuitous property transfer, where the institutional requisites are different; in the case where a gift of mortgaged property is made, there is no rule in the CC stating that the giver is released from his or her obligation, and in property transfers due to inheritance or legacy, the legal regimen of the secured obligation is not altered, and the heir is obligated to pay as the testator's successor.

Trabajo recibido el 14-06-07 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

Terminación y efectos del contrato de arrendamiento rústico

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS
Profesor Doctor de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO:

1. PÉRDIDA FÍSICA Y EXPROPIACIÓN FORZOSA DE LA FINCA.
2. VENCIMIENTO DEL PLAZO.
3. POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES.
4. POR DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO.
5. MUERTE DEL ARRENDATARIO.
6. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA O LA COMUNIDAD.
7. POR RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR.
8. POR RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN DEL CONTRATO.

III. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO:

1. FALTA DE PAGO DE LA RENTA Y DE LAS CANTIDADES ASIMILADAS A LA MISMA.
2. INCUMPLIR OBLIGACIONES DE MEJORA O TRANSFORMACIÓN.
3. NO EXPLOTAR LA FINCA O DESTINARLA A FINES O APROVECHAMIENTOS DISTINTOS A LOS PREVISTOS CONTRACTUALMENTE.
4. SUBARRIENDO O CESIÓN INDEBIDOS.
5. LA APARICIÓN SOBREVENIDA DE ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 7.1.
6. CAUSAR GRAVES DAÑOS EN LA FINCA, CON DOLO O NEGLIGENCIA MANIFIESTA.

IV. CAUSAS DE RESCISIÓN DEL ARRENDAMIENTO.

V. EFECTOS.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre de 1980, de Arrendamientos Rústicos, dedicaba el capítulo VIII del Título I a la «Terminación del arrendamiento», clasificando sus causas en tres categorías: resolución, sucesión y extinción. Esta clasificación recibió críticas de la doctrina debido a su complejidad, a la omisión de algunas causas o por apartarse de la teoría general de los contratos.

La nueva Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos (LAR), modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, dedica a la terminación del arrendamiento su capítulo VIII, comprendiendo los artículos 24 a 27. Clasifica las causas de terminación del arrendamiento en tres categorías: terminación (art. 24), resolución (art. 25) y rescisión (art. 26). El artículo 27 regula los efectos de la terminación del arrendamiento. No regula la sucesión como una categoría específica, como lo hacía la Ley 1980, sino como una causa de terminación del arrendamiento, artículo 24.e).

Aunque la Ley de 2003 incluya, dentro de cada categoría, a distintas causas por las que se termina, se resuelve o se rescinde el contrato de arrendamiento rústico, a estas causas hay que añadir las que las partes contratantes hayan expresamente acordado en el contrato, siempre que no se opongan a la LAR de 2003; y, al regir supletoriamente el Código Civil, también hay que añadir las recogidas en este cuerpo legal, como son la novación extintiva o la confusión de derechos entre arrendador y arrendatario por adquisición de la propiedad de la finca arrendada por el arrendatario (1).

La Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003 es criticable en cuanto a la clasificación de las causas de terminación del arrendamiento. En primer lugar, el artículo 24, dedicado a las causas por las que el arrendamiento termina, incluye, entre otras, la resolución o rescisión del contrato, de manera que respecto al resto de las causas que en dicho artículo se enumeran no es posible saber en qué categoría específica deben incluirse, ya que coinciden la rúbrica del capítulo VIII y la del artículo 24: «Terminación del arrendamiento». En segundo lugar, el artículo 26 bajo la rúbrica «Rescisión», no recoge supuestos de rescisión del contrato sino de resolución, como más adelante veremos.

Por otra parte, respecto al proceso correspondiente en el que se decidirán las demandas sobre arrendamientos rústicos, el artículo 249.1.6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), de 7 de enero de 2000, establece: «Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía: las demandas que versen

(1) Sobre la confusión, ver AMAT LLOMBART, P., «Causas y efectos de la terminación del arrendamiento rústico en la nueva Ley 49/2003», en *RDAA*, núm. 42, 2004, págs. 40 y 41.

sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia (estos dos supuestos excepcionales se decidirán en juicio verbal según establece el art. 250 de la LEC).

Siguiendo el orden que hace la Ley de las distintas categorías y causas por las que el arrendamiento termina, vamos a estudiar cada una de ellas y finalmente los efectos.

II. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO

1. PÉRDIDA FÍSICA Y EXPROPIACIÓN FORZOSA DE LA FINCA

El contrato de arrendamiento rústico se define como aquel mediante el cual se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, a cambio de un precio o renta (art. 1 LAR); así, mientras la falta de pago de la renta y de las cantidades asimiladas a ella da lugar a la resolución del contrato, la falta de cosa arrendada o falta de objeto del contrato, por pérdida o expropiación forzosa, es causa de terminación del contrato, ya que la finca es un elemento esencial para la existencia del contrato de arrendamiento rústico (art. 1.261 del Código Civil).

La pérdida de la finca arrendada como la expropiación de la misma están reguladas en el artículo 24.a) LAR de 2003: «El arrendamiento termina: a) Por pérdida total de la cosa arrendada y por expropiación forzosa cuando sea también total; si la pérdida es sólo parcial, el arrendatario tiene opción para continuar en el arriendo, y lo mismo en el caso de expropiación forzosa, reduciendo proporcionalmente la renta. En este último supuesto, además, el arrendatario tiene derecho a la indemnización que haya fijado la Administración».

La pérdida de la cosa arrendada puede deberse a hechos o actos instantáneos, como es una inundación o un incendio; o sucesivos a lo largo del tiempo. La pérdida puede ser total o parcial y deberse a causa no imputable a los contratantes, caso fortuito o fuerza mayor, o a una causa imputable a uno de ellos, culpa o dolo.

En el supuesto de pérdida total imputable o no a una de las partes, el contrato termina. «En la determinación de la pérdida total, mantiene ALBIEZ DOHRMANN, no sólo se debe estar a criterios físicos (pérdida física) sino también a criterios económicos y de viabilidad de poder seguir desarrollando una actividad agrícola de la finca dada en arrendamiento (pérdida económica)»; y aunque, sigue diciendo el mismo autor: «La pérdida total debería suponer la terminación automática del contrato de arrendamiento... Sin embargo, la pérdida total no tiene por qué ser causa de extinción inmediata del contrato

cuando al arrendatario le interesa continuar la explotación asumiendo el coste de la reconstrucción de la misma» (2).

En el caso de pérdida parcial imputable o no a uno de los contratantes, el arrendatario puede optar entre terminar el contrato o continuar en el arriendo reduciendo proporcionalmente la renta. De manera que la pérdida parcial de la finca arrendada es causa de terminación del contrato a voluntad del arrendatario, es él quien tiene la opción de terminar el contrato o seguir en el arriendo, el arrendador no le puede obligar a que continúe con el arriendo en la parte de finca que no se ha perdido. La opción que tiene el arrendatario de terminar el contrato o continuar en el arriendo debe de ponerla en conocimiento del arrendador por cualquier forma (verbal o escrita).

En el caso de pérdida parcial, cuando el arrendatario opte por continuar en el arriendo, el problema está en la manera de reducir proporcionalmente la renta, si esta reducción se ha de hacer en proporción a la parte de finca que se ha perdido o en proporción a la pérdida de productividad que haya sufrido la finca; nosotros nos inclinamos por esta segunda solución por ser más equitativa a los intereses de ambas partes.

Al admitir la LAR la compatibilidad de arrendamientos simultáneos sobre una misma finca (art. 4), la pérdida parcial, mantiene CARRANCHO HERRERO, «afectará sólo a la extinción o reducción de los contratos que recaigan sobre la parte de finca perdida, manteniéndose, en principio, sin variación los demás» (3).

La LAR de 2003, a diferencia de la anterior y derogada Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, no se pronuncia sobre si la pérdida, total o parcial, se debiera a causa imputable o no a los contratantes, ni a la indemnización que corresponda, por lo que habrá de aplicarse supletoriamente el Código Civil. Así, cuando la pérdida, total o parcial, se debiera a caso fortuito o fuerza mayor, ninguna de las partes contratantes tiene derecho a indemnización en base al artículo 1.105 del Código Civil que establece: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables»; en cambio, si se debiera a dolo o culpa de uno de los contratantes, el otro tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, bien por perder el dominio de la cosa arrendada el arrendador, bien por perder su posesión el arrendatario, ya que el artículo 1.101 del Código Civil dispone: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus

(2) ALBIEZ DORHRMANN, K. J., *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director: PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 768.

(3) CARRANCHO HERRERO, M.^a T., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, coordinador: CABALLERO LOZANO, J. M.^a, Dykinson, 2006, pág. 413.

obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla», y el artículo 1.094 del Código Civil: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia». Se presume la culpabilidad del arrendatario a no ser que se pruebe lo contrario (arts. 1.563 y 1.183 del Código Civil y STS de 18 de octubre de 1979).

Cabe la posibilidad de que la pérdida, total o parcial, de la finca arrendada se deba a dolo o culpa tanto del arrendador como del arrendatario, en este caso, mantiene ATIENZA NAVARRO: «Si se llega a la conclusión de que ambos comportamientos han incidido por igual en la causación del daño, se acudirá al expediente conocido jurisprudencialmente como “compensación de culpas”, y nada habrá que indemnizar. Si, por el contrario, se comprobara que el comportamiento de uno de ellos contribuyó en mayor medida en la producción de la pérdida, el otro obtendría una indemnización reducida en proporción a su propia participación» (4).

También la pérdida puede ser causada, como sostiene ALBIEZ DOHRMANN, por un tercero ajeno a la relación arrendaticia, como consecuencia de un incendio provocado por negligencia muchas veces, pero también por dolo, y, aunque el artículo 24.a) no menciona este supuesto, lo abarca, puesto que lo determinante es que se produzca la pérdida de la finca (5).

Respecto a la expropiación forzosa de la cosa arrendada, la LAR distingue si la expropiación de la cosa arrendada ha sido total o parcial. Si la expropiación ha sido total, el arrendamiento termina; en cambio, si ha sido parcial, el arrendatario puede optar entre terminar el arriendo o continuar en él, reduciendo proporcionalmente la renta, por lo que la expropiación parcial de la finca arrendada es causa de terminación del contrato a voluntad del arrendatario, es él quien tiene la opción, el arrendador no le puede obligar a que continúe con el arriendo en la parte de finca que no ha sido expropiada. Tanto en el caso de que el expropiado sea el arrendador-propietario como si es el arrendador no propietario por ser un usufructuario o quien tenga un análogo derecho de goce sobre la finca o explotación, como pueden ser superficiarios, enfiteutas o censatarios a primeras cepas, se termina el arrendamiento, pues como establece el artículo 8 de la Ley de Expropiación Forzosa, «la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas», y el artículo 52 del Reglamento de Expropiación Forzosa: «la expropiación forzosa produce la extinción de los arrendamientos y de cualquiera otros derechos relativos a la posesión y ocupación de los bienes expropiados».

(4) ATIENZA NAVARRO, M.^a L., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, directores: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M.^a D., Tecnos, 2006, pág. 544.

(5) ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director: PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 776.

En el supuesto de que la expropiación forzosa de la cosa arrendada sea parcial y el arrendatario opte por continuar en el arriendo, el arrendatario tiene, además, derecho a la indemnización que haya fijado la Administración. La indemnización a la que el arrendatario tiene derecho por la expropiación forzosa del derecho del arrendatario está regulada en la Disposición Adicional segunda de la LAR. Esta indemnización la percibe el arrendatario del expropiante y no del arrendador, y tiene derecho a percibirla no solamente si la expropiación es parcial, como se desprende del último párrafo del artículo 24.a), sino también cuando es total.

2. VENCIMIENTO DEL PLAZO

El contrato de arrendamiento se caracteriza por ser un contrato esencialmente temporal (6), esta característica se pone de manifiesto en la definición que da el Código Civil del arrendamiento de cosas, «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» (art. 1.543), o en la propia definición que da la LAR 2003 del contrato de arrendamiento rústico como aquel mediante el cual «se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta» (art. 1), consecuentemente con esta característica, el artículo 24.b) LAR establece que: «El arrendamiento termina: Por expiración del término convencional o legal y de la prórroga, en su caso».

La duración del arrendamiento fue uno de los aspectos fundamentales de la LAR de 2003, estableciendo, su artículo 12, un plazo mínimo de duración de tres años y un sistema de prórrogas tácitas por tres años. Este artículo 12 ha sido modificado por la Ley 26/2005, estableciendo que la duración del arrendamiento será la que libremente estipulen las partes, si bien será nula y se tendrá por no puesta toda cláusula por la que las partes estipulen una duración menor de cinco años.

De esta manera el artículo 12 es una norma imperativa, en el sentido de que la autonomía de la voluntad podrá establecer plazos superiores al mínimo legal, cinco años, pero no para establecer plazos inferiores, de modo que si las partes no han estipulado el plazo de duración del arrendamiento o lo han fijado por un plazo de duración inferior a cinco años o por una duración indefinida, se entenderá que dichos arrendamientos tienen un plazo de duración de cinco años.

(6) Así lo han manifestado las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1977 y 15 de octubre de 1984.

Para que el arrendador recupere la posesión de las fincas, al término del plazo contractual, bien el mínimo legal de cinco años bien otro superior fijado por las partes, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación. «A través de la notificación —mantiene CARRETERO GARCÍA— el objeto último del arrendador es manifestar su voluntad contraria a la continuación del arrendamiento, evitando así la prórroga tácita del mismo» (7). Para evitar que el contrato de arrendamiento sea prorrogado tácitamente, el arrendador ha de hacer la notificación cumpliendo dos requisitos, uno de tiempo y otro de forma. En cuanto al requisito de tiempo, el arrendador ha de notificar al arrendatario su oposición a que continúe el arriendo como mínimo con un año de antelación a la fecha de terminación del contrato o de la prórroga, tomando como referencia la fecha del contrato o de comienzo de la prórroga. Como advierte SANCHO VILLAREAL, «al tratarse de un “mínimo” y no establecerse un tope máximo, no vemos inconveniente para que el arrendador pueda ejercitar ese derecho desde el mismo momento de la celebración del contrato o de comienzo de la prórroga, incluso sería admisible la notificación practicada en el mismo contrato a través de una estipulación» (8). Y respecto al requisito de la forma, esto es, que la notificación sea fehaciente, el arrendatario ha de ser notificado mediante carta certificada, telegrama o cualquier otro medio admitido jurisprudencialmente como el acto de conciliación.

Si el arrendador no ha hecho la notificación al arrendatario oponiéndose a que continúe el contrato de arrendamiento o si la ha hecho pero no en forma ni en plazo, y el arrendatario no pone la posesión de las fincas arrendadas a disposición del arrendador al término del plazo, ya sea el legal o el contractual, se entenderá que el contrato se prorroga por un período de cinco años. Tales prórrogas se sucederán indefinidamente y por períodos de cinco años mientras no se produzca la denuncia del contrato. Se establece, por tanto, un sistema de prórrogas tácitas dependientes de la voluntad del arrendador.

En materia procesal, el artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que, con fundamento en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica, dada en arrendamiento, recuperen la posesión de dicha finca.

(7) CARRETERO GARCÍA, A., *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, Granada, 2003, pág. 235.

(8) SANCHO VILLAREAL, L., «La duración de los arrendamientos rústicos tras la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *RDAA*, núm. 30, 1997, pág. 36.

3. POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES

El artículo 24.c) LAR de 2003 recoge otra causa de terminación del arrendamiento: «Por mutuo acuerdo de las partes».

La LAR de 1980 no recogía como causa de extinción del contrato de arrendamiento rústico el mutuo acuerdo o mutuo disenso, tampoco el Código Civil en el artículo 1.156 se recoge como causa de extinción de las obligaciones, ya que en base a la autonomía privada, los contratantes pueden extinguir el contrato celebrado entre ellos. Sin embargo, el que la LAR de 2003 haya recogido esta causa, que no era necesaria, no es más que otro reflejo en la LAR de 2003 del principio de la autonomía de la voluntad, recogido de manera general en el artículo 1.255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», y, de manera particular, en el artículo 1.2 LAR: «Estos contratos se rigen por lo expresamente acordado por las partes, siempre que no se oponga a esta ley», precisamente esta LAR declara en su Exposición de Motivos: «En el capítulo I se consagra el objetivo de dar primacía a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1), en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la ley».

Las partes, por mutuo acuerdo, pueden acordar que el arrendamiento termine en cualquier momento, sin necesidad de agotar el plazo de duración, ya sea el mínimo legal de cinco años (9), otro superior convenido por las partes o cualquiera de las prórrogas.

El mutuo acuerdo como causa de terminación del arrendamiento supone para el arrendatario la renuncia a su derecho al plazo de duración del contrato. El artículo 6.2 del Código Civil establece que la renuncia a los derechos reconocidos en la ley sólo será válida cuando no vaya en contra del interés o del orden público ni perjudique a terceros. Cuando este artículo se refiere a la renuncia de los derechos reconocidos en la ley, hay que comprender no sólo los concedidos directamente por ley, sino también los que nacen de la voluntad de las partes, mediante un acto sujeto a la ley. Para el caso que nos ocupa, la renuncia del arrendatario al plazo de duración del contrato comprende el plazo mínimo legal, el plazo que las partes hayan acordado (superior a cinco años), así como el de las prórrogas. Además, para que la renuncia sea válida no puede perjudicar a terceros, como establece el artículo 6.2 del Código Civil, si bien, a estos efectos, al arrendador no se le puede considerar como tercero.

(9) En contra, ATIENZA NAVARRO, M.^a L., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, directores: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M.^a D., Tecnos, 2006, págs. 547 y 548; ALBIEZ DORHRMANN, K. J., *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director: PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 802.

No sería posible la renuncia al plazo de duración del contrato anticipadamente, es decir, en el momento de celebración del contrato, porque sólo es posible renunciar a derechos ya adquiridos y mientras el contrato de arrendamientos rústicos no se haya celebrado, el arrendatario no tiene todavía ese derecho. En este sentido la LAR de 1980 establecía en su artículo 11.1 que: «Sólo serán renunciables los derechos del arrendatario desde el momento en que puedan ser ejercitados».

Ya que el contrato de arrendamiento rústico debe constar por escrito (art. 11 LAR), también debe constar por escrito el acuerdo de las partes de dar por terminado dicho contrato.

4. POR DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARRENDATARIO

Establece el artículo 24.d) LAR de 2003: «El arrendamiento termina: Por desistimiento unilateral del arrendatario, al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación».

El derecho de que el arrendatario desistiese unilateralmente del contrato estaba recogido, no entre las causas de extinción del contrato de arrendamiento rústico, sino dentro de la duración del mismo, en el artículo 28 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 1995 (LMEA), artículo derogado por la LAR de 2003, y, anteriormente, en el artículo 25.2 de la LAR de 1980 (el arrendatario podrá rescindir el arrendamiento al término de cada año agrícola, dando al arrendador un preaviso de seis meses).

El que la LAR de 2003 recoja expresamente el desistimiento unilateral del arrendatario como una causa de terminación del arrendamiento se debe, como dice su Exposición de Motivos, a que existe a lo largo del texto una clara orientación flexibilizadora del régimen de arrendamiento, flexibilización que se hace compatible con el equilibrio de las partes en el contrato, así la corta duración del contrato se compensa con el derecho del arrendatario al desistimiento unilateral del contrato, sin más que avisar con un año de antelación.

El arrendatario puede desistir unilateralmente del contrato sin necesidad de dar explicaciones o motivos al arrendador, únicamente el desistimiento tiene que producirse al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación.

La notificación no exige forma alguna, por lo que puede ser cualquier declaración de voluntad, oral o escrita, siempre y cuando llegue a conocimiento del arrendador. Al tratarse de una declaración de voluntad recepticia, «será, evidentemente, el arrendatario el primer interesado en que ésta llegue de forma clara e inequívoca al arrendador con el fin de evitar posibles problemas, ya que la falta de prueba de la notificación podría dar lugar, por

ejemplo, a una declaración judicial contra el arrendatario por incumplimiento de contrato» (10).

Respecto al tiempo en que ha de hacerse la notificación, ha de tenerse en cuenta la fecha del término del año agrícola, y para determinarlo habrá que estar a lo pactado entre las partes o, en su defecto, a la costumbre del lugar en función del tipo de cultivo de que se trate. El plazo para hacer la notificación al arrendador es de un año, como mínimo, a la fecha del término del año agrícola, y que al tratarse de un mínimo puede realizarse en cualquier momento después de celebrado el contrato.

Además del desistimiento unilateral del arrendatario, regulado de manera general en el artículo 24.d) LAR de 2003, existe otro supuesto especial de desistimiento unilateral del arrendatario, y es el recogido en el artículo 18.3 LAR de 2003 (11), que dispone: «Cuando por causa de fuerza mayor la finca arrendada sufra daños no indemnizables, cuya reparación tenga un coste superior a una anualidad de renta, no estará obligado el arrendador a dicha reparación, debiendo comunicárselo al arrendatario en tal sentido, el cual podrá optar por rescindir el contrato, comunicándose por escrito al arrendador o continuar el arriendo con la disminución proporcional de la renta a que hubiese lugar». Este supuesto no es una causa de rescisión, aunque el artículo emplee la palabra rescindir, ni tampoco de resolución del contrato al no existir obligación alguna del arrendador que al incumplirla pudiera dar lugar a la resolución del contrato a instancia del arrendatario. Dándose las circunstancias que expresa el artículo 18.3, el arrendatario puede desistir unilateralmente del contrato, comunicándose por escrito al arrendador. A diferencia del supuesto regulado de manera general en el artículo 24.d), que no se exige motivo alguno para el desistimiento unilateral del arrendatario, en el supuesto específico regulado en el artículo 18.3, el desistimiento unilateral tiene que estar causado por los hechos que describe dicho artículo, y, además, no tiene que producirse al término del año agrícola, notificándose al arrendador con un año de antelación, como establece el artículo 24.d), sino que el arrendatario tiene que comunicar por escrito al arrendador el desistimiento unilateral, una vez que el arrendador le comunica que en esas circunstancias no está obligado a la reparación de la finca.

Finalmente, hay que preguntarse si el arrendatario puede desistir unilateralmente del contrato dentro del plazo mínimo de duración de cinco años o sólo dentro del período de prórroga. El problema se planteó ya respecto a la interpretación de los artículos 25.2 de la LAR de 1980 y 28.3 de la LMEA. En nuestra opinión, el arrendatario podrá poner término al contrato de arren-

(10) CARRETERO GARCÍA, A., *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, Granada, 2003, pág. 245 y nota 285 de la pág. 245.

(11) Igualmente: MARTÍN PÉREZ, J. A., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, director: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, 2004, pág. 473.

damiento rústico mediante el desistimiento unilateral, tanto durante el plazo fijado en el contrato, sea el mínimo legal de cinco años u otro superior, como durante la vigencia de cualquiera de las prórrogas (12). Con esta solución llegamos a la conclusión de que el plazo mínimo legal de cinco años es sólo obligatorio para el arrendador, pero no para el arrendatario. Ahora bien, estamos de acuerdo con SANCHEZ VILLAREAL, cuando afirma que: «La exigencia de que el preaviso sea de un año como mínimo determina que la duración del contrato, en todo caso y sin perjuicio del mutuo disenso, siempre será superior al año natural, pues aún en el supuesto de que el contrato se concertase un día antes del comienzo del año agrícola y que la notificación se practicara al día siguiente, la duración excedería del año aunque sea por un día» (13).

5. MUERTE DEL ARRENDATARIO

El artículo 24.e) LAR de 2003, modificado por la Ley 26/2005, establece que «el arrendamiento termina: e) Por muerte del arrendatario, quedando a salvo el derecho de sus sucesores legítimos. En tal caso, a falta de designación expresa efectuada por el testador, tendrá preferencia el que tenga la condición de joven agricultor, y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores tendrán que escoger entre ellos, por mayoría, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrenda-

(12) En igual sentido: VATTIER FUENZALIDA, C., «La duración y la renta de los arrendamientos rústicos», en *RDP*, núm. 67, 1983, pág. 680; SANCHEZ VILLAREAL, L., «La duración de los arrendamientos rústicos tras la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *RDAA*, núm. 30, 1997, págs. 37 y 38; CARRETERO GARCÍA, A., *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, Granada, 2003, pág. 247; CARRANCHO HERRERO, M.^a T., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, coordinador: CABALLERO LOZANO, J. M.^a, Dykinson, 2006, pág. 418; DE LA CUESTA SAENZ, J. M.^a, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 2006, págs. 492 y 493. En cambio, para TORRES GARCÍA, T. F., «La tácita reconducción en la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1995, pág. 2034: el derecho de rescisión recogido en el artículo 25.2 de la LAR de 1980 sólo es aplicable al contrato de arrendamiento cuando su duración se halle en período de prórroga, pero no si el período es el contractual, de modo que el plazo mínimo es también obligatorio para el arrendatario; en igual sentido se pronuncia MAS BADÍA, M.^a D., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, directores: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M.^a D., Tecnos, 2006, pág. 550. Una tercera postura la mantiene GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, Lex Nova, 2004, págs. 412-414: mantiene que al arrendatario le asiste la facultad de desistimiento unilateral del contrato durante el plazo de duración mínimo legalmente establecido y de sus prórrogas, pero no cuando se haya convenido éste por un plazo de duración superior al legal.

(13) SANCHEZ VILLAREAL, L., «La duración de los arrendamientos rústicos tras la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *RDAA*, núm. 30, 1997, pág. 37.

tario fallecido. Si se da esta última circunstancia, será necesaria la correspondiente notificación por escrito al arrendador, en el plazo de un año desde el fallecimiento».

La muerte del arrendatario es causa de terminación del arrendamiento, salvo que sus sucesores legítimos se subroguen en el contrato. Por el fallecimiento del arrendatario no surge un nuevo contrato con sus sucesores legítimos ni se modifica el plazo de duración, sino que continúa el anterior en su integridad, subrogándose el sucesor en las mismas condiciones y derechos del arrendatario fallecido.

Respecto a quién de los «sucesores legítimos» es el que ha de subrogarse en el contrato, no puede pensarse que tal expresión equivalga únicamente a sucesión intestada, en cuanto que el apartado e) habla de que «a falta de designación expresa efectuada por el testador», por lo que también se incluye la designación del sucesor hecha en testamento por el arrendatario, de manera que la LAR distingue, a efecto de determinar al sucesor en el contrato de arrendamiento rústico, entre la sucesión testada y la intestada.

En cuanto a la sucesión testada, quedará subrogado en el contrato aquel de los sucesores forzosos que haya designado el testador en su testamento para tal efecto (14), bien a título universal —heredero— o particular —legatario—. Así, puede designar a un hijo o descendiente, o al viudo si concurre con ellos; en defecto de hijos o descendientes, puede designar a uno de los padres o ascendientes, o al viudo si concurre con ellos; y, en defecto de hijos o descendientes y de padres o ascendientes puede designar al viudo.

Sólo en el supuesto de que el testador no haya designado en su testamento expresamente al sucesor legítimo que haya de continuar en el contrato de arrendamiento, no por otra causa por la que puede abrirse la sucesión intestada conforme al artículo 912 del Código Civil, se abre la sucesión intestada. En este caso se aplicará el orden de preferencia para suceder que establecen los artículos 930 a 955 del Código Civil. Si dentro de cada orden de preferencia hay varios sucesores, tendrá preferencia el que tenga la condición de agricultor joven («la persona que haya cumplido los dieciocho años y no haya cumplido cuarenta y ejerza o pretenda ejercer la actividad agraria», art. 27 LMEA), y si hubiera varios, será preferente el más antiguo. Respecto a la preferencia de la antigüedad como criterio para solucionar quién será el su-

(14) En igual sentido, AMAT LLOMBART, P., «Causas y efectos de la terminación del arrendamiento rústico en la nueva Ley 49/2003», en *RDAA*, núm. 42, 2004, pág. 34. En contra: MAS BADÍA, M.^a D., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, directores: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M.^a D., Tecnos, 2006, pág. 551: «Serán, pues, sucesores legítimos los que sean por testamento o abintestato, legitimarios o no»; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 2006, pág. 494: «suceso legítimo tampoco equivale a sucesor forzoso o legitimario»; HIDALGO GARCÍA, S., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, director: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, 2004, pág. 422 y sigs.

cesor abintestato del arrendatario cuando sean dos o más quienes reúnan las condiciones para ser agricultor joven, tal criterio admite dos interpretaciones, o bien entendiendo la antigüedad en el ejercicio de la actividad agraria, o bien como el agricultor joven de más edad, por supuesto no ha cumplido los cuarenta años. La primera interpretación, en principio, sería la que haya de tenerse en cuenta cuando los distintos sucesores sean agricultores jóvenes que ejerzan la actividad agraria; pero qué interpretación hay que tener en cuenta cuando dichos agricultores jóvenes (según la definición legal) pretendan ejercer la actividad agraria (15) o unos la ejerzan y otros la pretendan ejercer, ante estos casos la solución sería designar sucesor al agricultor joven de más edad. A la vista de las posibles interpretaciones del criterio de la antigüedad y de las distintas soluciones ante casos que se ajustan a la definición de agricultor joven, lo mejor sería —como dice DE LA CUESTA— «recomendar al Legislador más prudencia y menos improvisación» (16).

Si ninguno tuviera la condición de agricultor joven, los sucesores tendrán que escoger de entre ellos, por mayoría, se entiende mayoría simple de votos, al que se subrogará en las condiciones y derechos del arrendatario fallecido. Ahora bien, el cónyuge viudo se incluirá entre los electores y posible elegido para suceder en el contrato cuando concurra tanto con los sucesores de la línea recta descendente como de la línea recta ascendente.

Una vez que se ha hecho la elección, es necesario que se le notifique por escrito al arrendador la persona del nuevo arrendatario en el plazo de un año desde el fallecimiento del arrendatario causante.

Aunque la LAR concede un plazo de un año desde el fallecimiento del arrendatario para que dentro del mismo los sucesores escogan entre ellos al que se subrogará en el contrato y lo notifique al arrendador, lo más conveniente será que los sucesores hagan la elección cuanto antes, ya que mientras tanto la finca puede quedar sin explotar, con posibles daños para la misma, lo que puede dar lugar a la resolución del contrato a instancia del arrendador por no explotar la finca o por causar graves daños en la misma.

La LAR de 2003 no contempla la posibilidad que siendo varios los sucesores con derecho a suceder al arrendatario puedan subrogarse todos ellos en el contrato de arrendamiento rústico, ahora bien, entendemos que esto sería posible con el consentimiento del arrendador.

Tampoco la LAR de 2003 contempla el supuesto que habiendo varios arrendatarios fallezca uno de ellos, para este supuesto la solución sería la

(15) GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director: PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 825, nota 38: «Creo que en este caso debe designarse por acuerdo entre los que manifiesten la voluntad de dedicarse en el futuro a la actividad agraria».

(16) DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 2006, pág. 496.

misma que daba la LAR de 1980 en su artículo 80.2: «En el caso de ser varios los arrendatarios, al fallecimiento de cualquiera de ellos los que le sucedan se integrarán en la relación arrendaticia, sin que por ello se altere el carácter indivisible de ésta. Si no existieren personas con derecho a suceder en el arrendamiento o no lo ejercieren, el contrato continuará con los demás arrendatarios».

6. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA O LA COMUNIDAD

El artículo 24.f) LAR 2003 recoge otra causa de terminación del arrendamiento: «En los arrendamientos efectuados a favor de personas jurídicas o de comunidades de bienes, desde el momento mismo en que se extinga la persona jurídica o la comunidad».

Respecto a los arrendamientos efectuados a favor de personas jurídicas, el artículo 9 de la LAR de 2003, modificado por Ley 26/2005, dispone en su apartado 1: «Podrán celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas o jurídicas», y en su apartado 3: «Para ser arrendatarias, las personas jurídicas, sean civiles, mercantiles o laborales, incluidas las sociedades agrarias de transformación (SAT), deberán tener, incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y, en su caso, de actividades complementarias a ésta dentro del ámbito rural, siempre que no excedan los límites establecidos en el apartado 6».

La extinción de cada una de estas personas jurídicas implica la terminación del arrendamiento por faltar el sujeto titular, por lo que habrá que estar a las causas concretas de extinción de las mismas dependiendo de su regulación normativa. Así, la sociedad civil se extingue por las causas previstas en el artículo 1.700 del Código Civil; las sociedades agrarias de transformación por las del artículo 13 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto; en el caso de sociedades anónimas, la Ley de Sociedades Anónimas, aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, modificada por Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre sociedad anónima europea domiciliada en España, recoge en los artículos 223 a 259 las causas de transformación, fusión y escisión, y en los artículos 260 y siguientes las causas de disolución; la sociedad de responsabilidad limitada se extingue por las causas previstas en el artículo 104 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; la sociedad limitada Nueva Empresa se extingue, además de por las causas previstas para la sociedad de responsabilidad limitada, por las recogidas en el artículo 142 de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa; las fundaciones se extinguen por las causas recogidas en el artículo 31, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; las asociaciones, por las causas previstas en el artículo 17 de la Ley Orgánica

1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; las cooperativas, por las recogidas en el artículo 70 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Ahora bien, extinguida la persona jurídica a cuyo favor se ha constituido el arrendamiento por alguna de las causas previstas en su normativa, se abre un proceso de liquidación, durante el cual la persona jurídica disuelta conserva su personalidad jurídica, de manera que no podemos hablar de extinción hasta tanto no termine la liquidación de la misma. Así se establece en el artículo 264 LSA; en el artículo 109 LSRL; para las sociedades agrarias de transformación en el artículo 14 de su Real Decreto; para las asociaciones, en el artículo 18 de la Ley de Asociaciones, y, para las cooperativas, el artículo 76 de la Ley de Cooperativas dispone que «finalizada la liquidación, los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad».

Respecto a que las comunidades de bienes puedan ser arrendatarias en el contrato de arrendamientos rústicos, está reconocida esta posibilidad en el artículo 9.2 LAR cuando dispone que: «En todo caso, podrán ser arrendatarias... las comunidades de bienes». La comunidad de bienes se extingue cuando cualquiera de los copropietarios pida en cualquier tiempo que se divida la cosa común, aunque es válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, siempre que no exceda de diez años (art. 400 del Código Civil) o porque una persona reúna todas las partes de todos los condueños. Una vez extinguida la comunidad de bienes a cuyo favor se ha efectuado el arrendamiento, éste terminará.

7. POR RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR

El artículo 24.g) LAR de 2003 dispone que «el arrendamiento termina: g) Por resolución del derecho del arrendador». Tienen capacidad para arrendar fincas rústicas quienes teniendo capacidad para contratar tienen la plena capacidad del dominio sobre la finca. Sin embargo, también pueden arrendar quienes tengan la representación legal de quienes tienen esa plena titularidad pero carecen de capacidad para contratar, como es el caso de los padres que ejercen la patria potestad o de los tutores, y, además quienes no ostentando la plena titularidad del dominio sobre la finca, poseen sobre ella un derecho de goce, como es el caso de los usufructuarios, superficiarios, enfiteutas o censatarios a primeras cepas.

Excepto cuando el arrendador tiene la plena titularidad del dominio sobre la finca y capacidad para contratar, en todos los demás supuestos el arrendamiento termina al resolverse el derecho del arrendador. Veamos cada uno de estos supuestos.

Respecto a los arrendamientos otorgados por los padres o tutores (17), el contrato termina cuando el menor se emancipa. Ahora bien, el emancipado podrá poner fin al contrato siempre que haya transcurrido el plazo mínimo legal de cinco años, comunicándolo al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración. En todo caso, la denuncia del contrato no surtirá efecto hasta transcurrido un año desde su realización (art. 9.4 LAR).

Por lo que respecta a los arrendamientos otorgados por usufructuarios, al ser el arrendamiento un acto de administración que implica la simple cesión del uso o disfrute de la cosa, el artículo 480 del Código Civil permite al usufructuario arrendar la cosa usufructuada, pero tal arriendo se resolverá al extinguirse el usufructo (18), excepto el arrendamiento de fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola. La facultad de arrendar es aplicable, ya sea el usufructo voluntario o legal. La justificación a esta excepción la pone de manifiesto la STS de 16 de marzo de 1978, al decir: «estando esta única excepción establecida no tan sólo en beneficio del arrendamiento, como justa compensación de una labor completa merecedora de que el legislador le permita recolectar los frutos sin menoscabo ni apuros en los mismos bienes que hubiesen producido, sino también en beneficio de la agricultura, es decir, en el de toda la colectividad, evidentemente interesada en que no se produzcan pérdidas o deterioros de los frutos a consecuencias de la súbita e inopinada interrupción de una explotación agrícola o ganadera en marcha».

En cuanto a los arrendamientos otorgados por superficiarios, es decir, quienes tienen derecho a plantar o sembrar sobre fincas rústicas ajenas adquiriendo la propiedad temporal de lo plantado o sembrado, se resolverán al extinguirse el derecho de superficie que tenía el superficiario sobre la finca rústica ajena (19).

Respecto a los enfiteutas, pueden arrendar la finca arrendada pero dicho arriendo se resolverá al extinguirse el censo enfiteútico por redención, prescripción, pérdida de la finca y por expropiación forzosa.

También pueden dar en arrendamiento fincas rústicas aquellas otras personas que tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o la explotación,

(17) No admite este supuesto dentro del artículo 24.g) ALBIEZ DORHRMANN, K. J., *Ley de Arrendamientos Rústicos. Comentarios doctrinales y formularios prácticos*, director: PAQUAU LIAÑO, M., Thomson Aranzadi, 2006, pág. 835.

(18) El usufructo se extingue: 1.º Por muerte del usufructuario. 2.º Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona. 4.º Por la renuncia del usufructuario. 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo. 6.º Por la resolución del derecho del constituyente. 7.º Por prescripción (art. 513 del Código Civil).

(19) El derecho de superficie se extingue por el transcurso del plazo de duración o por otras causas pactadas en el contrato.

es el caso del cesionario en el censo a primeras cepas que recoge el artículo 1.656 del Código Civil. El arrendamiento otorgado por dicho cesionario quedará resuelto al extinguirse el censo, teniendo éste lugar por el plazo de duración fijado en el contrato, que de no haberse fijado se extinguirá a los cincuenta años de la concesión; por muerte de las primeras cepas o quedar infructíferas las dos terceras partes de las plantadas.

Aunque los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y quienes tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o explotación, se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, como acabamos de ver, esta regla encuentra dos excepciones en el artículo 10 LAR de 2003: una primera excepción es que al extinguirse el derecho del arrendador no haya terminado el año agrícola, en este caso subsistirá hasta que éste concluya; y una segunda excepción es cuando al otorgamiento del contrato de arrendamiento hubiera concurrido el propietario (se entiende que da su pleno consentimiento a dicho contrato), en este supuesto, el arriendo subsistirá durante todo el tiempo concertado en el contrato, cuando éste exceda de la duración de los derechos de goce que tienen los usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y quienes tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o explotación.

Terminado el contrato de arrendamiento por resolución del derecho del arrendador, que se puede producir durante el plazo mínimo legal, del pactado o durante las prórrogas, el arrendatario podrá reclamar del arrendador la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios que la resolución del derecho del arrendador le haya ocasionado, cuando tal resolución sea por culpa o negligencia del arrendador (art. 1.101 del Código Civil).

8. POR RESOLUCIÓN Y RESCISIÓN DEL CONTRATO

El artículo 24.h) establece que «el arrendamiento termina: Mediante resolución o rescisión del contrato en los supuestos legalmente contemplados». Este apartado h) distingue entre causas de resolución y causas de rescisión de aquellos supuestos legalmente contemplados como causas de terminación del arrendamiento.

Estos supuestos legales de resolución o de rescisión no sólo serán los contemplados por la LAR, para el caso de resolución los recogidos en el artículo 25 y para el caso de rescisión los recogidos en el artículo 26 en relación con los artículos 18, 19 y 20 de la misma Ley, sino que también comprende los supuestos recogidos en el Código Civil por aplicación supletoria del mismo (art. 1.2 LAR) y las causas resolutorias que arrendador y arrendatario hayan pactado en el contrato siempre que no sean contrarias a las normas imperativas de la LAR.

III. CAUSAS DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO

El contrato podrá resolverse, en todo caso, a instancia del arrendador por alguna de las causas siguientes:

1. FALTA DE PAGO DE LA RENTA Y DE LAS CANTIDADES ASIMILADAS A LA MISMA

El arrendamiento rústico supone la cesión temporal de una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta. El arrendatario tiene como obligación el pago de la renta al arrendador como compensación por la cesión de la finca. Si el arrendatario no cumple su obligación de pago de la renta, el arrendador podrá resolver el contrato de arrendamiento, ya que no ha recibido compensación alguna por la cesión del disfrute de la finca y, por contra, el arrendatario ha enriquecido su patrimonio. Esta causa de resolución del contrato está recogida en el artículo 25.a) LAR de 2003, modificado por Ley 26/2005, al disponer que el arrendador podrá resolver el contrato por: «falta de pago de la renta y de las cantidades asimiladas a la misma, sin perjuicio del derecho de enervación de la acción de desahucio en los mismos términos previstos en las leyes procesales para los desahucios de fincas urbanas». La renta se fijará en dinero. También se puede fijar en especie o parte en dinero y parte en especie, pero en estos casos las partes llevarán a cabo su conversión a dinero (art. 13.1.º LAR). Las partes podrán establecer el sistema de actualización de renta que consideren oportuno. Pactada la actualización, a falta de estipulación en contrario, la renta se actualizará para cada anualidad por referencia al índice anual de precios al consumo (art. 13.2.º LAR).

La cuantía de la renta será la que libremente estipulen las partes (art. 13.1) y deberá estar fijada clara y líquidamente (STS de 13 de marzo de 1982). Cuando el precio se fije en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento, a falta de pacto entre las partes, se dividirá por la duración anual pactada para determinar la cantidad que habrá de ser pagada cada año (art. 13.3.º LAR). Respecto a la forma, tiempo y lugar de pago se estará a lo pactado y, en defecto de pacto o costumbre aplicable, se pagará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario. El arrendador deberá entregar al arrendatario recibo de pago (art. 14 LAR).

También es causa de resolución del contrato a instancia del arrendador el impago de las cantidades asimiladas a la renta, éstas son todas las cantidades que hubiese de pagar el arrendador y por disposición de la ley sean repercutibles al arrendatario, en este caso, las cantidades pagadas por el arrendador podrán ser exigidas al arrendatario desde el momento en que las haya satisfecho, expresando el concepto, importe y disposición que autorice la repercu-

sión (art. 15.1 LAR). El impago de tales cantidades equivaldrá al impago de la renta (art. 15.2 LAR). El derecho a repercutir prescribirá al año de haberse efectuado el pago por el arrendador (art. 15.3 LAR).

La Ley de Enjuiciamiento Civil dispone en su artículo 250 que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica, dada en arrendamiento, recuperen la posesión de dicha finca.

2. INCUMPLIR OBLIGACIONES DE MEJORA O TRANSFORMACIÓN

La LAR de 2003 en su artículo 25.b) faculta al arrendador para resolver el contrato no sólo cuando el arrendatario incumpla gravemente la obligación de mejora o transformación de la finca en aquellos casos en los que se haya comprometido en el contrato, sino también cuando dicha obligación venga impuesta por la ley o por una resolución judicial o administrativa.

La obligación de mejora o transformación de la finca puede tener su origen en el propio contrato, porque a ella se ha comprometido el arrendatario, en la ley o por resolución judicial o administrativa. Cualquiera que sea su origen, el incumplimiento del arrendatario de tal obligación es causa para que el arrendador pueda instar la resolución del contrato, siempre y cuando sea grave. La gravedad del incumplimiento «podría ir referido —entiende ATIENZA NAVARRO— al tiempo (no realizar la mejora o transformación en el plazo exigido), o a la calidad (no efectuarla en los términos convenidos). En todo caso, será el juez quien deberá decidir si el incumplimiento reviste la gravedad exigida por la norma» (20).

Sin embargo, también las partes pueden convenir, al otorgar el contrato o en otro momento posterior, en las mejoras de modernización de explotaciones o de transformación de fincas, que la renta consista, en todo o en parte, en la mejora o transformación a realizar (D. A. Primera LAR), estaríamos entonces ante el llamado arrendamiento *ad meliorandum* (cuando el arrendador cede el aprovechamiento de la finca a cambio de una renta consistente en que el arrendatario transforme o mejore la finca). En este caso, el incumplir la obligación de realizar tales mejoras o de transformar fincas es motivo para resolver el arrendador el contrato por falta de pago de la renta, no por incumplir gravemente la obligación de mejora o transformación de la finca que recoge el artículo 25.b).

(20) ATIENZA NAVARRO, M.^a L., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, directores: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADÍA, M.^a D., Tecnos, 2006, pág. 579.

3. NO EXPLOTAR LA FINCA O DESTINARLA A FINES O APROVECHAMIENTOS DISTINTOS A LOS PREVISTOS CONTRACTUALMENTE

El artículo 25.c) LAR de 2003 recoge dos causas de resolución del contrato, en primer lugar, que el arrendatario no explote la finca, aun parcialmente; y, en segundo lugar, que destine la finca, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos de los previstos contractualmente.

Respecto a la primera causa de resolución, la finalidad del contrato de arrendamiento es la explotación de la finca cedida para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal. Los productos obtenidos se distribuyen entre el arrendatario, que se compensa de los trabajos y gastos realizados en la finca, y el arrendador, que recibe una renta por la cesión de la finca. «Ni aun pagando la renta al arrendador —mantiene AGÚNDEZ— se exige el arrendatario de su deber de cultivar la finca, explotarla en el sentido propio de obtener frutos y aprovechamientos» (21). No explotar la finca supone la no realización de los trabajos que requiere la finca para obtener de ella productos agrícolas, ganaderos o forestales, de manera que no se consigue la finalidad que se persigue con el contrato de arrendamiento rústico, consecuentemente el arrendador podrá resolver el contrato.

Pero no se trata sólo de no explotar la finca, también el arrendador podrá resolver el contrato por no explotar la finca parcialmente, esto significa que el arrendatario sólo explota una parte de la extensión superficial de la finca o que la explota «en menor grado del que su productividad requiere» (22). La jurisprudencia entiende que el no explotar la finca parcialmente tiene que deberse a la voluntad del arrendatario para que sea causa de resolución del arrendamiento rústico a instancia del arrendador; en cambio, si la falta de explotación parcial de la finca no se debe al caprichoso abandono por parte del arrendatario, sino a una imposibilidad material ajena a la voluntad del arrendatario no estaríamos ante una causa de resolución (STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de diciembre de 1997; SAP de Jaén, de 9 de febrero de 2000).

En cuanto a la segunda causa de resolución, destinar el arrendatario la finca, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos de los previstos en el contrato, si en el contrato de arrendamiento rústico las fincas se ceden para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, no es posible pactar en el contrato que los fines o aprovechamientos para los que se cede la finca sean distintos de los agrícolas, pecuarios o forestales, como, por ejemplo, los industriales (STS de 14 de octubre de 1978), turísticos o culturales, ni tam-

(21) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Granada, 2001, pág. 296.

(22) AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Granada, 2001, pág. 296.

poco que el fin o aprovechamiento principal sea uno de los exceptuados por la LAR (23).

Ahora bien, el que el arrendatario no pueda destinar la finca, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos de los agrarios, ganaderos o forestales, no implica que el arrendatario no pueda determinar el tipo de cultivo, ya que se trata de un derecho del arrendatario, siendo nulos los pactos que impongan al arrendatario cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos, salvo los que tengan por fin evitar que la tierra sea esquilhada o sean consecuencia de la normativa comunitaria y de disposiciones legales o reglamentarias (art. 8.1 LAR). Sin embargo, cuando la determinación del tipo o sistema de cultivo implique transformación del destino es preciso el acuerdo expreso de las partes (art. 8.2.º LAR).

Como acabamos de analizar, tanto el no explotar la finca, aun parcialmente, como el destinarla, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos de los previstos en el contrato, son causas por las que el arrendador puede resolver el contrato. Sin embargo, estas causas se exceptúan en los casos impuestos por programas y planes, cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación de la normativa estatal, autonómica o comunitaria aplicable [art. 25.c) LAR]. La salvedad que introduce esta norma está fundamentalmente dirigida —según mantiene DE LA CUESTA SÁENZ— «al cumplimiento de los llamados requisitos legales de gestión por el artículo 4 del Reglamento CE, número 1782/2003 del Consejo de 29 de septiembre, que ya estaba en vigor cuando se aprobó la LAR del año 2003... que no se trata en rigor de cambios “impuestos”, sino sugeridos a modo de condiciones de inexcusable cumplimiento para la percepción de ayudas, pero en regímenes en los que la participación es voluntaria» (24).

(23) La propia Ley, en su artículo 6.d), exceptúa de su aplicación los arrendamientos que tengan como objeto principal: 1.º Aprovechamientos de rastrojeras, pastos secundarios, praderas roturadas, montaneras y, en general, aprovechamientos de carácter secundario. 2.º Aprovechamientos encaminados a semillar o mejorar barbechos. 3.º La caza. 4.º Explotaciones ganaderas de tipo industrial, o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado. 5.º Cualquier otra actividad diferente a la agrícola, ganadera o forestal.

Tampoco se aplicará la LAR a los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la LAU, o aquellos que tengan por objeto, inicial o posterior, fincas en que concurran alguna de las circunstancias del artículo 7.1 de la LAR.

(24) DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.ª, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos*, Iustel, 2006, pág. 507.

4. SUBARRIENDO O CESIÓN INDEBIDOS

El artículo 25.d) LAR de 2003 dispone que el arrendador podrá resolver el contrato porque el arrendatario haya subarrendado o cedido el arriendo con incumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 23.

Los motivos por los que el arrendador ha cedido la finca al arrendatario para su aprovechamiento se han podido deber a condiciones personales y profesionales del arrendatario. El hecho de que una persona distinta al arrendatario tenga el aprovechamiento de la finca no satisfaría aquellos motivos al arrendador, por lo que éste podrá resolver el contrato de arrendamiento y, consecuentemente, el subarriendo o la cesión porque el arrendatario haya subarrendado o cedido el arriendo incumpliendo lo convenido por las partes o los requisitos que establece el artículo 23 LAR para el subarriendo y la cesión. De este modo, el arrendador podrá resolver el contrato porque el arrendatario haya incumplido lo pactado por las partes en el contrato en cuanto a la cesión y el subarriendo; porque el arrendatario haya cedido o subarrendado parte de la finca o de la explotación; por cesión o subarriendo otorgado por una duración distinta a la que reste del plazo del arrendamiento; por haberse fijado una renta para la cesión o subarriendo superior a la pactada entre arrendador y arrendatario; y por haberse realizado la cesión o subarriendo sin el consentimiento expreso del arrendador, ahora bien, «dicho consentimiento no será necesario cuando la cesión o subarriendo se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario. No obstante, el subrogante y el subrogado notificarán fehacientemente al arrendador la cesión o el subarriendo, en el plazo de 60 días hábiles a partir de su celebración» (art. 23, párrafo 3.º LAR, añadido por Ley 26/2005).

5. LA APARICIÓN SOBREVENIDA DE ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 7.1

El artículo 25.e) LAR de 2003 dispone que el contrato podrá resolverse a instancia del arrendador por: «La aparición sobrevenida de alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 7.1».

Aunque el artículo 25 recoge esta causa como de resolución, no sería tal, porque, a diferencia de las otras causas de resolución que aparecen enumeradas en el artículo 25, no supone un incumplimiento por parte del arrendatario de sus obligaciones para que el arrendador pueda instar la resolución del contrato. Se trataría de una causa de terminación del contrato que tendría que estar incluida en el artículo 24, y así tiene sentido que el artículo 7.2 LAR 2003 diga que: «Si, vigente el contrato, sobreviniera alguna de las circunstancias determinadas en el apartado anterior, el arrendador podrá *poner término*

al arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 25, mediante un plazo de preaviso de un año».

En cuanto a la remisión que el artículo 25.e) hace al artículo 7.1, este artículo establece que no será de aplicación la Ley de Arrendamientos Rústicos:

1. A los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. A los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) «Constituir, conforme a la legislación específica, suelo urbano o suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones».

Respecto al suelo urbano, tienen esta condición (art. 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones): a) El suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica o por estar consolidados por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística. b) Los terrenos que en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.

Para el caso de arrendamientos de fincas rústicas que con posterioridad a la celebración del contrato constituyan suelo urbano, la STS de 24 de enero de 2003, relativa a un retracto arrendaticio rústico, en la que la finca arrendada había sido vendida con posterioridad a la fecha de aprobación por la Corporación Municipal correspondiente de la Delimitación del Suelo Urbano en la que se incluía tal finca, declaró que la finca había perdido su destino agrícola quedando convertida su superficie en suelo urbano, por lo que el arrendatario no podía ejercitar la acción de retracto.

En cuanto al suelo urbanizable al que se refiere el artículo 27.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, es el suelo que no tenga la condición de urbano o de no urbanizable (25), en el que ya esté promovida su transformación.

b) «Ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del

(25) Tendrán la condición de suelo no urbanizable los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. 2.ª Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano (art. 9 de la Ley 6/1998, de 23 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones).

doble a éste». Este supuesto es la aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

A los arrendamientos en los que concurran estas dos últimas circunstancias les serán de aplicación las normas del Código Civil. Ahora bien, si, vigente el contrato de arrendamiento rústico sometido a la LAR, sobreviniera alguna de las tres circunstancias anteriormente señaladas, el arrendador podrá poner término al arrendamiento mediante un plazo de preaviso de un año (art. 7.2). Se discute si cuando sobreviene alguna de estas circunstancias el contrato dejaría de estar sometido a la LAR y quedaría sometido, según los casos, a la Ley de Arrendamientos Urbanos o al Código Civil, o, por el contrario, seguiría sometido a la LAR hasta que el arrendador no ponga término al arrendamiento. Esta última solución es la que se desprende de la STS de 22 de septiembre de 1993. Sin embargo, la jurisprudencia ha mantenido que el contrato no está sometido a la LAR, en particular las normas sobre adquisición forzosa de fincas rústicas en los arrendamientos rústicos históricos (SSTS de 10 de junio de 1992, 13 de octubre de 1993, 7 de julio de 1995 y 22 de enero de 1998).

La terminación del contrato de arrendamiento por la aparición sobrevenida de alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 7.1, es igualmente aplicable al arrendamiento de explotaciones, cuando las circunstancias contempladas afecten a las fincas que las integran o a otros de sus elementos en una proporción superior al 50 por 100 (art. 7.2 LAR).

6. CAUSAR GRAVES DAÑOS EN LA FINCA, CON DOLO O NEGLIGENCIA MANIFIESTA

Es causa de resolución del contrato a instancia del arrendador, según el artículo 25.f) LAR de 2003, el que el arrendatario cause graves daños en la finca, con dolo o negligencia manifiesta.

En el contrato de arrendamiento rústico el arrendador cede la finca o fincas para que el arrendatario obtenga de ellas su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal. El arrendatario está obligado a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia (art. 1555.2.º del Código Civil) y a devolverla al terminar el arriendo en el estado en que la recibió (arts. 8.1 y 20.2 LAR y 1.561 del Código Civil), el usarla sin esa diligencia produciría daños en ella.

Son dos los requisitos que se precisan para la aplicación de esta causa de resolución, que el daño sea grave y que se deba a dolo o negligencia manifiesta.

En cuanto al primer requisito, el daño causado ha de ser grave, esto es, que la finca pierda gran parte de su productividad, aunque siempre será una cuestión de hecho sometida a la apreciación del juez.

Respecto al segundo de los requisitos, la intervención del arrendatario en la producción del daño ha tenido que ser debida a dolo o negligencia manifiesta. Dolo significa malicia, mala intención, y se define como la acción u omisión que, con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de la obligación.

La negligencia o culpa consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación; el Código Civil la define en su artículo 1.104 como «la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». La culpabilidad, en materia de arrendamientos rústicos, es definida por la jurisprudencia como la consciente omisión de la diligencia media exigible al cultivador (STS de 30-12-1980). Por su parte, el Código Civil en su artículo 1.563 establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, al disponer que el arrendatario es el responsable del deterioro o pérdida que tenga la finca arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya.

IV. CAUSAS DE RESCISIÓN DEL ARRENDAMIENTO

El artículo 26 LAR se refiere a la rescisión del arrendamiento rústico, disponiendo que: «Tanto el arrendador como el arrendatario podrán rescindir el contrato por incumplimiento de la otra parte de la obligación de satisfacer gastos de conservación y mejoras, en los términos de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley». El legislador ha querido recoger bajo la categoría de la rescisión el incumplimiento de las obligaciones de satisfacer gastos de conservación y mejoras, tanto por parte del arrendador como del arrendatario. Sin embargo, no se trata de supuestos de rescisión, sino de resolución (26). No son supuestos de rescisión aunque el texto del artículo 26 hable de rescisión, porque cuando éste se remite a los artículos 18 a 20, el artículo 18.2.º habla de resolver el contrato. Además, la rescisión es un procedimiento que se dirige a hacer ineficaz un contrato válidamente celebrado que ocasiona un perjuicio económico a alguno de los contratantes o de sus acreedores. La acción de rescisión es subsidiaria, no pudiéndose ejercitar sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 del Código Civil). Esta característica de la subsidiariedad es la que excluye que los casos de incumplimiento de las obligaciones

(26) En igual sentido: MUÑIZ ESPADA, E., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, coordinador: CABALLERO LOZANO, J. M.^a, Dykinson, 2006, pág. 448 y sigs.

de satisfacer gastos de conservación y mejora sean de rescisión, ya que como establece el artículo 18.2.º, si el arrendador no realiza las obras y reparaciones necesarias a fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato, el arrendatario podrá optar bien por compelerle a ello judicialmente o resolver el contrato u obtener una reducción proporcional de la renta, o por realizarlas él mismo, reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo. Como podemos observar, el arrendatario no puede ejercitar la acción rescisoria porque le quedan recursos legales para obtener la reparación de su perjuicio, precisamente entre las opciones que tiene, al incumplir el arrendador su obligación de realizar las obras y reparaciones a las que está obligado según el artículo 18.1.º, se encuentra la de compelerle judicialmente a ello o la de resolver el contrato; y, concretamente, el artículo 1.124 del Código Civil, para el caso de obligaciones recíprocas, dispone que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitas en ellas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, pudiendo escoger el perjudicado entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. Por tanto, no estamos ante supuestos de rescisión sino de resolución.

Conforme a los artículos 18, 19 y 20, artículos a los que se remite el artículo 26 LAR, tanto el arrendador como el arrendatario están obligados a una serie de gastos.

El arrendador está obligado al pago de los siguientes gastos:

1. Los de realización de las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada al concertar el contrato (art. 18.1 LAR). En este caso, si requerido el arrendador, no realiza las obras a las que se refiere el apartado anterior, el arrendatario podrá optar bien por compelerle a ello judicialmente o resolver el contrato u obtener una reducción proporcional de la renta, o por realizarlas él mismo, reintegrándose mediante compensación con las rentas pendientes a medida que vayan venciendo. Asimismo, podrá reclamar los daños y perjuicios causados (art. 18.2 LAR).
2. Para las obras, mejoras o inversiones que, por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firmes o por acuerdo firme de la comunidad de regantes sobre la modernización de regadíos para el cambio de sistema de riego, hayan de realizarse sobre la finca arrendada (art. 19.1 LAR).
3. Cuando las obras, mejoras o inversiones a que alude el apartado anterior sean de tal entidad y naturaleza que, excediendo de la natural conservación de la finca, supongan una transformación que redunde en el incremento de la producción, el arrendador tendrá derecho a la

revalorización proporcional de la renta y, en su caso, a la rescisión del contrato, cuando el arrendatario no estuviese conforme con dicha revalorización (art. 19.2 LAR).

Por su parte, el arrendatario está obligado a efectuar las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad y las que le vengan impuestas por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firmes, o por acuerdo firme de la comunidad de regantes relativo a la mejora del regadío que sea también propia del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad, sin que por ello tenga derecho a disminución de la renta, ni a la prórroga del arriendo, salvo que por acuerdo de las partes o de las propias disposiciones legales o resoluciones judiciales o administrativas, resultase otra cosa (art. 20.1 LAR).

El incumplimiento por el arrendador o por el arrendatario de su obligación de satisfacer los gastos a que respectivamente están obligados faculta a la otra parte para resolver el contrato.

V. EFECTOS

El capítulo VIII de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, después de recoger en los artículos 24, 25 y 26 la clasificación de las causas de terminación del arrendamiento, como hemos analizado anteriormente, regula en el artículo 27 los efectos de la terminación, lo cual, sistemáticamente, puede pensarse que se refiere a todas las causas de terminación, resolución o rescisión. Sin embargo, no es así, ya que se refiere a los efectos de un supuesto concreto, la sucesión de arrendatarios.

Las causas de terminación del arrendamiento rústico, en cualquiera de sus categorías: terminación, resolución y rescisión, «producen los efectos típicos de la modalidad general a que pertenecen, así como los específicos que la LAR ha establecido» (27).

El artículo 27 LAR de 2003 establece: «El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente y, recíprocamente, el entrante tiene la obligación de permitir al saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, en la forma prevista en el artículo 1.578 del Código Civil». La remisión al artículo 1.578 del Código Civil es sólo para indicar la forma en que se ha de realizar la sucesión de los arrendatarios: «todo con

(27) AMAT LLOMBART, P., «Causas y efectos de la terminación del arrendamiento rústico en la nueva Ley 49/2003», en *RDAA*, núm. 42, 2004, pág. 50.

arreglo a la costumbre del pueblo», pues, en lo demás, el contenido del artículo 27 de la LAR es idéntico al 1.578 del Código Civil.

El artículo 27 de la LAR de 2003 se refiere a los derechos y obligaciones tanto del arrendatario saliente como del arrendatario entrante. Sin embargo, cuando hace referencia al arrendatario entrante hay que entender esta expresión extensivamente, no sólo a dicho arrendatario, sino también a quien vaya a continuar con el cultivo de la finca, ya sea el propietario o el titular de un derecho de goce sobre la finca: usufructuarios, superficiarios, enfitéutas o censatarios a primeras cepas.

En cuanto a las obligaciones del arrendatario saliente, debe permitir al arrendatario entrante a usar del local y demás medios necesarios (maquinaria agrícola, abonos, etc.) para preparar las labores del año siguiente.

Respecto a las obligaciones del arrendatario entrante, éste está obligado a permitir al arrendatario saliente lo que sea necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos producidos por la finca ese año. Entendemos que a los frutos a que se refiere el artículo 27 LAR como el artículo 1.578 del Código Civil son a los frutos industriales (los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo —art. 355 del Código Civil—; no reputándose frutos industriales, sino los que están manifiestos o nacidos —art. 357 del Código Civil—). Estos frutos industriales, mientras están unidos a la tierra, reciben el nombre de frutos pendientes y tienen la consideración de bienes inmuebles —art. 334.2.º del Código Civil—, frente a los frutos percibidos, que según el artículo 451 del Código Civil se entienden percibidos los frutos industriales desde que se alzan o separan. Por lo tanto, a los frutos a que se refieren ambos artículos son a los frutos industriales pendientes (28).

La forma en la que tanto el arrendatario saliente como el entrante han de cumplir las obligaciones que recoge el artículo 27 LAR es la prevista en el artículo 1.578 del Código Civil, esto es, con arreglo a la costumbre del pueblo.

Por último, el artículo 27 LAR es aplicable a todas las causas de terminación del contrato de arrendamiento, e incluso por desahucio del arrendatario, como puso de manifiesto la STS de 18 de marzo de 1904.

(28) En igual sentido: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos*, director: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Lex Nova, 2004, pág. 481.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO RÚSTICO

La nueva Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, dedica a la terminación del arrendamiento su capítulo VIII, comprendiendo los artículos 24 a 27. Clasifica las causas de terminación del arrendamiento en tres categorías: terminación (art. 24), resolución (art. 25) y rescisión (art. 26). A estas causas hay que añadir las que las partes contratantes hayan expresamente acordado en el contrato y, al regir supletoriamente el Código Civil, las recogidas en este cuerpo legal, como son la novación extintiva o la confusión de derechos entre arrendador y arrendatario. El artículo 27 regula los efectos de la terminación del arrendamiento, y aunque, sistemáticamente, puede pensarse que se refiere a todas las causas de terminación, resolución o rescisión, se refiere a los efectos de un supuesto concreto, la sucesión de arrendatarios.

ABSTRACT

RURAL LEASE

The new Rural Leasing Act (Act 49/2003 of 26 November), amended by Act 26/2005 of 30 November dedicates chapter VIII, spanning articles 24 to 27, to the topic of lease termination. It classifies the causes of lease termination into three categories: termination (article 24), cancellation (article 25) and rescission (article 26). To these causes must be added any causes the parties to the lease have expressly accorded in their contract, and because the Civil Code is applied in a supplementary capacity, the causes given in it must be added as well, such as extinctive novation and the confusion of rights between landlord and tenant. Article 27 regulates the effects of lease termination, and although systematically the article might be thought to refer to all causes of termination, cancellation or rescission, it refers to the effects of a specific case, the succession of tenants.

(Trabajo recibido el 22-06-07 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

El régimen de colación de gastos en el Código Civil

DOCTORA BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. GASTOS NO COLACIONABLES:
 1. CUESTIONES PREVIAS.
 2. ARTÍCULO 1.041 DEL CÓDIGO CIVIL:
 - 2.1. *Los alimentos.*
 - 2.2. *Los gastos de educación y aprendizaje.*
 - 2.3. *La curación de enfermedades:*
 - A) Cuestiones generales.
 - B) Especial referencia a las primas de los seguros de enfermedad o vida.
 - 2.4. *Equipo ordinario.*
 - 2.5. *Regalos de costumbre.*
 - 2.6. *Necesidades especiales.*
- III. GASTOS RELATIVAMENTE COLACIONABLES: ARTÍCULO 1.042 DEL CÓDIGO CIVIL.
- IV. GASTOS COLACIONABLES: ARTÍCULO 1.043 DEL CÓDIGO CIVIL:
 1. PARA REDIMIR DE LA SUERTE DE SOLDADO.
 2. PAGAR SUS DEUDAS.
 3. CONSEGUIRLES UN TÍTULO DE HONOR.
 4. OTROS GASTOS ANÁLOGOS.
- V. GASTOS COLACIONABLES SEGÚN EL *QUANTUM*: ARTÍCULO 1.044 DEL CÓDIGO CIVIL.
- VI. LAS DONACIONES REMUNERATORIAS.

I. INTRODUCCIÓN

La colación es definida por CASTÁN TOBEÑAS (1) como «la agregación que deben hacer a la masa hereditaria los herederos forzosos que concurran en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, por donación u otro título lucrativo, para computarlos en la cuenta de la partición». Y, tal como establece la STS de 15 de febrero de 2001 (RJA 1484): «*es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino de determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más.*»

Colación proviene de la palabra latina *collatio*, que se desmembra, a su vez, en dos voces, *cum* que significa con, y *fero* que significa llevar, o sea, llevar juntamente (2). Tiene su origen en Derecho Romano y particularmente en la *bonorum possessio unde liberi*. Se establecía en relación a los hijos emancipados, los cuales podían crear su propio patrimonio separado de la patria potestad, por el contrario, los hijos que seguían bajo la tutela de los padres no podían crear dicho patrimonio por lo que se producía un perjuicio o agravio para los mismos. Por dicho motivo, los hijos emancipados estaban obligados a traer a la masa hereditaria el valor de los bienes que hubiesen generado desde su emancipación hasta la muerte del causante. Por consiguiente, la *collatio bonorum* protegía a los hijos no emancipados en concurrencia con los emancipados (3).

Mediante el presente estudio nos centramos en unos preceptos concretos de dicha institución como son los artículos 1.041 a 1.044, comprendidos en la Sección Primera del Capítulo VI, Libro Tercero, o sea, aquellos que abarcan el objeto de la colación y, particularmente, las liberalidades o atribuciones excluidas e incluidas en la misma. Se trata de una serie de preceptos faltos de una redacción acorde con los tiempos, por ello necesitan que se realice una reinterpretación de acuerdo con la realidad social del tiempo. Todo ello nos ha condu-

(1) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, T. VI, vol. 1.º, Reus, Madrid, 1989, pág. 376. COCA PAYERAS, Miguel, voz «Colación», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 1099, «consiste en la computación de las liberalidades *inter vivos* otorgadas por el causante a alguno o algunos de los herederos forzosos aceptante, con el fin de, a través de esta adición, obtener el caudal partible y, consecuentemente, contabilizar como valor ya atribuido respecto de la cuota de aquellos esas liberalidades».

(2) MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, voz «Colación», en *Enciclopedia Jurídica Española*, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, T. VII, pág. 19.

(3) Véase: Digesto 37, 6, 1: «*Este título es de justicia manifiesta, pues como el pretor admite a los emancipados en la posesión de los bienes en contra del testamento y les hace participar en los bienes paternos con los hijos que permanecieran bajo potestad, es consecuente que los que aspiran a tener los bienes de su padre traigan a colación sus propios bienes. La colación se da entre los que han recibido la posesión de los bienes*», y el Códex 6, 20, 19.

cido a que, en determinados casos, abogemos por su derogación. Planteado así el estudio, cabe poner de relieve que no nos adentramos en otras cuestiones como pueden ser los presupuestos, fundamento, naturaleza o valoración de los bienes colacionables. No nos referiremos a los distintos actos o negocios jurídicos a título gratuito que pueden ser objeto de colación, sino que incidiremos sobre los gastos, propiamente dichos, con independencia de la institución que ha servido de base para realizar esa liberalidad. Con la excepción de la donación remuneratoria a la que dedicaremos unas líneas por las particularidades que comporta. Además, tratamos el régimen de colación respecto de algo que no son, propiamente, donaciones, sino gastos que el causante realiza en vida debido a la especial relación y, en algunos casos, porque está obligado a ello.

El Código Civil, en esta sede, distingue diversas categorías de gastos. En primer lugar, un grupo de gastos que en ningún caso están sujetos a colación, al tratarse de deberes legales, son los recogidos en el artículo 1.041 del Código Civil. En segundo lugar, los gastos establecidos en el artículo 1.042 del Código Civil que se colacionarán «*cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima*». En tercer lugar, gastos colacionables contemplados en el artículo 1.043 del Código Civil, a no ser que conste la dispensa expresa del causante. Y, los gastos colacionables según el *quantum* del artículo 1.044 del Código Civil.

II. GASTOS NO COLACIONABLES

1. CUESTIONES PREVIAS

Situamos a la colación, *strictu sensu*, entre las operaciones particionales. Si bien, antes de iniciar el concreto estudio en relación a los gastos colacionables, se debe diferenciar la doble acepción de colación que contempla el Código Civil en el artículo 1.035 *in fine* del Código Civil: «...*para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*». Así, se distingue el concepto de colación en sentido estricto «...*computar en la cuenta de partición*», a los efectos de constituir una masa para ser después partida. Y el concepto impropio de colación que alude al hecho de colacionar para computar lo colacionado en la regulación de las legítimas, artículo 1.035 y, particularmente, artículo 808.3 del Código Civil, con el objeto de que no se produzca la inoficiosidad. El único vínculo de unión entre las mismas es el hecho de que ambas contemplan a herederos forzosos.

Tal como manifiesta COCA PAYERAS (4), «unas son operaciones cuyo fin es ir situando legados y donaciones en la correspondiente cuota del haber con

(4) COCA PAYERAS, *op. cit.*, pág. 1099.

el fin de evitar la inoficiosidad. Su fundamento es la defensa de las legítimas. Mientras que la colación se dirige a formar una masa con objeto de ser luego partida, teniendo como fundamento la voluntad presunta del causante de que lo atribuido entre vivos lo fue a cuenta de su cuota sucesoria». No es, por tanto, su finalidad la consecución de la igualdad entre los herederos forzosos, a pesar de que el artículo 1.048 del Código Civil, en sus dos párrafos, alude a que deben «*ser igualados*», que no debe ser entendido en un sentido cuantitativo o aritmético, sino en el sentido de igualdad cualitativa o proporcional.

La STS de 15 de febrero de 2001 (RJA 1484) se hace eco de dicha diferenciación: «...*hay que partir del concepto de la colación, utilizado en el Código Civil para el cálculo de la legítima en el artículo 819 y para la determinación, en consecuencia, de si existe inoficiosidad en las donaciones hechas por el causante (arts. 636 y 654), y más específicamente en los artículos 1.035 y siguientes como operación particional. Como operación distinta ha de considerarse la imputación de las donaciones a la cuota del legitimario previo cómputo con arreglo al artículo 818 para hallar dicha cuota (art. 819). Estrictamente la colación es una operación particional, cuya finalidad no es la protección de las legítimas, sino determinar lo que ha de recibir el heredero forzoso por su participación en la herencia, que puede ser mayor que la que le corresponde por su legítima, si el causante le ha dejado más*».

A los efectos de concretar conceptos, debe quedar fijada la diferencia y repercusión, en Derecho Sucesorio, entre las donaciones colacionables y no colacionables, pero sí computables a efectos de legítima, tal como acabamos de diferenciar. Al respecto, acudiendo a la STS de 13 de marzo de 1989 (RJA 2036): «*Las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación, radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1.035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil*».

En cualquier caso, toda donación de un bien colacionable puede ser dispensada en tanto conste la voluntad del testador, artículo 1.036 del Código Civil (5): «*La colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente...*». Por tanto, no se tendrán en cuenta estas donaciones a los efectos de computación en la cuenta de

(5) Véase: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La dispensa de la colación y su revocación», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1996, pág. 259. Define la dispensa de colación: «...será liberar al donatario de que se le cuente en su parte de herencia lo donado, de forma que no lo reciba de menos en bienes relictos, sino que de éstos le correspondan todos los que le toquen por su cuota en la herencia, como si nada hubiese tomado en vida del difunto».

partición, pero sí en tanto nos encontremos con una donación inoficiosa que nos sitúe ante el artículo 818.2 del Código Civil, al tratarse de conceptos diversos, tal como hemos manifestado.

En el Derecho de Aragón, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, en particular el artículo 47 establece: «*Voluntariedad. 1. La colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en el título de la propia liberalidad o en pacto sucesorio o testamento. 2. La obligación de colacionar impuesta podrá ser dispensada posteriormente por el disponente en testamento o escritura pública*». A su vez, la Exposición de Motivos de dicha Ley concreta: «*La colación, como operación particional, sigue descansando únicamente en la voluntad del disponente. No procede por ministerio de la Ley, que se limita a aportar breves reglas para cuando, en efecto, la voluntad de los particulares haya ordenado su práctica sin indicar otras*». En Navarra, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, particularmente la Ley 332: «*La obligación de colacionar no se presume. Sólo tendrá lugar la colación cuando expresamente se hubiera establecido, o cuando, tratándose de coherederos descendientes, se deduzca claramente de la voluntad del causante. En todo caso, esta voluntad deberá constar en el mismo acto de la liberalidad o en otro acto distinto cuyos efectos hayan sido aceptados por el que recibió aquella liberalidad. Aunque la liberalidad se hubiera hecho con obligación de colacionar, el causante podrá dispensar de dicha obligación en acto posterior inter vivos o mortis causa*». La Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, en el artículo 62.3 concreta: «*No serán colacionables las donaciones a favor de sucesores forzosos, salvo que el donante disponga lo contrario o haga apartamiento expreso*». O sea, la regla es la opuesta, no tendrá lugar la colación a no ser que el causante así lo haya determinado.

De acuerdo con el artículo 1.037 del Código Civil: «*No se entiende sujeto a colación lo dejado en testamento si el testador no dispusiese lo contrario, quedando en todo caso a salvo las legítimas*». Se recoge un supuesto obvio, por lo que se puede considerar innecesario, o sea, que se colacionará lo anticipadamente recibido respecto del caudal hereditario. Se trata de un precepto de imputación a la legítima y no, propiamente, de colación, puesto que establece que los legados no se imputan en la vocación hereditaria del legionario salvo disposición contraria del testador. El ser sucesor a título de heredero, como un requisito subjetivo de la colación, se justifica por el hecho de ostentar la cotitularidad de la comunidad hereditaria. Por ello, el legatario que es, a su vez, heredero forzoso y concurre con otros herederos forzosos, está excluido de colacionar, al igual que los instituidos en cosa cierta.

Tampoco son colacionables los bienes donados por los ascendientes a sus nietos, artículo 1.039 del Código Civil: «*Los padres no estarán obligados a*

colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos». Dicho precepto contempla el hecho en que sobrevive el padre o madre, al abuelo o ulterior ascendiente. Lógicamente aquí el padre no es donatario, al no haber recibido una donación por lo que falta el requisito de una atribución anticipada cualificada, o sea, que produzca un enriquecimiento del heredero en detrimento del patrimonio del causante, y que se trate de un anticipo de su cuota. Todo ello, a pesar que dichas donaciones pueden suponer un grave perjuicio o desigualdad para los herederos forzosos, pero tal desigualdad no proviene de sus progenitores.

Cuestión distinta es si el padre o madre ha fallecido, en tal caso conforme con el artículo 1.038 del Código Civil, serían colacionables. Una sola estirpe de descendientes no colaciona entre sí, al representar a un único legitimario. En cambio, los nietos colacionan cuando concurren con hijos del causante o con otras estirpes, al ser herederos del abuelo en representación del padre. El nieto tampoco es donatario pero debe colacionar porque si no el representante heredaría más que si su representado viviera, artículo 926 del Código Civil. Tal como establece GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 881 del Proyecto de 1851, es una consecuencia forzosa del derecho de representación.

El artículo 1.040 del Código Civil establece que: *«las donaciones hechas al consorte del hijo»* tampoco tendrán la consideración de colacionables (6). El legislador, al igual que en el precepto precedente, sólo se ocupa de los posibles agravios o desigualdades que se produzcan entre herederos forzosos, pero no respecto de otros sujetos relacionados con estos. Lógicamente el hijo no colaciona porque no es donatario y su consorte no es legitimario respecto del suegro, por tanto no se cumplen los requisitos de la colación. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en determinados casos, debido al concreto régimen económico de la pareja, la donación realizada pasaría a ser común a ambos cónyuges (7).

Así, están sujetos a colacionar los hijos y descendientes en tanto concurren con otros hijos o descendientes, «...donando el padre al hijo, se presume, dicen los autores, que quiere guardar igualdad entre sus hermanos; pero cuando el descendiente dona á su ascendiente, no es con el ánimo de que haya igualdad ni por razón de legítima, puesto que según el orden natural no es

(6) Comprobamos que el Codice Civile recoge estos dos preceptos (arts. 1.039 y 1.040 del Código Civil) en uno: artículo 739, Donazioni ai discendenti o al cónyuge dell'erede. Donazioni a coniugi. *«L'erede non è tenuto a conferire le donazioni fatte ai suoi discendenti o al coniuge, ancorché succedendo a costoro ne abbia conseguito il vantaggio. Se le donazioni sono state fatte congiuntamente a coniugi di cui uno è discendente del donante, la sola porzione a questo donata è soggetta a collazione»*.

(7) Véase SARMIENTO RAMOS, Juan, «Comentario al artículo 1.041», en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 2447.

creíble que le haya de sobrevivir. Tampoco se verifica entre colaterales, porque las leyes que tratan de colación hablan solamente de descendientes, y no se debe ampliar á personas de quienes no hace mención específica ni genérica. Es, asimismo, doctrina legal que los hijos no colacionan concurriendo con extraños, ni cuando concurren éstos entre sí...» (8).

El artículo 1.049 del Código Civil: «*Los frutos e intereses de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria, sino desde el día en que se abra la sucesión*». Al tener la sucesión y, consecuentemente, la colación un carácter *mortis causa*, se trata de una precisión temporal conforme con la misma. Por consiguiente, se colacionará el valor de los frutos, en tanto realicemos una interpretación acorde con el artículo 1.045 del Código Civil. GARCÍA GOYENA (9) al interpretar el artículo 890 del Proyecto de 1851, que se corresponde con el precepto tratado establecía: «...los frutos ó intereses no pueden deberse á la herencia sino desde que esta existe, y no comenzó á existir sino desde la muerte natural de aquel á quien se trata de heredar segun el artículo 550: desde entonces tuvo principio la necesidad de colacionar, y á la herencia ó masa hereditaria corresponden y deben agregarse los frutos é intereses de todos los bienes que la componen, como son los sujetos á colación. El donatario los percibió hasta entonces de buena fé y por consiguiente los hizo suyos: obligarle á su abono ó restitución, equivaldría á arruinarle lejos de haberle favorecido por la donación».

Este precepto se debe relacionar con el artículo 1.063 del Código Civil, que establece una situación de comunidad sobre los frutos entre los coherederos: «*Los coherederos deben abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno haya percibido de los bienes hereditarios...*».

En otro orden de ideas, si acudimos al Code Civil francés comprobamos que concreta, expresamente, como no colacionables, una serie de beneficios a los que no alude nuestro Código Civil. Así, el artículo 853 del Code: «*Tampoco lo estarán los beneficios que el heredero haya podido obtener de los contratos celebrados con el difunto, si estos contratos no suponían ninguna liberalidad indirecta cuando se concertaron*» (10). Y, el artículo 854 del Code: «*Igualmente, no estarán sujetas a colación las asociaciones constituidas sin fraude entre el fallecido y uno de sus*

(8) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. III, Imprenta de F. Sánchez, Madrid, 1862-1874.

(9) GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Cometa, Zaragoza, 1974, pág. 447. A su vez, el artículo 1.049 del Código Civil coincide con el artículo 856 del Code francés: «*Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession*».

(10) Artículo 853: «*Il en est de même des profits que l'héritier a pu retirer des conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites*».

herederos cuando sus condiciones se hayan consignado en escritura pública» (11).

2. ARTÍCULO 1.041 DEL CÓDIGO CIVIL

Como precepto particular en que centrar nuestra atención, acudimos al artículo 1.041 del Código Civil, que recoge las donaciones *ob causam* por oficio de piedad. Dispone de un carácter imperativo, por consiguiente, dichos gastos no son colacionables a pesar de que se establezca «una disposición expresa del alimentante» (12), en contraposición al artículo 1.042 del Código Civil, que permite su exclusión. Ya CALDERÓN (13) manifestaba que se trata de «una regla sobre formación de la masa. Quiere decir que esos gastos no se consideran como donaciones, al efecto de agregarlos a la masa, y desde entonces no se imputan en parte alguna». Por tanto, tampoco se computan a efectos de inoficiosidad.

Llama la atención la distinta redacción que otorga el legislador a este precepto en comparación con el ulterior. El artículo 1.041 del Código Civil se refiere a: «No estarán sujetos a colación...», y el artículo 1.042 del Código Civil: «No se traerán a colación». Ello debido a que, como hemos manifestado, los gastos relacionados en el artículo 1.041 del Código Civil en ningún caso se colacionan y los del artículo 1.042 del Código Civil sólo «cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima».

Adentrándonos en el contenido concreto del artículo vemos que enumera como no colacionables (14) una serie de gastos que no se pueden calificar como donación. Ello debido a que suponen una obligación desde el punto de vista de los sujetos que ostentan la patria potestad. En este sentido, el

(11) Artículo 854: «*Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique*».

(12) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, V, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 142, «aunque tales gastos sean cuantiosos, con tal que obedezcan a una necesidad jurídica, es decir, no excedan el concepto de alimentos». A su vez, considera que unas veces están justificados por responsabilidades morales y otras responden a obligaciones jurídicas. DE LOS MOZOS, José Luis, *La colación*, Edersa, Madrid, 1965, pág. 250, «por muy gravosos que sean han de considerarse comprendidos en el tenor del artículo 1.041, pues también en este caso pueden considerarse usuales».

(13) CALDERÓN, Manuel, «La colación en el Código Civil», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1907, Tomo 111, pág. 134.

(14) El Codice Civile establece un precepto similar como es el artículo 742: *Spese non soggette a collazione. «Non sono soggette a collazione le spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia, né quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze. Le spese per il corredo nuziale e quelle per l'istruzione artistica o professionale sono soggette a collazione solo per quanto eccedono notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del defunto».*

artículo 154.1 del Código Civil entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad establece: «*Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*».

COLIN y CAPITANT (15) encuentran la razón de ser del enunciado del artículo 1.041 del Código Civil en la siguiente idea: «los gastos de que habla no han enriquecido al favorecido, no han agrandado su patrimonio; si han aumentado su fortuna ha sido muy indirectamente y gracias al concurso de causas muy diferentes». Díez-PICAZO (16) manifiesta que dicha regla está formulada de una manera defectuosa, «parece que lo que quiere decir el Código Civil es que tales gastos son donaciones que hay que llevar a la masa para calcular las legítimas (art. 818), pero su imputación se hace a la parte libre, sin incluirlos en la cuota hereditaria del hijo. Ahora bien, si el padre lo dispusiera o hubiera perjuicio a las legítimas de los demás legitimarios, hay que imputarlos a aquella cuota».

2.1. *Los alimentos*

En primer lugar, entre los gastos no sujetos a colación, el artículo 1.041 del Código Civil ubica a «*los alimentos*». Como es sabido, se trata de una obligación legal establecida en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, por lo que no es una simple «liberalidad», sino una obligación de tipo familiar que deriva de la propia patria potestad. Ahora bien, dichos alimentos se pueden otorgar a un heredero respecto del cual el *de cuius* o causante no tiene una obligación de alimentos, como puede ser un sobrino (17). En cualquier caso, se debe entender que se excluye la colación. Este particular tema se soluciona expresamente en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón, donde el artículo 48, referente a las liberalidades no colacionables, remite al artículo 174, el cual concreta: «*Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos*».

Se debe resaltar el tenor del precepto tratado: «*No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades...*» en comparación con la redacción del artículo 142 del Código Civil que, con carácter general, recoge la obligación de alimentos y establece que: «*Se en-*

(15) COLIN, Ambrosio, y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo VII, Sucesión intestada. Partición. Disposiciones a título gratuito, Reus, Madrid, 1955, pág. 275.

(16) Díez-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Madrid, Tecnos, 2006, pág. 539.

(17) Véase COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 275.

tiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Por consiguiente, el artículo 1.041 del Código Civil distingue toda una serie de conceptos que de acuerdo con la interpretación auténtica que realiza el propio artículo 142 del Código Civil, en relación al concepto alimentos, quedarían subsumidos en la definición legal de alimento. Por todo ello, esta primera referencia a los alimentos del artículo 1.041 del Código Civil, se puede considerar superflua o innecesaria.

El legislador no determina el límite de estos gastos, cuando trata de los gastos de «equipo» establece que deben ser «ordinarios» o «los regalos» de «costumbre». Por tanto, el precepto comentado se debe interpretar junto con los artículos referentes a dicho deber legal de alimentos. Si dichos gastos exceden de la proporcionalidad que recoge el Código Civil se deberán colacionar (18). Como establece DE LOS MOZOS (19), «hay que atender a las circunstancias: comportamiento de la persona que los hace... circunstancias patrimoniales en que se encuentre al momento de hacerlo, y consideración social que pueda tener el acto de que se trate». Sobre el particular se pronuncia la STS de 28 de febrero de 2003 (RJA 2155): «...estimó infracción del artículo 1.041 del Código Civil en relación con los artículos 142 y 153 del mismo texto legal, en cuanto la Sala a quo declara excluidas de colación determinadas cantidades recibidas por uno de los coherederos en vida del causante, por entender que fueron entregadas en concepto de alimentos. Se añade en el motivo que, pese a existir la relación de parentesco, no se producía la situación de necesidad, en cuanto excluye el caso los supuestos de los números 3.º y 5.º del artículo 152 del Código Civil».

Los sujetos que pretendan la colación, o sea, interesados en la colacionabilidad de dichos gastos, deberán probar su carácter extraordinario. Ahora bien, también se podría entender que, en todo caso, no son colacionables, al incluirse en los deberes de la patria potestad.

A pesar del carácter imperativo que se imprime a este precepto comprobamos que, en cambio, el Fuero Nuevo de Navarra instituye la posible colacionabilidad de dichos bienes, Ley 333: «Cuando el causante hubiera dispuesto la colación de las liberalidades hechas por él, no se entenderán comprendidos, salvo que expresamente así lo declare, los gastos de alimentación, vestidos y asistencia de enfermedades, los regalos médicos, según costumbre, y los gastos de educación, aprendizaje y carrera». En Aragón, el ya citado artículo 48 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en relación a las liberalidades no colacionables remite al artículo 174.2:

(18) En este sentido, ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los artículos 1.041 y 1.042 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIV, vol. 2, Edersa, Madrid, 1989, pág. 50.

(19) DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 251, quien se plantea la diferenciación entre gastos de carrera y gastos de establecimiento.

«Por excepción, no se computan: a) Las liberalidades usuales. b) Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Los gastos de educación y colación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios».

El Codice Civile, entre los gastos no sujetos a colación, recoge en el artículo 742: «...le spese de mantenimento». En la doctrina italiana se distingue entre el «mantenimiento ordinario dal mantenimientto eccessivo... il mantenimento diretto (del discendente, maggiorenne o minorenne, coniugato o no, coabitante col *de cuius*) dal mantenimento indiretto (del discendente non coabitante col *de cuius*, ma da questo mantenuto mediante assegni periodici, concessiones gratuita dell'alloggio o sovvenzione satuarie)» (20). De acuerdo con estas ideas y el tenor de la ley, estarán excluidos de la colación los gastos de sustento o mantenimiento debido. En relación a estos gastos, la doctrina y jurisprudencia italiana mantiene que no son colacionables aquellos gastos que se configuran como asignaciones periódicas para la manutención del descendiente. Pero, se debe objetar que será una tarea muy difícil distinguir, en estos casos, una donación colacionable de otra que no lo es al caer bajo esta órbita (21).

A su vez, hay que tener en cuenta que el Codice hace mención a los gastos ordinarios por ropa o vestido, que no se consideran colacionables, artículo 742 («...né quelle ordinarie fatte per abbigliamento...»). El Código Civil no alude a tal noción, si bien, dicha referencia quedaría subsumida en el concepto de alimentos que recoge el artículo 142 del Código Civil. El Codice diferencia entre los gastos de mantenimiento, donde quedarían incluidos los gastos por vestuario ordinario y los gastos de vestuario, propiamente dicho, que según la doctrina se refiere a las ropas especiales que se utilizan en ciertas carreras, como puede ser la militar o eclesiástica (22).

2.2. Los gastos de educación y aprendizaje

En segundo lugar, el artículo 1.041 del Código Civil recoge «los gastos de educación... de aprendizaje». Dichos conceptos (educación y aprendizaje) se encuentran separados en la redacción del precepto, si bien, a los efectos de

(20) FORCHIELLI, Paolo, *La collazione*, Papua, Cedam, 1958, pág. 182.

(21) Al respecto, FORCHIELLI, *op. cit.*, pág. 184, establece: «Come si può infatti discriminare il caso del fligio che mantiene se stesso e la propria famiglia con l'assegno mensile, a tale scopo ricevuto dal padre, dal caso —indiscutibilmente soggetto a collazione— del figlio che invece mantenga se stesso e la famiglia con un capitale donatogli una tantum dal padre, oppure col danaro ricevuto dalla vendita di un bene immobile pure donatogli dal padre?».

(22) Véase: FORTICHELLI, *op. cit.*, pág. 186.

su análisis, es adecuado tratarlos conjuntamente. Ambos hacen alusión a los gastos realizados, consecuencia de cursar estudios básicos uno de los herederos forzosos, con la salvedad de los estudios contemplados en el artículo 1.042 del Código Civil, que sí son colacionables.

Ya la Ley 5.^a, Título XV, 6.^a Partida, excluía de la colación: «*Los libros é las despesas que el padre diese á alguno de sus hijos para aprender alguna ciencia en las escuelas*». El artículo 885 del Proyecto de 1851 calificaba como no colacionables los gastos de «*educación, aprendizaje*». El Código Civil italiano de 1865, en particular el artículo 1.002, establecía como gastos no colacionables: «*le spese di mantenimento, di educazione e di istruzione*», para modificarse en el Codice Civile de 1942: «*le spese di mantenimento e di educazione*», por lo que los gastos de instrucción podrán, o no, considerarse colacionables.

El artículo 142 del Código Civil se refiere a los gastos de «*educación e instrucción*». Y, el artículo 154 del Código Civil a una «*educación y... formación integral*». En el precepto tratado, expresamente, no se recogen los gastos de instrucción, pero se entiende que quedan incluidos en el concepto de educación. La prestación por alimentos contenida en el artículo 142 del Código Civil, no se reduce a la minoría de edad del beneficiado o alimentista, sino que dicha obligación de alimentos (conforme con la redacción otorgada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) se otorga «*mientras sea menor de edad y aun después cuando haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*». A su vez, el artículo 93.2 del Código Civil en el capítulo referente a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio establece: «*Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código*». Dicha obligación de los padres o alimentantes se extiende más allá de la minoría de edad y cesará cuando el hijo esté capacitado y sea autosuficiente, o sea, disponga de medios para valerse por sí mismo (sin perjuicio de las demás causas de extinción, como son las recogidas en los arts. 150 y 152 del Código Civil).

Matizando los conceptos de dicho precepto, incluimos en *los gastos de educación* todos aquellos estudios complementarios como pueden ser idiomas, música, ballet, formación artística, plástica, judo y similares (23). La referencia a *los gastos de aprendizaje* tenía un mayor sentido en el momento en que se promulgó el Código Civil, debido a la importancia de tal amaes-

(23) En este sentido, VILLAGÓMEZ RODIL, Alfonso, «Comentario al artículo 1.041 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 488.

tramamiento a los efectos de poder llevar a cabo un oficio concreto, como puede ser el de «fontanero, peluquero, ebanista, damasquinados, incluso torero o futbolista si se acude a una escuela especializada» (24).

SÁNCHEZ ROMÁN (25) establecía que: «todos los gastos de instrucción cuyo carácter sea de cultura general, en mayor o menor grado, que no den aptitud intelectual ni habiliten oficialmente, si fuera esto también necesario, como generalmente lo es para el ejercicio de una actividad profesional o artística, no se reputarán gastos de carrera a los efectos del artículo 1.042, y se regirán por el artículo 1.041, y, en caso contrario, se entenderá y resolverá lo opuesto».

En relación a este punto, la STS de 31 de diciembre de 1909 (RGLJ, núm. 129) establece: «*Los gastos para dar carrera a los hijos, como los de redención del servicio militar y los originados para atender necesidades imprevistas y especiales de los mismos, no son verdaderas donaciones, sino anticipos que, en cuanto a los de carrera, se traen a colación sólo si lo dispone el padre, y rebajada la parte que corresponde a la obligación legal de alimentos*».

2.3. La curación de enfermedades

A) Cuestiones generales

En tercer lugar, los gastos relativos a «*la curación de enfermedades*», sin ningún tipo de limitación al concretar el propio tenor del precepto: «*aunque sean extraordinarias*». En el Proyecto de 1851 se recogía este gasto en un precepto particular, el artículo 884 establecía: «*Los gastos hechos por el padre en la curación de su hijo, aunque sean grandes y extraordinarios, y procedan de donde se quiera, no pueden sujetarse á colación*». GARCÍA GOYENA (26) hace hincapié en la parte final del precepto: «*procedan de donde se quieran*», manifiesta que «con esto se cierra la puerta á toda investigación inmoral y odiosa acerca de la causa de la enfermedad».

En la actualidad, se ha planteado si en dicho tenor deben incluirse los gastos relativos a cirugía estética o mejora de la imagen de una perso-

(24) Enumeración de VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 488.

(25) SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, VI-3, Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, pág. 2040, manifiesta que «los estudios de primera y segunda enseñanza, comprendidos en nuestros reglamentos, siempre que éstos no se sigan como preparación de los universitarios o de carreras especiales, no tendrán tal consideración de gastos de carrera para el fin de la colación de que se trata; y, en cambio, la tendrán todos los de facultad o estudios especiales, si confieren un título y habilitan para un ejercicio profesional, así como los estudios y prácticas que capaciten notoriamente, y aún sin título oficial, para cualquier actividad artística de músico, cantante, pintor, escultor, etc...».

(26) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 444.

na (27). Deberían ser colacionables, por tratarse de mero capricho, a no ser que hubiese grave perjuicio de tipo psicológico para el sujeto que aconsejase su realización y, en tal caso, tendrían cabida en el tenor del artículo.

Si comparamos el precepto con el artículo 142 del Código Civil vemos que éste se refiere a los «*gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo*». También se deben considerar no colacionables este tipo de gastos referentes a estancias hospitalarias o, globalmente entendido, a asistencia médica.

B) Especial referencia a las primas de los seguros de enfermedad o vida

Se ha cuestionado la colacionabilidad de las primas de los seguros de enfermedad o de vida concertadas por el padre en beneficio de sus hijos. El heredero forzoso es el beneficiario de un seguro, que se establece sobre la vida del padre que aparece, por tanto, como tomador. El beneficiario del seguro no tiene porqué coincidir con la figura del heredero. Se debe calificar como una donación indirecta, debido a que el causante paga en vida unas primas que favorecerán, a su muerte, a uno de los herederos forzosos.

La SAP de Lleida, de 20 de noviembre de 1997 (AC 2374): «...*teniendo en cuenta que había un patrimonio del estipulante que se desplazaba al asegurador para que éste en su día pagase la suma asegurada, supone un enriquecimiento del beneficiario y un empobrecimiento del tomador por el pago de las primas del seguro, por lo que éstas sí podían considerarse como una donación inter vivos si carecían de contraprestación del beneficiario, por lo que atendiendo a ello sólo se faculta a los herederos a exigir al beneficiario las primas abonadas por el contratante... la cantidad percibida por el demandado como beneficiario de la póliza de seguro de vida de su padre le corresponde por derecho propio*».

Esta problemática estaba resuelta por el derogado artículo 428 del Código de Comercio de 1885 (28) o el artículo 273 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (29), sustituido por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Código de Sucesiones por causa de muerte en

(27) Dicha cuestión la plantea SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2449; VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 488, «caben los estéticos, para mejorar la imagen, si resultan necesarios para el equilibrio y mejora de la salud del interesado».

(28) «*Las cantidades que el asegurador deba entregar a la persona asegurada, en cumplimiento del contrato, serán propiedad de éste, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del que hubiere hecho el seguro a favor de aquélla*».

(29) Establecía la colacionabilidad de las primas del seguro de vida en beneficio del heredero, pero no las nacidas de la previsión familiar: «...*les primes d'assegurança de vida en benefici seu*».

el Derecho Civil de Cataluña que, a su vez, ha sido derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

El artículo 1.035 del Código Civil expresamente hace referencia a «*los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste*». De acuerdo con una interpretación literal, se debería excluir dicha colación porque el capital que recibe el beneficiario del seguro lo hace a la muerte del causante.

La Ley 50/1980, de 8 de noviembre, de contrato de seguro, en el artículo 84.3, referente a la designación del beneficiario del seguro sobre la vida establece: «*Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación, el capital formará parte del patrimonio del tomador*». O sea, a sensu contrario, únicamente en el caso de que no haya beneficiario formará parte del patrimonio del causante. Y el artículo 88.1 sobre el cumplimiento de la prestación del seguro sobre la vida y reclamación de acreedores, concreta: «*La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos (30) y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro. Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante en fraude de sus derechos*». Por consiguiente, cuando entran en colisión estos derechos debe prevalecer el del beneficiario, al tratarse de un derecho particular, propio, autónomo, inatacable e indiscutible (31).

Un sector doctrinal considera que las primas se deberán colacionar en tanto no puedan ser calificadas como liberalidades de uso, según las circunstancias de los sujetos intervinientes (32). Otros se pronuncian a favor, o en contra, de la colacionabilidad, según la cuantía de las primas satisfechas, considerando que si el importe de las primas supera el capital, la colación se referirá a esta cifra. Por tanto, lo colacionable será el importe de las primas

(30) Como sinónimo de herederos forzosos o legitimarios, términos utilizados por el Código Civil. Véase: MARTÍNEZ DE LA FUENTE, Julio, «El seguro para caso de muerte y los derechos a los herederos legitimarios y de los acreedores del asegurado», en *RGLJ*, 1925, pág. 129; RIERA AISA, Luis, «El llamado derecho propio del beneficiario de un seguro de vida al capital del mismo y a las relaciones jurídicas familiares, sucesorias y obligacionales del que lo contrató», en *AAMN*, T. VII, 1953, pág. 273.

(31) En este sentido se pronuncia: AVILÉS Y SANZ, Alberto, «Los derechos del beneficiario en el contrato de seguro de vida», en *RJC*, 1950, pág. 437; RIERA AISA, *op. cit.*, pág. 331.

(32) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. IV, Computación, Imputación y Colación, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 510; SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2449, considera que no son colacionables; en cambio ROCA SASTRE, Ramón María, *Estudios sobre sucesiones*, Instituto de España, Madrid, 1981, y DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 242, se decantan por su colacionabilidad.

y no el montante de la indemnización. TIRADO SUÁREZ (33), establece que «...no se debe olvidar que, de acuerdo con la remisión del artículo 818.2 del Código Civil a la regla del artículo 1.041 del Código Civil, no son colacionables los gastos usuales de asistencia, entre los que se debe incluir la previsión, que implica todo seguro de vida, en el que aparece como beneficiario un heredero forzoso». Siempre teniendo en cuenta que el montante de las primas no puede superar el capital disponible por el causante, porque en caso contrario deberíamos acudir al régimen de las donaciones inoficiosas. O quienes entienden que, en cualquier caso, se deberán colacionar (34): «las primas satisfechas por el causante... han de estimarse colacionables, sin que la circunstancia de tratarse de una estipulación a favor de tercero entrañe dispensa tácita de colación, ya que esta dispensa ha de ser expresa».

Jurisprudencialmente encontramos la STS de 22 de diciembre de 1944 (RGLJ, núm. 93), sobre la liquidación de una sociedad de gananciales: «...las primas deben ser reembolsadas a la comunidad al tiempo de su liquidación para que el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto, que están legitimados para la impugnación, tomen la parte que en derecho les corresponda, evitándose así un posible abuso en la facultad de disposición de los gananciales que, en definitiva, por medios indirectos como el del seguro de vida o el de renta vitalicia, se tradujera en institución mutua de herederos en los bienes gananciales, total o parcialmente, defraudando la ley y lesionando el derecho de legitimarios y acreedores».

En la doctrina francesa, COLIN y CAPITANT (35), en un sentido similar consideran que no se debe colacionar el capital, debido a que éste no sale del patrimonio del difunto, sino únicamente las primas pagadas. En Italia, el Codice Civile realiza una referencia expresa a dichas primas, artículo 741: «È soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso a favore dei suoi discendenti per... soddisfare premi relativi a contratti di assicurazione sulla vita a loro favore». Al respecto hay que tener en cuenta el artículo 1.923 del Codice Civile: «le somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario non possono essere sottoposte ad azione ejecutiva. Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni».

(33) TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, «Comentario al artículo 88 de la Ley de contrato de seguro», en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de noviembre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1760; MUÑIZ ESPADA, Esther, «Tratamiento en la herencia del seguro de vida para caso de fallecimiento», en ADC, octubre-diciembre de 1995, T. XLVIII, Fascículo IV, pág. 1680.

(34) ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor, y WOLFF, Martín, *Derecho de Sucesiones*, Tomo quinto, II, segunda edición al cuidado de Luis PUIG FERRIOL y Fernando BADOSA COLL, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 309.

(35) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 272.

En cualquier caso, lo más conveniente es que el causante dispense en el propio testamento la obligación de colacionar dichas cantidades referidas a los seguros de vida. Por consiguiente, se debe considerar más adecuada la regulación que recogen las legislaciones forales como la Compilación del Derecho Foral Navarro, Ley 332, o el Código Civil de Cataluña (art. 464-17), que excluyen la colación a no ser que conste expresamente.

2.4. *Equipo ordinario*

En cuarto lugar, gastos referentes a «*equipo ordinario*», o sea, ropa, utensilios diarios y necesarios para la subsistencia de los sujetos, siempre «*proporcionada al caudal y medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe*», artículo 146 del Código Civil en sede de alimentos. MANRESA (36) manifestaba que se tratan de «los gastos de vestido y demás objetos de uso personal, que son necesarios para vivir en sociedad, con arreglo á la clase y condiciones del individuo y de su familia». El Code Civil francés, en el artículo 852, excluye de la colación los gastos: «...*de alimentación, sustento, educación, aprendizaje, equipo ordinario, matrimonio, ni los regalos de costumbre*» (37). CICU (38) considera que «el Código francés hablaba de *équipement* (equipo), refiriéndose a los gastos por vestido especial necesario para ciertas carreras (militar, sacerdote, etc.)».

2.5. *Regalos de costumbre*

En quinto lugar, los «*regalos de costumbre*», que se identifican con las liberalidades de uso recogidas en el artículo 1.378 del Código Civil. Actos de liberalidad en virtud de normas que nos imponen los usos sociales o cánones de conducta, «el uso social será la fuente de regulación de la liberalidad» (39), por ello quedan excluidas de la colación. La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón (40), remite en el

(36) MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, VII, artículos 912 a 1.087, Reus, Madrid, 1956, pág. 619.

(37) «*Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux de noces et présents d'usage, ne doivent pas étre rapportés*».

(38) CICU, Antonio, *Derecho de sucesiones*, Parte General, con anotaciones de Derecho español Común y Foral por Manuel ALBALADEJO, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bosch, Barcelona, 1964, pág. 965.

(39) DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 356; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Contratos, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 196.

(40) Esta Ley deroga los artículos 89 a 142 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón, que establecía en el artículo 126.3: «*La impu-*

artículo 48 al artículo 174.2: «*Por excepción, no se computan: a) Las liberalidades usuales*».

El artículo 742 del Codice Civile italiano, al excluir los gastos sujetos a colación, hace referencia expresa a las mismas: «*No están sujetas a colación las liberalidades previstas en el párrafo segundo del artículo 770*». Este particular precepto establece que: «*No constituye donación la liberalidad que se suele hacer con ocasión de servicios recibidos o de cualquier modo en conformidad con los usos*». Ahora bien, a pesar de que el Ordenamiento italiano la excluye de su naturaleza de donación, en nuestro Ordenamiento la colación queda circunscrita al campo de las donaciones y tal liberalidad de uso se debe calificar como una auténtica donación (41). A pesar de la inaplicación de determinados preceptos de la donación, como el que nos incumbe, por considerar el legislador que «la adecuación a las normas sociales generalmente asumidas impiden considerar el posible carácter fraudulento o perjudicial para terceros que siempre planea sobre las donaciones puras y simples» (42). Al respecto, ALBALADEJO (43) al tratar las liberalidades de uso, no las considera donación, al no existir un verdadero *animus donandi* establece que «no se puede decir —tomando la expresión del art. 1.274 *in fine*— que la causa sea “la mera liberalidad del bienhechor”, así que no hay, como en la donación, un contrato de “pura beneficencia”, sino un acto mediante el que se acata una práctica, que siendo la que verdaderamente lo provoca, puede decirse que es la causa de esa liberalidad».

Entre los mismos se incluyen todos aquellos que se ubican en la normalidad de la vida cotidiana de una familia como suelen ser los regalos de cumpleaños, onomásticas, Navidad, terminación de la carrera o cualquier otra celebración de un aniversario o acontecimiento... Ahora bien, se trata de un concepto muy indeterminado que habrá que comprobar, caso por caso, según las necesidades y posibilidades de cada núcleo familiar.

La SAP de Vizcaya, de 8 de julio de 2005 (JUR 238005) establece: «*Piden los recurrentes que doña Paula colacione dos conceptos: el teléfono móvil y el seguro del coche en los importes correspondientes a los años anteriores al fallecimiento del padre, estimando la sentencia recurrida que son gastos ordi-*

tación de lo gastado en una carrera se hará en la medida establecida para la colación en el Código Civil». También el artículo 273.1 de la derogada Compilación de Cataluña concretaba como colacionables «*salvo voluntad contraria del causante, expresada en testamento o en codicilo o al otorgar la donación o liberalidad, entre otras, lo recibido por el descendiente coheredero del causante para darle carrera profesional o artística o de otra clase; establecerle un negocio o industria, satisfacerle sus deudas o las primas de seguros de vida en su beneficio*».

(41) En este sentido, FORCIELLI, *op. cit.*, pág. 179, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «La donación remuneratoria y los preceptos de la donación ordinaria que le son o no aplicables», en *Revista de Derecho Privado*, enero de 2002, pág. 6.

(42) LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 197.

(43) ALBALADEJO GARCÍA, *La donación remuneratoria...*, cit., pág. 7.

narios que deben quedar incluidos en el artículo 1.041 del Código Civil. La sentencia recurrida, con un criterio que compartimos plenamente, afirma que dichos conceptos son comprensibles dentro de dicho precepto, habida cuenta que doña Paula vivía con su padre, al cual atendía y cuidaba, precisando de asistencia de terceros, dedicando tiempo y esfuerzo a sus atenciones. Por ello deben quedar comprendidos tanto en el concepto de gastos necesarios como de regalos de costumbre que el causante realizó a favor de su hija y conviviente». La SAP de Granada, de 26 de enero de 1998 (AC 3172), se plantea si un concreto gasto se puede incluir en tal concepto: «...sin que valga la interpretación que hace la apelante de que fue una donación pura, simple y gratuita, porque con esto no se cumple la exigencia de dispensa expresa, y tampoco puede asimilarse a “regalos de costumbre” del artículo 1.041 del Código Civil la donación de la mitad indivisa de la cosa».

La doctrina se ha planteado en qué momento el regalo deja de ser tal y se debe calificar como donación colacionable, «debe considerarse como donación lo que se ha sacado del capital y como regalo o presente lo que se hace con la renta» (44). GARCÍA GOYENA (45) consideraba que entre los regalos de costumbre se deberían incluir los de boda, aunque el Código Civil hace la diferenciación entre unos y otros.

2.6. Necesidades especiales

El segundo párrafo del artículo 1.041 del Código Civil ha sido incorporado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de la normativa tributaria con esta finalidad. «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad». El precepto se centra en los supuestos de discapacidad de uno o varios de los herederos forzosos. Como establece Díez-PICAZO (46): «dota de mayor amplitud al párrafo primero, porque no sólo se refiere a la educación, enfermedad y aprendizaje, sino a todos los gastos que cubran necesidades especiales». También se ha considerado innecesario dicho precepto al entender que se pueden incluir todos estos gastos en el concepto «enfermedades» del párrafo primero (47).

Ahora bien, el tenor del precepto es muy amplio, por lo que en el mismo caben multitud de supuestos, por lo que no es equiparable a «enfermedades»,

(44) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 276.

(45) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 442.

(46) Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pág. 539.

(47) En este sentido se pronuncia LACRUZ, *op. cit.*, pág. 143, «las deficiencias físicas y psíquicas no dejan de ser enfermedades, por muy permanentes que sean...».

porque se podrían incluir gastos relativos a adaptación de la vivienda, vehículo... A su vez, el artículo 1.041 del Código Civil alude a «*curación de enfermedades*» cuando nos podemos encontrar ante supuestos que, propiamente, no nos conducirán a una curación si no a unos simples gastos extraordinarios para sobrellevar la situación, sin que la misma tenga cura.

En primer lugar, hay que concretar que bajo el término, hoy en día muy difundido, «*niños con necesidades especiales*», se engloban situaciones muy diversas, tanto un autismo, un retraso o problema del habla, lenguaje o desarrollo, dificultades de visión o audición, niños con enfermedades crónicas, un síndrome de down o niños con discapacidades en el aprendizaje. Por lo que alguna de estas situaciones de necesidad especial no se pueden considerar enfermedades, sino que en muchos casos se trata de situaciones que requerirán una educación o cuidados especiales. Ahora bien, el legislador está confundiendo lo que se entiende por un niño con necesidades especiales (que quedaría englobado en alguna de las situaciones que hemos enumerado a título ejemplificativo) con las necesidades especiales que requiere un niño, en cuanto a los gastos extras que puede suponer.

Por consiguiente, todos los gastos enumerados en el precepto tratado en este apartado se refieren a gastos de algún tipo necesarios por parte del destinatario, por lo que en ningún caso están aumentando o enriqueciendo su patrimonio, que es lo que trata de evitar la colación. Por ello, se puede considerar innecesaria la referencia a todos ellos. Ahora bien, si nos situamos en la otra parte de la relación, o sea, desde el punto de vista del *de cuius*, sí que se está produciendo un empobrecimiento en su patrimonio.

III. GASTOS RELATIVAMENTE COLACIONABLES: ARTÍCULO 1.042 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 886 del Proyecto de 1851 establecía: «*Los gastos que el padre haga en dar á sus hijos la carrera de estudios, de las armas, diplomática ú otra que prepare para ejercer una profesión que requiera título, ó para el ejercicio de las artes liberales, por razón de título clerical, compra de algun oficio ú otro establecimiento y para el pago de sus deudas, se traeran á colación; pero se rebajará de ellos lo que el hijo habria gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres*». En relación a este precepto, GARCÍA GOYENA (48) manifestaba que: «La verdad es que los tales gastos son extraordinarios, y mejoran la condición del hijo para toda la vida; que para hacerlos ni el padre ni el hijo han tenido en cuenta para nada el procomunal; que las hembras, mas débiles y dignas por esto de mayor protección, saldrían siempre perjudicadas».

(48) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 444.

Dicho precepto recoge las denominadas donaciones *ob causam*, que exceden el oficio de piedad. Siguen el mismo régimen que los legados, se trata de gastos no colacionables, pero sí computables a efectos de inoficiosidad. Por tanto, propiamente se trata de un precepto de inoficiosidad.

Incluso, los conceptos recogidos en el artículo 1.041 del Código Civil, que aluden a una educación elemental, se deben comparar con el tenor del artículo 1.042 del Código Civil, que trata sobre los gastos por educación superior: «los gastos que éste hubiere hecho para dar a sus hijos una carrera profesional o artística», que pueden ser colacionables, o sea, son relativamente colacionables (49) al establecer el precepto: «cuando el padre lo disponga o perjudiquen a la legítima». En cuyo caso hay que realizar una operación compleja, habrá que deducir lo que habría gastado viviendo en familia: «se rebajará de ellos lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres».

Ahora bien, en nuestros días no tiene razón de ser que un precepto se refiera a aprendizaje y el siguiente a gastos por la carrera profesional o artística (50). Debido a que los gastos que supone una formación técnica de un concreto oficio se podrían equiparar a una carrera universitaria pública. O, incluso estos gastos universitarios, se podrían entender incluidos en el concepto «formación integral», del artículo 154 del Código Civil. Aunque, tal precisión es muy relativa porque habría que comprobar cada núcleo familiar a los efectos de comparar a los herederos forzosos, según las circunstancias. Como hemos manifestado al principio de la exposición, el fundamento de la colación no se encuentra en el hecho de igualar a los herederos forzosos desde el punto de vista cuantitativo, sino cualitativo, tal como realizan los artículos 832 y 1.061 (51). Debido a que partimos de la «voluntad del causante de que lo atribuido entre vivos lo fue a cuenta de su cuota sucesoria» (52). A efectos de salvar el precepto se podría entender que hace referencia a estudios de carácter postuniversitarios, como másters, postgrados, doctorados.

La razón de la exclusión de la colación de estos conceptos la encontramos, al igual que en el precepto anterior, en el artículo 154.1 del Código Civil: «procurarles una formación integral». Y suponen un beneficio igualitario para todos los herederos forzosos, pues existe la obligación respecto de todos ellos. Ahora bien, su carácter de posible bien colacionable deviene del

(49) Según expresión de DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 252.

(50) En este sentido, SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2449; VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 489, considera que «no revisten naturaleza de ser verdaderas donaciones, dada su peculiaridad y son más bien anticipos reintegrables al tiempo de la sucesión».

(51) En este sentido, PÉREZ ARDA, E., «El problema de la colación», en *RGLJ*, T. 109, Madrid, 1906, pág. 224.

(52) COCA PAYERAS, *op. cit.*, pág. 1099.

hecho de sobrepasar los límites del deber de sustento (53) de los padres para con sus hijos. Pudiendo considerarse dichos gastos una obligación ordinaria de alimentos (54).

El espíritu del artículo 1.042 del Código Civil nos sitúa ante unos gastos que pueden exceder de lo que se entiende por mero sustento y educación, por lo que se calificarían como una donación y, en tal caso, ser colacionables. A partir de la redacción actual, «tales gastos son donaciones que hay que llevar a la masa para calcular las legítimas, de acuerdo con el artículo 818, pero su imputación se hace a la parte libre, sin incluirlos en la cuota hereditaria. Pero todo ello salvo perjuicio de legítimas o disposición paterna» (55).

Sobre el particular también encontramos la STS de 15 de noviembre de 1989 (RJA 7886): «...lo que pretende el recurrente es que los gastos de la carrera de Derecho... se equiparen a los de enseñanza, de dicho precepto, ante lo que no serían colacionables pero, dada la explícita referencia que a dicha cuestión hace el artículo 1.042 ...poco importa que el artículo sea interpretado más o menos ampliamente...», y la STS de 15 de febrero de 2001 (RJA 1484): «La testadora, en la cláusula transcrita del testamento antes referenciado, hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (el “ajuar, cuando se casó”, dice el testamento). La primera, según el artículo 1.042 del Código Civil no es colacionable “sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga”, en cuyo caso se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de sus padres, como dispone el último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1.044 del Código Civil le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad».

IV. GASTOS COLACIONABLES: ARTÍCULO 1.043 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.040 del Código Civil, después de determinar que no se traerán a colación «...las donaciones hechas al consorte del hijo», concreta que en caso de que dichas donaciones «...hubieren sido hechas por el padre (56) conjuntamente a los dos, el hijo estará obligado a colacionar

(53) Véase: LLEDÓ YAGÜE, Francisco, *Derecho de Sucesiones, La comunidad hereditaria y la partición de herencia*, vol. IV, Universidad de Deusto, Bilbao, 1993, pág. 171.

(54) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 119.

(55) MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, *Derecho Civil, Derecho de Sucesiones* (coord.: CAPILLA RONCERO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 626.

(56) Realizando una pequeña precisión o puntualización debería decir padre o madre.

la mitad de la cosa donada». Por este precepto, el legislador vuelve a resaltar el espíritu de la colación. Sólo se colaciona lo que se ha donado directamente al patrimonio del heredero forzoso, no las liberalidades que recaigan sobre personas allegadas al mismo. Por tanto, en caso de donación conjunta, y a partir del tenor del artículo 637 del Código Civil, se presume realizada por partes iguales.

El artículo 1.043 del Código Civil establece una serie de gastos que son colacionables. Por consiguiente, a los efectos de liberar a los herederos forzosos de la colación deberá constar la voluntad expresa, o tácita, del *de cuius*. El legislador enumera una lista de gastos que no se realizan con todos los hijos, de ahí su peculiaridad, por lo que se pueden considerar, en cierto modo, poco habituales. Y, por ello, quiebra uno de los criterios o requisitos de no colacionabilidad que se dan en los otros preceptos como es el hecho de que no suponen un beneficio igualitario para los hijos, sino discriminatorio. CASTÁN (57) manifiesta que «en algunos de estos casos no hay verdadera adquisición de bienes por los hijos, reciben éstos un beneficio a costa del caudal paterno, que justifica la necesidad de colacionar».

1. PARA REDIMIR DE LA SUERTE DE SOLDADO

En primer lugar, «*las cantidades satisfechas por el padre para redimir a los hijos de la suerte de soldado*», habiendo desaparecido dicho supuesto en la actualidad de acuerdo con la legislación vigente, por lo que dicha referencia no es aplicable (58). Se trata de donaciones *ad emendam militiam*.

2. PAGAR SUS DEUDAS

En segundo lugar, «*pagar sus deudas*». Sólo son colacionables las cantidades satisfechas que se realicen con *animus donandi* porque, en caso contrario, si la deuda es exigible al hijo, éste se convertiría en deudor a la masa hereditaria y no se podría calificar tal acto como dona-

(57) CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, pág. 376.

(58) Véase: MANRESA, *op. cit.*, pág. 625: «En la época en que se publicó el Código Civil regía la Ley de Reclutamiento y Reemplazo de 11 de julio de 1885... En aquella ley, en armonía con el artículo 3.º de la Constitución política de España, se asentaba el principio de que el servicio es obligatorio para todos los españoles, pero este principio justo, educador y eminentemente de disciplina social, se anulaba después por las disposiciones de la misma ley que permitía la redención á metálico del servicio ordinario de guarnición, mediante el pago de 1.500 pesetas...».

ción (59). Se trata, como establece RUGGIERO (60), de que el heredero «que concorra a la sucesión con otros y que es deudor del difunto de traer a la masa las sumas que debe... no tiene por objeto aumentar la masa hereditaria (ya que en el haz hereditario figura ya el crédito contra el heredero), sino procurar en la división una igualdad de trato del heredero deudor que, teniendo en su mano las sumas que adeuda, puede satisfacer su derecho directamente y de los demás coherederos». Por ende, debe realizarse con ánimo de efectuar una liberalidad, artículo 1.035 del Código Civil.

La STS de 3 de junio de 1965 (RJA 3812) en un supuesto de pago de deudas: «*Que la ley, al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión “u otro título lucrativo”, pero en el concepto de “donación” habrá de comprenderse, tanto las que se llaman “propias”, incluidas en el artículo 618 del Código Civil, como las “impropias”, que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas, sin efectiva y simultánea transmisión de bienes; en cambio, cuando la ley habla, con carácter general, de otro título lucrativo, ha de entenderse que el mismo deberá reunir los requisitos de ser “derivativo” y dimanante del de cujus, con lo que se excluyen de los que no reúnan tales caracteres, siendo ajeno a la materia colacionable cuanto no sea lucro que proceda de la voluntad del causante, bien tenga por causa una obligación incumplida cualquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquier otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el artículo 1.035 del Código Civil*». Asimismo, esta sentencia diferencia entre la colación y la restitución a la masa hereditaria: «*quien colaciona es el dueño de los bienes adquiridos, cuyo valor se computa, a efectos de aportación y quien restituye, lo hace, precisamente, por no ser dueño de lo que percibió y retiene y cuya obligación de entrega, ha de cumplirse, a ser posible, in natura y con efectos bien diferenciales a los que acompañan, propiamente, a la verdadera colación*» (61).

(59) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 578; MUÑOZ GARCÍA, Carmen, *La colación como operación previa a la partición. Distinción de otras figuras afines a la misma*, Aranzadi, Navarra, 1998, pág. 152; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 229; ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 53, «de no resultar probado que el pago se hizo con ese ánimo, el crédito de reembolso contra el heredero será de la masa hereditaria y estará sujeto a prescripción».

(60) RUGGIERO, Roberto de, *Instituciones de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1978, pág. 394, establece que: «Tan distinta es esta colación de la verdadera y propia, que la obligación se da frente a cualquiera otro heredero y frente a los legatarios y acreedores hereditarios. De la obligación que incumbe al heredero deudor no puede éste quedar liberado renunciando a la herencia», véase CÍCU, Antonio, «La collazione dei debiti», en *Riv. Diritto Civile*, I, 1909, pág. 475 y sigs., y de este mismo autor, *Derecho...*, cit., pág. 1020.

(61) STS de 25 de mayo de 1992 (RJA 4378), que reproduce la sentencia parcialmente transcrita; STS de 17 de junio de 1994 (RJA 5317).

Ahora bien, anteriormente se recogía el supuesto contrario, o sea, deudas del padre contraídas por el hijo: «El Derecho romano y las Partidas declaran exentos de colación... las deudas que el hijo contrajere por mandato del padre y en beneficio de éste, pues lo contrario sería hacerle de peor condición que á los demás hermanos...» (62).

Se calificará como un pago de tercero al que le serían aplicables los artículos 1.158 y 1.159 del Código Civil. Por consiguiente, «el hecho de que el progenitor haya pagado una deuda del hijo no tiene por qué conllevar automáticamente su extinción; con lo que, en principio, habrá una subrogación del pagador en el crédito (arts. 1.210 a 1.213 del Código Civil), o bien un derecho a reclamar lo pagado o la medida en que el pago le hubiera sido útil al deudor (art. 1.158)» (63).

En la mayoría de supuestos, el problema será concretar cuándo se ha realizado la donación con tal voluntad y, consecuentemente, cuándo se ha producido una condonación de la deuda. Si acudimos a los preceptos referentes a esta institución comprobamos que: «*La condonación podrá hacerse expresa o tácitamente*», artículo 1.187 del Código Civil. O sea, la condonación tácita se realizará a través de actos concluyentes que pondrán de relieve la voluntad inequívoca de condonar y no requerirá forma alguna, por tanto, este tipo de condonación será la que encontremos en estos supuestos ahora tratados. Otra cuestión sería las condonaciones presuntas recogidas en los artículos 1.188, 1.189 y 1.191 del Código Civil. La STS de 6 de abril de 1998 (RJA 1913) (64) trata sobre una condonación *mortis causa* realizada a través de un legado de liberación: «...*la segunda donación que los recurrentes dicen que la causante hizo a su hijo el demandante, al condonarle, en su testamento de 27 de marzo de 1972, la deuda que con ella tenía contraída, al llevar dos años sin abonarle la renta o pensión mensual de dos mil pesetas, el expresado motivo también ha de fenecer, ya que, de ser cierta dicha deuda, ello no integraría en ningún caso una donación recibida por el supuesto donatario del presunto donante, en vida de éste (requisito este último —en vida del causante de la herencia— que es ineludible para que surja la obligación de colacionar, según el art. 1.035 del Código Civil), sino que podría constituir, si acaso, un legado de perdón o liberación de una deuda (art. 870 del Código Civil), pero ello no podría incardinarse en modo alguno en la obligación de colacionar, que es el tema debatido en este litigio...*».

A partir del artículo 1.043 del Código Civil, cualquier pago de deuda realizada por el padre o madre para pagar las deudas del hijo se presume que

(62) MOUTÓN Y OCAMPO, *op. cit.*, pág. 21.

(63) GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 182.

(64) GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, «Comentario a la STS de 6 de abril de 1998», en CCJC, núm. 48, septiembre-diciembre de 1998, pág. 1066.

es con ánimo liberal. LACRUZ (65) considera que las deudas «satisfechas sin aclarar en qué concepto, en un momento de necesidad del hijo, o incluso a título de préstamo, luego no se hacen efectivas realmente, habiendo una especie de condonación tácita suficiente para que el hijo no pueda, en su caso, ampararse en la prescripción, y para que los otros legitimarios puedan optar por la colación». Ahora bien, COLIN y CAPITANT (66) manifiestan que «la condonación de una deuda hecha al heredero por el difunto, ya sea formal o ya resulte de la devolución al mismo del título de la obligación, constituye una donación indirecta sujeta a colación». Todo ello nos sitúa ante el hecho que las donaciones deben ser dispensadas de colación de forma expresa (art. 1.036 del Código Civil) y se ha calificado a la dispensa de la colación como donación o como condonación, «libera al donatario de imputar lo dispensado en su sucesión, lo que es como perdonarle la deuda que tiene contraída a favor de sus cosucesores» (67).

En todo caso, se debe tratar de una deuda útil, o sea, exigible al hijo, porque en caso contrario, «aunque el causante haya experimentado un sacrificio patrimonial, no se produce el consiguiente beneficio para el heredero forzoso y no surge el deber de colación» (68). O sea, «en consecuencia, no será colacionable una deuda nula, e incluso solamente natural, aunque lo haga en interés del hijo» (69).

Se ha planteado el hecho de que la deuda haya prescrito. La opinión mayoritaria se decanta por entender que también se deberá producir la colación en estos casos. En este sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO (70) observa que «la deuda no reclamada puede quedar extinguida por prescripción extintiva, pero no prescribe el deber de colacionar; la obligación de pagar la deuda subsiste aunque se

(65) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 141; MANRESA, *op. cit.*, pág. 636, apunta que «en caso de duda, el hecho se considerará más bien donación, por deber presumirse esta solución la más conforme con la voluntad del causante, o con sus sentimientos hacia los que son sus herederos forzosos»; MUÑOZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 102, al defender dicha presunción manifiesta que de este modo se protegen los intereses de los coherederos, «si la presunción se establece a favor de considerarlo deuda, al no contemplarse en nuestro derecho un cobro preferente a favor de los demás coherederos, éstos podrían verse perjudicados al concurrir con otros acreedores; siendo contrario así a la finalidad misma de la propia institución».

(66) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 270, «el efecto de la condonación es provisional cuando se refiere al heredero. Éste está dispensado de pagar la deuda de momento, pero tiene que solventarla el día de la muerte del acreedor, colacionándola en la sucesión, a menos que ese no le haya dispensado de ella».

(67) ALBALADEJO GARCÍA, *La dispensa...*, cit., pág. 264.

(68) SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2452.

(69) ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 53, a lo que añade que se debe haber pagado en interés del hijo y sin la intención de rembolsar.

(70) DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Comentario a la STS de 28 de febrero de 2003», en CCJC, núm. 62, pág. 841; en el mismo sentido, SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2452; LACRUZ, *op. cit.*, pág. 578.

renuncie a la herencia, mientras que el donatario que renuncia a la misma no está obligado a colacionar; la obligación de colacionar se tiene frente a los demás herederos forzosos, mientras que la de pagar la deuda, tras el fallecimiento del acreedor, se tiene frente a cualquiera de los herederos y acreedores del caudal». En sentido contrario, otros autores consideran que: «La prescripción no se produce por voluntad del causante, sino que es un efecto legal independiente de aquélla; en realidad, la prescripción no extingue el crédito, que sigue vivo, pero ante la reclamación de los acreedores, el deudor puede oponer la prescripción, con lo que nada tendrá que colacionar» (71).

También se ha considerado el tema de los afianzamientos o garantías otorgadas por los padres para salvaguardar una deuda del hijo. En este sentido, «aun cuando sean retribuidos, no están sujetos a colación; si como consecuencia del mismo, hubiere de pagar el padre-fiador, será este pago hecho con ánimo liberatorio respecto del hijo-deudor el que haya de traerse a colación» (72). Ahora bien, hay que tener en cuenta que en cualquier caso se está poniendo en peligro el patrimonio familiar, en este caso del padre o madre (73).

Otros Ordenamientos se refieren al pago de las deudas de forma particular, es el caso del Codice Civile italiano, que en el artículo 741 establece: «*Está sujeto a colación aquello que el difunto ha gastado a favor de sus descendientes...para pagar sus deudas*» (74). Si bien, el Código Civil italiano de 1865 recogía dichos supuestos de forma más extensa y pormenorizada, en los artículos 991 y 992 (75). A su vez, el artículo 724 del Codice Civile actual establece en su segundo párrafo: «*Cada heredero debe imputar a su cuota las sumas de las que era deudor hacia el difunto y las de que es deudor hacia los coherederos con dependencia de las relaciones de comunidad*» (76). El legislador italiano realiza una diferenciación entre la colación de las donaciones y la imputación de las deudas, por lo que la remisión a las normas de la

(71) GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 184.

(72) SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2452.

(73) GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 185, considera que dicho acto respecto del padre: «crea un riesgo para su patrimonio, y además limita sus posibles actividades y su capacidad de endeudamiento, así que no se ve claro por qué el valor de la garantía no va a ser colacionable».

(74) «*È soggetto a collazione ciò che il difunto ha speso a favore dei suoi discendenti... per pagare i loro debiti*».

(75) El Codice Civile de 1865 establecía en el artículo 991: «*Cada uno de los coherederos, según norma de las reglas establecidas seguidamente, colaciona todo lo que le ha sido donado y las sumas de las que es deudor*».

(76) «*Ciascun erede deve imputare alla sua quota le somme di cui era debitore verso il defunto e quelle di cui è debitore verso i coeredi in dipendenza dei rapporti di comunione*». Respecto al procedimiento sobre el que opera la colación de deudas, véase CICU, *Derecho de Sucesiones...*, cit., pág. 1019; ANDREOLI, Giuseppe, *L'imputazione dei debiti*, Giuffrè, Milán, 1946.

colación es para las deudas. Además distingue entre las deudas contraídas con el causante y las contraídas con los coherederos.

En nuestro Ordenamiento no existe un precepto paralelo. Se ha pretendido ver una semejanza con el artículo 1.063 del Código Civil, pero como muy bien se ha expuesto: «es sólo una regla sobre que al partir hay que liquidar las cuentas de aquellos extremos a que tal artículo se refiere» (77). Por consiguiente, «sólo es posible afirmar que cabe perfectamente (en nuestro Ordenamiento), si los interesados lo acuerdan, que la deuda se mantenga, adjudicando a alguno de los coherederos el derecho a cobrarla del coheredero deudor; y a éste, puesto que en su pasivo particular anterior a la sucesión figuraba aquélla y allí sigue figurando después, adjudicarle bienes que completamente cubran su cuota, ya que ésta no queda cubierta en parte con la liberación de lo que debía» (78).

En Derecho francés, el Code establece en el artículo 829: «*Cada heredero traerá a la masa de bienes, según las reglas que más adelante se establecen, las donaciones que se le hayan hecho y las cantidades de las sumas de que es deudor*» (79). Se ha puesto de manifiesto (80) el privilegio o ventaja que supone para los coherederos el pago de estas deudas, debido a que este heredero forzoso lo que hará será tomar de menos de la herencia, o sea, en cualquier caso se verán resarcidos, lo que no ocurriría si la deuda en lugar de ser colacionada tuviese que ser pagada. En tal caso, los coherederos se encontrarían en concurrencia con otros acreedores. Se ha manifestado que dicho privilegio no es tal debido a que «proviene, en definitiva, este derecho de preferencia, de la circunstancia de que los coherederos tienen en su poder, a título de copropiedad, la parte del heredero deudor de la colación. Preferencia que no se extiende más allá de los bienes hereditarios que deben formar la porción del coheredero deudor, y que afecta a todos los acreedores, cualquiera que sea su título» (81).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta el artículo 816 del Código Civil: «*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula, y éstos podrán reclamarla cuando muera aquél; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por la*

(77) ALBALADEJO GARCÍA, en los comentarios a la obra de CÍCU, *op. cit.*, pág. 1017.

(78) ALBALADEJO GARCÍA, en las anotaciones a la obra de CÍCU, *op. cit.*, pág. 1017.

(79) «*Chaque cohéritier fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits, et des sommes dont il est débiteur*».

(80) MAZEAUD, Henri, y León, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Cuarta, vol. IV, «La partición del patrimonio familiar». Ejea, Buenos Aires, 1965, págs. 87 y 91, pone de manifiesto que se «somete a la colación las deudas a término, lo mismo que las deudas vencidas».

(81) MUÑOZ GARCÍA, *op. cit.*, pág. 99; COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 295, «no puede, por lo demás, asimilarse a un privilegio, pues este último supone un conflicto entre acreedores. Los copartícipes que efectúen aquél ejercitan simplemente un derecho más fuerte que el de los acreedores del sucesor deudor, derecho que no es otro que el de propiedad».

renuncia o transacción». Si bien, esta expresión «traer a colación» ha sido interpretada como «imputar a la legítima», o sea, no se refiere a la colación propiamente dicha.

3. CONSEGUIRLES UN TÍTULO DE HONOR

En tercer lugar, para «conseguirles un título de honor» se ha planteado que dichos gastos se pueden haber realizado «no en interés personal del hijo, sino para mantener un rango social en la familia» (82). Entre los mismos se comprenden «los nobiliarios, condecoraciones administrativas o militares, distinciones académicas, etc.» (83). LACRUZ (84) entiende que se incluirán «cuanto dio el padre para conseguir al hijo cualquier cargo o plaza sea económicamente útil o sea gravoso».

A todo ello se debe puntualizar que se trata de un gasto de escasa aplicación práctica en nuestros días, por lo que se aboga por su supresión.

4. OTROS GASTOS ANÁLOGOS

Y, por último, se hace referencia a «otros gastos análogos», con dicha cláusula de cierre el legislador establece una especie de cajón de sastre en el que podemos incluir multitud de supuestos. Entre los mismos, todos aquellos gastos realizados por los padres a los efectos de que el hijo pueda llevar a cabo su actividad profesional, por ejemplo, gastos de establecimiento de un despacho o un negocio.

La Compilación de Derecho Civil de Cataluña establecía que se colacionarían los bienes recibidos para «*darle alguna carrera profesional o artística o de otra clase; establecerle un negocio o industria*», dicha redacción ha sido sustituida (85) por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, derogada por el libro IV del Código Civil de Cataluña. A su vez, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte de Aragón; el artículo 48, que recoge las liberalidades no colacionables, remite al artículo 174.2 y entre otras liberalidades excepciona: «*Los gastos de... colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios*».

(82) ROCA JUAN, *op. cit.*, pág. 53.

(83) Enumeración recogida de SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2452.

(84) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 141.

(85) Tal término utiliza la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, Disposición Final Primera: «*Resten substituïts per aquesta Llei els articles 63 a 276 de la Compilació del Dret Civil de Catalunya i la Llei 9/1987, del 25 de maig, de Successió Intestada*».

En la legislación francesa un precepto particular se refiere a tales desembolsos, como es el artículo 851 del Código Civil: «*Debe colacionarse lo que se ha empleado para la instalación o establecimiento de uno de los coherederos*». Comentando dicho precepto, COLIN y CAPITANT (86) consideran que «la obligación de colacionar los gastos de establecimiento... se concilia muy bien con el principio de una obligación natural de dotar y establecer a los hijos... esos gastos para el establecimiento no son colacionables por el hijo cuando han sido sacados, no del capital, sino de la renta del *de cuius*».

También la doctrina incluye aquellos gastos por el rescate de un hijo, multas o fianzas (87). LACRUZ (88) manifiesta que se debe colacionar: «cuanto dio el padre para conseguir al hijo cualquier cargo o plaza, sea económicamente útil o sea gravoso; o, junto a las deudas pagadas *animo donandi* por el padre, aquéllas que, satisfechas sin aclarar en qué concepto, en un momento de necesidad del hijo, o incluso a título de préstamo, luego no se hacen efectivas realmente, habiendo una especie de condonación tácita...». Ahora bien, no se incluirán en este apartado todos estos gastos en tanto tengan la consideración de préstamo. O sea, se trata de una serie de gastos que exceden de lo que se consideraría el sustento normal, pero que cualquier padre, dentro de sus posibilidades, realizaría.

V. GASTOS COLACIONABLES SEGÚN EL *QUANTUM*: ARTÍCULO 1.044 DEL CÓDIGO CIVIL

A continuación tratamos los gastos contemplados en el artículo 1.044 del Código Civil, que serán colacionables dependiendo de la cuantía de los mismos: «*Los regalos de bodas consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos, sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento*».

Se viene criticando a este precepto su ubicación sistemática en el Código Civil, debido a que se refiere a la reducción de las donaciones a los efectos de cómputo de legítimas y no, propiamente, a la colación. Se trata de una norma de inoficiosidad sobre protección de las legítimas (89) y no de co-

(86) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pág. 271.

(87) En este sentido, VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 492; PASQUAU LIAÑO, Miguel, «Comentario al artículo 1.043», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, coordinación: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ, Trivium, Madrid, 1991, pág. 1178.

(88) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 141.

(89) En este sentido, Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 582; LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 292, considera que debería estar colocado junto con los preceptos que tratan sobre la legítima; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 212, «Comentario a la STS de 6 de abril de 1998»..., cit., pág. 1067. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 66, ha propugnado la desaparición del precepto.

lación. Llama la atención que, en sede de colación, se aluda a la inoficiosidad que nos conduce a la computación e imputación y no, propiamente, a la colacionabilidad. LLEDÓ YAGÜE (90) manifiesta que «la norma del precepto es una limitación a la reducción por inoficiosidad: a pesar de excederse de lo que corresponde al beneficiario, perjudicando la legítima de los demás, no hay reducción si las liberalidades no exceden de una determinada cuantía». Es una norma de computación que aparece mal situada sistemáticamente junto con los preceptos atinentes a la colación. Como hemos establecido, al tratar las cuestiones previas, a lo largo del articulado del Código Civil se confunde la colación y la computación de las legítimas. Otros (91) precisan que «aunque literalmente esté pensando este precepto en la reducción, hay que entenderlo también referido a la colación, de modo que, por una parte, el regalo es reducible en lo que exceda de la décima parte de lo disponible en testamento, si junto a las demás donaciones no caben en la parte libre. Por otra parte, ese exceso es colacionable en la herencia del causante». Incluso la redacción del Proyecto de 1851, artículo 880, hacía referencia a la reducción por inoficiosidad, en cambio, GARCÍA GOYENA (92), cuando lo interpreta, alude tanto a la colación como a la computación por inoficiosidad: «En nuestro artículo se ha tomado un término medio, sujetando únicamente á colación y declaración de inoficiosidad el exceso en un décimo ó mas de la cantidad disponible».

La STS de 15 de febrero de 2001 (RJA 1484) trata sobre los regalos de boda: *«La testadora... hace referencia a dos atribuciones a título gratuito; los gastos para una carrera profesional (de magisterio en el presente caso) y los regalos de boda (el ajuar, cuando se casó, dice el testamento). La primera, según el artículo 1.042 del Código Civil no es colacionable «sino cuando el padre (la madre en el presente caso) lo disponga», en cuyo caso, se calculará el mayor gasto de tal carrera profesional, respecto a si se hubiera limitado a vivir en la casa de sus padres, como dispone su último inciso. La segunda sí es colacionable y el artículo 1.044 del Código Civil le da un trato de favor a efectos, exclusivamente, de reducción por inoficiosidad. En dicha cláusula, cuando la testadora dispone que no le deja nada por testamento, porque ya se lo dio en vida, está imponiendo la obligación de colacionar ambas donaciones: la de gastos de carrera profesional, artículo 1.042, y la de regalos de boda, artículo 1.044. Existen, pues, dos atribuciones a título gratuito colacionables, que se computan para la fijación de la legítima, se imputan a la legitimaria demandante en su legítima y constituyeron una atribución en pago de la legítima».*

El legislador realiza una enumeración de lo que se entiende por regalos de boda: *«consistentes en joyas, vestidos y equipos»*. Entre los mismos se inclu-

(90) LLEDÓ YAGÜE, *op. cit.*, pág. 172.

(91) MONTÉS PENADÉS, *op. cit.*, pág. 627.

(92) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 442.

yen las joyas de cualquier tipo, con independencia de su mayor o menor valor. Entre los vestidos ubicamos lo que se considera el ajuar de la casa, o sea, sábanas, manteles..., y entre los equipos: las vajillas, cristalerías, cuberterías... El legislador redacta esta enumeración de forma cerrada y no meramente enunciativa. Por consiguiente, ciertos regalos como son el mobiliario, cuadros..., es cuestionable si tendrían o no cabida en el concepto de «equipos».

Como establecía GARCÍA GOYENA (93): «Los gastos que ocasiona la solemnidad de las bodas interesan al honor de sus padres, y perecen así que son hechos: los de los regalos duran, son útiles y cubren una carga ú obligación propia del hijo». Los gastos de boda se califican como no colacionables, si bien, los regalos de boda se deben colacionar según el *quantum*. Este planteamiento no se puede sostener al tratarse estos regalos de liberalidades de uso, o regalos de costumbre, por lo que se debe relacionar este precepto con el artículo 1.041 del Código Civil, que expresamente hace referencia a los «regalos de costumbre». Incluso el Discurso Preliminar del Code, al justificar el artículo 852, establece: «Los gastos ordinarios de equipos ó bodas, y los regalos de costumbre, son de parte del padre una deuda, y no una liberalidad; al dar la vida á sus hijos, contrajo la obligación de mantenerlos, educarlos y equiparlos». Así, se podría diferenciar entre los gastos por la boda que se incluirían en el supuesto del artículo 1.041 del Código Civil y los regalos de boda del artículo 1.044 del Código Civil.

En relación a los gastos por la celebración de la boda se pronuncia la STS de 11 de marzo de 1929: «No existe entre madre e hija el recíproco carácter de deudora y acreedora para apreciar la compensación pretendida y, finalmente, no hay relación contractual en virtud de la cual por el hecho de los encargos realizados y gastos hechos con motivo del casamiento de la actora quedará ésta obligada para con su madre».

Este precepto, un tanto confuso, no recoge de forma tajante la virtualidad colacionable o no de dichos gastos, sino que dependerá de la concreta cuantía: «no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento». Se establece un baremo a los efectos de determinar si es colacionable o no, y la concreta cantidad es debida a reminiscencias pasadas, al igual que la utilización del término inoficiosos (94). Por lo que se manifiesta que supone una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima. Se ha criticado la utilización de la preposición «en» en lugar de «de». La expresión se interpreta de la siguiente manera: «...el precepto quiere referirse a los excesos de dichos regalos

(93) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 442; VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 493, manifiesta que «el destinatario exclusivo no es el hijo, sino la familia, que mantiene su prestigio y posición social».

(94) Sobre los antecedentes históricos de este precepto, véase GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 206 y sigs.

sobre la décima parte de la cantidad disponible por testamento» (95). La parte de la masa hereditaria, a que alude el precepto, es el tercio de libre disposición.

Ahora bien, hay quien entiende que el precepto se refiere «a los regalos de boda hechos por el marido a la mujer en el momento de la boda en remuneración de la dote... no puede referirse el Código a las donaciones hechas por los padres a los hijos, porque no se entendería que hubiera de colacionarse la dote, y no el correspondiente o equivalente a ella» (96), por lo que se configuran tales regalos como una donación remuneratoria.

El Codice Civile tiene una redacción más simple al establecer como límite: «*Le spese per il corredo nuziale... sono soggette a collazione solo per quanto eccedono notevolmente la misura ordinaria, tenuto conto delle condizioni economiche del difunto*», artículo 742.2. Se debe prestar especial atención a la expresión «*notevolmente la misura ordinaria*», o sea, notablemente la medida ordinaria o usual. Usual no sólo desde un punto de vista cualitativo sino también cuantitativo (97). Se trata de gastos referentes al ajuar nupcial, se diferencia entre los gastos propiamente referidos a la boda que sitúa entre los no colacionables, en el apartado primero del artículo 742: «*Non sono soggette a collazione le spese... ordinarie fatte per... nozze*» (98) y, los gastos por causa de matrimonio ubicados en el artículo 741 entre los gastos colacionables. En este sentido, el artículo 741 del Codice Civile: *Collazione di assegnazioni varie*. «*È soggetto a collazione ciò che il defunto ha speso a favore dei suoi discendenti per assegnazioni fatte a causa di matrimonio*». Ahora bien, la interpretación de este último precepto se debe unir con el último párrafo del artículo 770 del Codice Civile: «*Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi*», por lo que se puede cuestionar su aplicabilidad en determinados casos.

Se ha planteado si dichos preceptos se deben hacer extensibles a los que se realicen con motivo de la celebración de la constitución de una pareja estable (99). A partir de la regulación que se ha venido realizando en materia

(95) SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2453, quien también se plantea la utilización de la expresión *o más*; GARCÍA-RIPOLL, *op. cit.*, pág. 213, recoge un ejemplo: «si el donador causante tiene un caudal computable en principio de 90, e hijos o descendientes, podrá regalar nueve unidades sin cómputo a efectos de legítima. Sobre las 81 restantes se hará la imputación a la legítima estricta, a la mejora y al tercio libre».

(96) GARCÍA-RIPOLL, *op. cit.*, pág. 212.

(97) En este sentido, GIANNATTASIO, Carlo, *Delle successioni*, Libro II, Tomo Terzo, Utet, Turín, 1970, pág. 126, establece: «la non eccedenza della misura ordinaria è sinonimo di misura usuale, con riguardo all'usualità tanto qualitativa quanto quantitativa, sicché la condotta di ocluí che ha sostenuto la spesa sia l'espressione di una pratica sociale diffusa e radicata»; FORCHIELLI, *op. cit.*, pág. 181.

(98) CICU, *op. cit.*, pág. 964, establece que «se trata de gastos para la celebración del matrimonio y fiestas correspondientes, que novan en beneficio del hijo».

(99) Así encontramos a VILLAGÓMEZ RODIL, *op. cit.*, pág. 493; PASQUAU LIAÑO, *op. cit.*, pág. 1179.

sucesoria, por distintas Comunidades Autónomas, que equiparan los miembros de la pareja estable a los cónyuges, habría que admitir su aplicación.

En otro orden de consideraciones, según el artículo 1.035 del Código Civil, que define y concreta la colación, se «*deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote...*», por lo que al recogerse la dote se ha manifestado que «sería incongruente declarar colacionable la dote, y no un tipo de donación que constituye un equivalente de la dote propiamente dicha» (100), como son los gastos tratados en este apartado. Ahora bien, actualmente la dote ha perdido la virtualidad que tenía en el pasado y ha quedado como un resquicio en este precepto. Al tener, hoy en día, un carácter voluntario, su naturaleza jurídica hace que se aproxime a las donaciones. Por consiguiente, en tanto dicha adjudicación se produjese, se debería colacionar. La misma podría quedar encubierta bajo la apariencia de un regalo de boda que, como sabemos, no son colacionables, por el propio tenor del precepto y porque se pueden calificar como liberalidad de uso.

Otra referencia a la dote la encontramos también en sede de colación y, particularmente, en el artículo 1.046 del Código Civil: «*La dote o donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. La hecha por uno solo se colacionará en su herencia*». Como establece LACRUZ (101), «las liberalidades conjuntas de los cónyuges se colacionarán en sus herencias respectivas en la proporción en que fueron hechas con bienes privativos de cada uno y sólo por mitad en cuanto se han realizado válidamente con gananciales o no consta la proporción aportada por cada donante».

A su vez, hay que tener en cuenta que dicha institución sigue teniendo una regulación específica, por ejemplo, en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (Ley 8/1990, de 28 de junio), artículo 5 para las Islas de Mallorca y Menorca: «*La dote será siempre voluntaria y se regulará por lo establecido en la escritura de constitución y, supletoriamente, por el régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla*». Artículo 66.5 para las Islas de Ibiza y Formentera: «*Cuando las estipulaciones capitulares se refieran a instituciones familiares y sucesorias consuetudinarias, tales como constitución de dote... se estará a lo pactado, y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre*». Y, el artículo 67.2.2: «*Si existe dote u otros bienes afectos al sostenimiento de las cargas familiares, sus frutos y rentas se aplicarán preferentemente a dicho fin*».

(100) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 292.

(101) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 142.

VI. LAS DONACIONES REMUNERATORIAS

Nos planteamos este tipo de donaciones porque, así como en relación a otras, como pueden ser las donaciones simuladas e indirectas, no hay ningún tipo de discusión en relación a su colacionabilidad, respecto a éstas se cuestiona su colacionabilidad y el límite de la misma. El motivo de la confusión tiene su raíz en el hecho de que Justiniano, por la Novela 18, diferencia entre las donaciones simples y *ob causam*, a partir de este momento las donaciones *ob causam* serán colacionables: la nupcial, la *ad emendam militiam*, la dote... no incluyéndose entre las mismas a las remuneratorias.

Si partimos del artículo 1.035 del Código Civil, debido a su amplitud de redacción, *a priori* se entenderían colacionables las donaciones remuneratorias, ya que se debe colacionar lo recibido por «donación», sin realizar el precepto ninguna diferenciación al respecto. Deben haber sido hechas, como presupuesto ineludible de la colación, a los herederos forzosos (102). Y no se debe haber producido su dispensa.

El concepto de donación remuneratoria lo otorga el artículo 619 del Código Civil: «*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*». Y, de acuerdo con el artículo 622 del Código Civil, el régimen jurídico aplicable son «*las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*».

Por tanto, la cuestión principal será determinar si la donación remuneratoria se puede calificar como una auténtica donación (103). Dicha figura dispone de ciertos rasgos de un *negotium mixtum cum donatione* (104), aunque no tiene causa onerosa. Si bien, se deben calificar como una auténtica donación «*es también donación... o aquella en que se impone...*» (art. 619 del Código Civil) y encontramos los requisitos esenciales de toda donación como es el enriquecimiento-empobrecimiento y el *animus donandi*. Incluyéndolas entre las donaciones típicas, pero no con gratuidad espontánea, que serían las recogidas en el artículo 618 del Código Civil. Sino, entre las donaciones con gratuidad motiva-

(102) Véase ALONSO PÉREZ, Mariano, «La colación de las donaciones remuneratorias», en *RCDI*, 1967, pág. 1029, que recoge la polémica surgida en torno a tal tema entre MANRESA y MORELL, a principios de siglo XX, el primero defendía que sólo eran colacionables las hechas a herederos forzosos, y el segundo tanto las realizadas a herederos forzosos como a extraños.

(103) Sobre el tema, véase LÓPEZ PALOP, «La donación remuneratoria», en *AAMN*, T. III, 1946, pág. 9; ROCA SASTRE, Ramón María, «La donación remuneratoria», en *Estudios de Derecho Privado*, I, Ed. Revista Derecho Privado, Madrid, 1948, pág. 521.

(104) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 1041, establece que «el carácter remuneratorio no transforma la donación en negocio mixto, como si yuxtapusiéramos donación y negocio oneroso; aquella permanece donación en su totalidad, disciplinada, eso sí, de una manera especial en alguno de sus aspectos, dados los motivos que la inspiran».

da entre las que subsumimos a las remuneratorias y onerosas. Al respecto, DE CASTRO (105) considera que «la donación, cuando remunera méritos o servicios pasados, se considera siempre donación pura (art. 619 del Código Civil)». A todo ello hay que apuntar que la colacionabilidad de tal donación va en contra del propio fundamento de dicha donación, al estar sustentadas en la idea de gratuidad o reconocimiento por unos hechos realizados (106). Y la donación por méritos, *ob merita*, se considera, por cierto sector doctrinal, que no es una auténtica donación remuneratoria, sino solamente la que se realiza por los servicios prestados (107).

La idea que se va imponiendo, y que recoge la jurisprudencia, es que se colacionarán en la cantidad que exceda del valor del mérito o servicio que se compensa o que se ha prestado. Se colacionan los bienes recibidos en la parte en que se ha producido el enriquecimiento y el correspondiente empobrecimiento. Así, la colación no se justifica tanto porque se haya realizado a título lucrativo (art. 1.035 del Código Civil), sino porque ha supuesto un enriquecimiento y un empobrecimiento. Las donaciones tratadas, en el Proyecto de 1851, quedaban sometidas a las normas sobre los contratos onerosos (art. 945), por lo que debido a la corrección del legislador en el texto definitivo se deben entender sometidas al régimen de las donaciones expuesto.

De acuerdo con la STS de 29 de julio de 2005 (RJA 6562) (108): «...la idea de remuneración y de causa remuneratoria, tal y como aparece en el Código Civil (arts. 619, 622, 862 y 1.274 del Código Civil) no cambia el estado de cosas que resulta de la apreciación de la Sala de instancia. El artículo 1.274 considera la remuneración o el ánimo de remunerar y como causa del contrato, junto con la contraprestación o promesa en los contratos onerosos y el “ánimo liberal del bienhechor” en los gratuitos. La donación remuneratoria se sitúa en la órbita de los gratuitos, pues cabe decir que

(105) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 268.

(106) En este sentido, CÍCU, *op. cit.*, pág. 959; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 1055, «De aplicar el artículo 622, llegaríamos, por lo que a la colación se refiere, a una evidente injusticia... y la injusticia consistiría en que lo donado, simplemente, sería colacionable, mientras no lo sería lo que se diera por remuneración hasta el límite del servicio prestado por el donatario...».

(107) En relación a esta problemática, véase ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 1045.

(108) Véase: SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma, «Nulidad o eficacia de la donación que persigue lesionar la legítima: ¿Un problema de ilicitud causal? (Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 2005)», en *Nulidad*, 2006, Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos (<http://www.codigo-civil.info/nulidad/odel/document.php?id=279>), establece que «...el Tribunal diferencia entre las donaciones puras de las remuneratorias, entendiendo que si preside tales intenciones en el donante, en las primeras tachan de ilicitud la causa del negocio, mientras que lo niega en las segundas, apreciando una intencionalidad diferente que se convierte en causa única y excluyente del perjuicio».

si no hay liberalidad (o ánimo liberal) hay forzosamente onerosidad, en consideración a que si el servicio o beneficio diera lugar a deuda exigible, no cabría hablar de remuneración, sino de contraprestación y de carácter oneroso (art. 619 del Código Civil)... Ahora bien, el artículo 622 del Código Civil sólo considera verdadera donación la parte que excede del gravamen impuesto, frase de difícil comprensión que sólo puede entenderse en sentido figurado, como que es verdadera donación la parte de atribución que excede del valor del servicio prestado, y por ello sólo en esa parte cabe aplicar a una donación remuneratoria el régimen de colación, reunión ficticia, reducción, o la presunción de fraude, que preceptos como los artículos 1297.1 y 643.2 del Código Civil refieren a las donaciones, o acaso el sistema de revocación...». La SAP de Barcelona, de 28 de noviembre de 2004 (JUR 28745), claramente establece: «Asimismo, tiene declarado el TSJC... que deben computarse las donaciones remuneratorias en la parte que excede del valor de la carga, gravamen o modo impuesto, computándose la parte del negocio con causa gratuita».

Entre los partidarios de excluir de la colación este tipo de donaciones se sitúa LACRUZ (109), quien, partiendo del artículo 622 del Código Civil, considera que «al no aludir expresamente a ellas el Código Civil, en tema de colación, deben entenderse excluidas, como lo están de la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos o ingratitud, o de la presunción de fraude en la quiebra (art. 880.5.º del Código de Comercio)». Otros autores, tal es el caso de ROCA JUAN (110), entienden que se dispensa de forma tácita la colación, «porque con dificultad puede admitirse que el donante quiera, y al mismo tiempo no quiera, remunerar esos servicios o méritos del donatario».

Hay que recalcar la imprecisión de redacción del artículo 622 del Código Civil que hace referencia al «valor del gravamen impuesto», cuando es sabido que en dichas donaciones no hay ningún tipo de gravamen, carga o modo, sino únicamente méritos o servicios remunerados (111). ALBALADEJO (112) realiza una diferenciación: «La remuneratoria, por méritos (cfr. art. 619), creo que es una donación normal (cfr. art. 1.274), sujeta íntegramente a colación. La remuneratoria por servicios prestados parece que, en cuanto al exceso de lo donado sobre el valor del servicio, procederá la colación, aplicando la defectuosa expresión del artículo 622, del que se obtiene tal conclusión, equiparando en él, a «gravamen impuesto» (en las con causa onerosa) «servicio

(109) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 142.

(110) ROCA JUAN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIV, vol. 2, «Comentario al artículo 1.035»..., cit., pág. 25.

(111) Véase, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, *La donación remuneratoria...*, cit., pág. 16.

(112) ALBALADEJO, *Derecho de...*, anotaciones a la obra de Cicu, *op. cit.*, pág. 960; *La donación remuneratoria...*, cit., pág. 36.

prestado» (en las remuneratorias)». DE DIEGO (113), «si los servicios por los que se hace la donación constituyen deudas exigibles o el gravamen impuesto es equivalente al valor de lo donado, como dejan de ser donaciones, no son colacionables; en lo que exceda o importe más de lo donado del gravamen o servicio remunerado podrá considerarse como donación, y en tal respecto, colacionable».

Como hemos manifestado, la opinión que se impone (114) es que sólo se colacionará el exceso, o sea, el valor que exceda del servicio remunerado. Por tanto, se les aplican las normas propias de las donaciones en todas aquellas cuestiones que no tengan que ver con la relación cosa-mérito-servicio prestado. Cuando se trata de establecer el régimen de las relaciones cosa-mérito-servicio prestado, habrá que acudir al tenor del artículo 622 del Código Civil y aplicar las normas de los contratos onerosos, hasta donde concurren el valor del servicio y el valor de lo donado, y para el resto se tratará como una auténtica donación. Este planteamiento nos sitúa ante la dificultad de tener que comprobar el valor del mérito o servicio y el de la donación que, en la mayoría de casos, será verdaderamente problemático.

RESUMEN

COLACIÓN

Por el presente trabajo se realiza un estudio de la institución de la colación, si bien, centrándose en unos preceptos concretos, como son los artículos 1.041 a 1.044, aquellos que abordan el objeto de la colación, o sea, las liberalidades o atribuciones excluidas e incluidas en la misma. Lo que nos sitúa ante los gastos ocasionados por alimentos, educación y

ABSTRACT

COLLATION

This paper studies the institution of the hotchpot, although it focuses specifically on articles 1.041 to 1.044, which address the object of the hotchpot, i.e., the liberalities or advancements excluded and included therein. Thus we look at expenditures paid for food, education and learning, medical treatment, ordinary outfitting, customary gifts, special

(113) DE DIEGO y GUTIÉRREZ, Felipe Clemente, *Instituciones de Derecho Civil*, T. III, Góngora, Madrid, 1959, pág. 417. En igual sentido se pronuncian: SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2436; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 239, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XI, 1982, pág. 168.

(114) Por el contrario, hay quien entiende que la opinión mayoritaria va en contra del sentido de la donación remuneratoria, ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pág. 1065, «basada en móviles de gratitud y reconocimiento por unos servicios que se retribuyen sin obligación de hacerlo». En contra de tal opinión, ALBALADEJO, *La donación remuneratoria...*, cit., pág. 37, al considerar que comete dos fallos: «no ha tomado en cuenta ALONSO que hasta la concurrencia del valor del servicio, no se colaciona la donación remuneratoria. Y el otro fallo es el de que lo que el valor de lo donado exceda del valor del servicio, no siendo remuneración sino donación pura, procede colacionarlo como tal».

aprendizaje, curación de enfermedades, equipo ordinario, regalos de costumbre, necesidades especiales, pagar sus deudas, conseguirles un título de honor.

Se trata de una serie de preceptos faltos de una redacción acorde con la actualidad, por ello necesitan que se realice una reinterpretación de acuerdo con la realidad social del tiempo. Todo ello nos ha conducido a que, en determinados casos, abogemos por su derogación. Planteado así el estudio, cabe poner de relieve que no nos adentramos en otras cuestiones, como pueden ser los presupuestos, fundamento, naturaleza o valoración de los bienes colacionables. No nos referimos a los distintos actos o negocios jurídicos a título gratuito que pueden ser objeto de colación, sino que incidimos sobre los gastos, propiamente dichos, con independencia de la institución que ha servido de base para realizar esa liberalidad. Con la excepción de la donación remuneratoria a la que dedicamos unas líneas por las particularidades que comporta. Además, se trata el régimen de colación respecto de algo que no son, propiamente, donaciones, sino «gastos» que el causante realiza en vida debido a la especial relación y, en algunos casos, porque está obligado a ello.

needs, payment of debts, achievement of a title.

Articles 1.041 to 1.044 are not worded for use in the present day. Therefore they need to be reinterpreted in tune with the social realities of the times. We are therefore led in certain cases to espouse their repeal. Looking thus at the study, it might be stressed that we do not enter into other issues, such as the events, foundation, nature or appraisal of the assets in a hotchpot. We do not refer to the different gratuitous legal acts that may be included, but instead we emphasize expenditures proper, independently of the institution that served as the basis for the liberality, with the exception of remunerative gifts, to which we dedicate a few lines due to the special features therein entailed. In addition, there is discussion of the hotchpot regimen with respect to things that are not properly gifts, but «expenditures» that the testator makes in life due to the special relationship and in some cases because the testator is obliged so to do.

(Trabajo recibido el 23-05-07 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

DICTÁMENES Y NOTAS

Propuesta teórica y metodológica para el estudio comparado del Derecho de inmigración

por

ELIA MARZAL

Profesora de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho-ESADE. Universidad Ramon Llull

SUMARIO

LA PERSPECTIVA.

EL INSTRUMENTO.

LAS CATEGORÍAS DE ANÁLISIS.

EL MÉTODO.

LOS PAÍSES CONSIDERADOS Y SUS RESPECTIVOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS Y ESTRUCTURA.

El proceso de concesión de protección a los extranjeros, así como la explicación de sus causas, constituyen cuestiones que han sido objeto de un debate largo e intenso. La progresiva consolidación en los países de acogida de un estatus de los extranjeros parece en efecto contradecir la tendencia restrictiva iniciada con la crisis del petróleo de 1973, y que en la mayoría de países occidentales finalmente se tradujo en el principio general de rechazo de toda nueva llegada. Un principio éste que además habría de verse progresivamente reforzado por la construcción de la Unión Europea y por el efecto exclusivo que esta construcción comporta frente a los nacionales de terceros Estados. Esencialmente, los temores expresados ante el fenómeno de la inmigración por parte de los Gobiernos o, incluso, por un amplio sector de la

población de las sociedades de acogida, no hacían previsible el tipo de derechos que han acabado siendo reconocidos (1).

Se han propuesto análisis muy distintos de este fenómeno. Desde posiciones posmodernistas y globalistas se ha argumentado, por ejemplo, que el movimiento internacional de protección de derechos humanos, tal y como se consolida e institucionaliza tras la Segunda Guerra Mundial, ha sido determinante en la evolución del estatus de los extranjeros en los sistemas nacionales. Desde esta perspectiva, las constituciones nacionales constituirían un reflejo de esa influencia internacional, e instituciones jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) habrían tenido un impacto revolucionario en las prerrogativas soberanas y tradicionales de los Estados. Más aún, de acuerdo con algunas de estas teorías, la influencia de esa corriente internacional habría implicado la transformación de nociones fundamentales tales como la de ciudadanía. Estas teorías entienden que esa influencia ha llevado a la emergencia de un tipo posnacional de ciudadanía, que se basaría en una concepción humanitaria y universalista de la persona, en vez de en los vínculos territoriales con el Estado. En última instancia, esta nueva ciudadanía emergente explicaría el reconocimiento progresivo a los extranjeros de un estatus prácticamente equivalente al disfrutado por los nacionales, independientemente, por tanto, de su nacionalidad (2).

Otras teorías, en cambio, interpretan menos positivamente el impacto final del Derecho internacional, y sostienen que esta influencia es como mucho sólo indirecta. Consideran que es más bien la utilización por los Estados del discurso internacional de derechos humanos, como modo de auto-legitimación ante la comunidad internacional, lo que en realidad lleva a la evolución de los sistemas nacionales (3). En este sentido, serían principalmente las circunstancias internas de cada país las que determinan la asunción o no de

(1) Con relación a esta cuestión, muchos sociólogos y politólogos llegan a conclusiones parecidas: la incapacidad de los Estados de controlar la inmigración tras el aumento del desempleo en Europa. Véase, por ejemplo, CORNELIUS, Wayne A., MARTIN, Philip L., y HOLLIFIELD, James F., *Controlling immigration, a global perspective*, California, San Diego, Stanford University Press, 1994; o HOLLIFIELD, James F., *Immigrants, markets, and states: the political economy of postwar Europe*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992. En este último, HOLLIFIELD analiza cómo el desarrollo del mercado libre y de los derechos humanos ha impedido, o al menos complicado, políticas gubernamentales de freno total de la inmigración.

(2) Véase SOYSAL, Yasemine, *Limits of citizenship*, Chicago, Chicago University Press, 1994. Con relación al impacto de la inmigración en la ciudadanía, véase también JOPPKE, Christian, «How immigration is changing citizenship», en *Ethnic and Racial Studies*, 22, 4, págs. 629-652, 1999, en el que el autor realiza una comparación entre Alemania, Gran Bretaña y los Estados Unidos de América.

(3) Véase, por ejemplo, GUROWITZ, Amy, «Mobilizing international norms: domestic actors, immigrants, and the Japanese State», en *World Politics*, 51, 413-45, 1999, quien se refiere para su análisis al caso de Japón.

las normas internacionales, en función, en definitiva, de un planteamiento gubernamental instrumentalista de esas normas (4).

De hecho, algunos de estos análisis más bien descartan el impacto real de los mecanismos internacionales, y se centran en cambio en el proceso interno por el que se confiere protección a los extranjeros (5). Desde su perspectiva, es el razonamiento concreto seguido en cada uno de los Estados de acogida lo que ha hecho posible la emergencia de una protección para los extranjeros, y lo que en realidad explica las diferencias entre modelos nacionales migratorios (6).

(4) Véase también, en este sentido, RUIZ FABRI, Hélène, «Droits de l'Homme et souveraineté de l'État: les frontières, ont-elles été substantiellement redéfinies?», en *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001. RUIZ FABRI plantea la cuestión de si la emergencia progresiva del discurso internacional de derechos humanos ha comportado un co-relativo debilitamiento de las prerrogativas soberanas de los Estados. En opinión de esta autora, tal correlación no es todavía observable. Bajo la reivindicación de los mecanismos internacionales subyace la idea de que los Estados no pueden asegurar, por sí solos, la protección de los derechos humanos y de que, más aún, pueden incluso dificultarla. Sin embargo, de acuerdo con RUIZ FABRI, la imposición de límites a las prerrogativas estatales no va a significar necesariamente una mejor protección de los derechos humanos. Para lograrlo, resultaría necesario introducir medidas adicionales. Según RUIZ FABRI, más que derogar la idea de la soberanía estatal, deberíamos reformularla.

(5) Véanse, entre otros, GUIRAUDON, Virginie, «International Human Rights norms and their incorporation: the protection of aliens in Europe», en *EUI working papers of the European Forum*, núm. 98/4, 1998; de la misma autora, «The Marshallian triptych re-ordered: the role of courts and bureaucracies in furthering migrant social rights», en *EUI working papers of the European Forum*, núm. 99/1, 1999; y JOPKE, Christian, «The Legal-Domestic Sources of Immigrant Rights: the United States, Germany, and the European Union», en *Comparative Political Studies*, 34, 4, 339-366, 2001.

(6) Véase SCHNAPPER, Dominique, *L'Europe des immigrés: essai sur les politiques d'immigration*, Paris, Bourin, 1992, para una comparación entre diferentes modelos de inmigración desde la perspectiva del trasfondo histórico y político de los países de acogida. Se trata, en última instancia, de una reflexión sobre cómo la historia de cada nación y el proceso de construcción de la identidad nacional condicionan esencialmente la definición de las políticas de inmigración. Igualmente sugerente, en este sentido, resulta la interpretación de BRUBAKER de las políticas actuales de inmigración y de los modelos de nacionalidad, que realiza a partir de una reconstrucción histórica y sociológica de la idea del Estado-nación (BRUBAKER, Rogers, «Einwanderung und Nationalstaat in Frankreich und Deutschland», en *Der Staat*, 1-30, 1989). Fundamentalmente, BRUBAKER construye su tesis a partir de los casos de Francia y Alemania, como representativos de dos paradigmas que corresponderían, respectivamente, a las tradiciones del *ius soli* y del *ius sanguinis*. De acuerdo con esta interpretación, mientras que la definición de Francia de la ciudadanía expresa una concepción política e igualitaria de la nación, en la que cada individuo puede llegar a ser miembro de la comunidad mediante un acto de voluntad, en el caso de Alemania, la concepción prevalente de la nación es más bien una de tipo etno-cultural, según la cual la comunidad se origina en una serie de rasgos comunes y objetivos predeterminados. Sin embargo, otros análisis históricos más recientes contestan hoy la tesis de BRUBAKER, cuestionando la existencia real de estos modelos opuestos del *ius sanguinis* y del *ius soli*, tal y como en principio representan Alemania y Francia, respectivamente. Véase, en este sentido, GOSEWINKEL, Dieter, «Staatsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit»,

Pero el aspecto principal de estas últimas interpretaciones es la disección causal y analítica a la que proceden, así como la importancia que esencialmente confieren a la existencia de mecanismos concretos de protección. Aspecto éste que las aleja de la abstracción que en cambio caracteriza a las teorías sobre el impacto del discurso internacional de derechos humanos (7).

La idea que origina este artículo también sigue este razonamiento (8). El tipo de investigación que a continuación propongo no es tanto el análisis de la respuesta legal por parte de los Estados al fenómeno —económico y social— de la inmigración, como la reconstrucción de su proceso de formulación. Y para ello, lo que aquí planteo es centrarse en una de sus dimensiones fundamentales: la jurisprudencia de los tribunales nacionales. El análisis jurisprudencial, además de mostrar la definición final de los derechos del inmi-

en *Geschichte und Gesellschaft*, 21, 4, 533-556, 1995, y FAHRMEIR, Andreas K., «Nineteenth-century German citizenship: a reconsideration», en *The Historical Journal*, 40, 3, 721-752, 1997.

(7) Se han planteado diferentes hipótesis en este sentido. Por ejemplo, según GARY Freeman, la consolidación del estatus de los extranjeros no debería interpretarse como signo de debilidad o incapacidad de los Estados liberales de controlar la inmigración, sino simplemente como reflejo de las dinámicas políticas internas, las cuales, en el caso de Estados Unidos, se encuentran cada vez más dominadas por los grupos de *lobby* (FREEMAN, Gary P., «Modes of immigration politics in liberal democratic Status», en *International Migration Review*, 29, 4, 881-913, 1995). Sin embargo, tal y como interpretado por Christian JOPPKE, esta explicación no es válida para Europa, donde esos mecanismos de adopción de decisiones no tienen la misma fuerza que en Estados Unidos. En los países europeos, más que los instrumentos políticos e internacionales, son los instrumentos jurídicos internos de protección los que en definitiva han hecho posible la extensión de derechos a los extranjeros (JOPPKE, Christian, «Why liberal states accept unwanted immigration», en *World politics*, 50, 2, 266-293, 1998). Esta protección es percibida por James HOLLIFIELD como un mecanismo indirecto de regulación de la inmigración por los Estados (HOLLIFIELD, James F., «The politics of international migration: How can we “bring the State back in”?»), en BRETTELL, Caroline B. y HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across disciplines*, New York and London, Routledge, 2000). Asimismo, según Virginie GUIRAUDON, es más probable que se concedan derechos a los extranjeros si son las instancias judiciales o burocráticas (alejadas de la arena política y del debate electoral) las competentes para ello (GUIRAUDON, Virginie, *The Marshallian triptych re-ordered...*, cit.; de la misma autora, *Les politiques d'immigration en Europe: Allemagne, France, Pays-Bas*, Paris, L'Harmattan, 2000). GUIRAUDON propone un análisis del proceso de construcción del estatus de los extranjeros que rompe con el esquema tradicional consagrado por MARSHALL, y que estructuraba la definición de este estatus en tres estadios consecutivos: derechos civiles, políticos y sociales (MARSHALL, T. H., *Class, citizenship and social development*, New York, Doubleday, 1965). Para una crítica de este esquema tradicional, véase además FERRAJOLI, Luigi, «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en ZOLO, Danilo (ed.), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994).

(8) La propuesta metodológica y teórica que se realiza en este trabajo ha sido objeto de una investigación doctoral en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, en la que, efectivamente, analicé el proceso jurisprudencial de constitucionalización del Derecho de inmigración (Elia MARZAL, «Constitutionalising Immigration Law», en *Managerial Law Review*, vol. 48, núms. 1-2, 2006).

grante —es decir, una vez reformulados por la intervención judicial—, permite examinar la política legislativa subyacente, así como la base normativa y la práctica administrativa de la que los jueces parten en su razonamiento y que a menudo corrigen.

La reformulación de la norma jurídica es inherente a la función judicial de decir, de declarar el Derecho, de acuerdo con el contexto material en el que la norma va a ser aplicada. Desde esta perspectiva, el análisis de la jurisprudencia prácticamente permite un análisis sociológico del Derecho. Lejos de limitarse a determinadas nociones e instituciones jurídicas, hace además posible el examen de los problemas jurídicos que se plantean a partir de las circunstancias sociales concretas. En este sentido, este trabajo no propone describir los diferentes sistemas jurídicos nacionales, sino más bien la integración de estos sistemas en sus respectivas realidades sociales. Se plantea, en definitiva, la posibilidad de analizar el proceso activo de elaboración, por parte de la sociedad, de respuestas normativas a nuevos fenómenos emergentes.

Así, en última instancia, la jurisprudencia es el instrumento que permite la consideración —si bien indirecta e implícita— de los diferentes niveles de influencia en este proceso. Y el estudio de la jurisprudencia que aquí se plantea pretende pues reflejar, y hasta cierto punto integrar, las diferentes teorías y explicaciones sobre la emergencia de un estatus de los extranjeros. En cierto modo, también aspira a tratar de comprobar su validez. En la medida en que la asunción por el Derecho de un razonamiento específico es lo que le confiere efectos positivos (es decir, protección), el Derecho representa en este estudio el filtro a través del cual los diferentes elementos implicados adquieren impacto real, y el razonamiento jurídico la expresión de los criterios seguidos en la aplicación de ese filtro.

La importancia del papel de los jueces en la construcción del estatus jurídico de los inmigrantes es en realidad algo progresivamente advertido y analizado por la doctrina científica. No sólo ha sido así en el ámbito del Derecho, donde la evaluación de la contribución judicial forzosamente representa una necesidad más obvia y general, sino también, y de manera más significativa, en el terreno de la ciencia política (9).

En efecto, durante las últimas décadas de consolidación del fenómeno migratorio, el Derecho de extranjería ha sufrido importantes transformaciones en la mayoría de países occidentales, y son los jueces y tribunales los que han representado un elemento clave en estos cambios. De modo significativo, esto

(9) Véanse, entre otros, GUIRAUDON, Virginie, *Les politiques d'immigration en Europe...*, cit.; JOPPKE, Christian, *The Legal-Domestic Sources of Immigrant Rights...*, cit.; NEUMAN, Gerald L., «Immigration and judicial review in the Federal Republic of Germany», en *New York University. Journal of International Law and Politics*, 23, 5, 35-85, 1990; y LEGOMSKY, Stephen H., *Immigration and the judiciary: law and politics in Britain and America*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

también ha sido así en países en los que los tribunales no están llamados a desempeñar un papel de tal trascendencia.

En último término, una explicación a esta preeminencia judicial sólo podemos hallarla yendo más allá del terreno más estrictamente jurídico. La controversia y las presiones políticas que suscita el fenómeno migratorio y, concretamente, la organización de su recepción en los países de acogida, son lo que parece explicar el papel predominante de los jueces y tribunales en este ámbito, en tanto que menos vulnerables que el poder legislativo a este tipo de presiones.

LA PERSPECTIVA

En este trabajo propongo centrarse en el estatus jurídico de los extranjeros, tal como resulta de la intervención de los tribunales. Sin embargo, lo hago desde una perspectiva concreta: la del fenómeno denominado como de constitucionalización o, en otras palabras, de progresiva expansión de la justicia constitucional. Desde este punto de vista, la consolidación, por los tribunales, de un cuerpo de derechos de los extranjeros vendría a expresar la confluencia de dos cuestiones subyacentes principales: el fenómeno (jurídico) del constitucionalismo moderno y la igualmente moderna (pero económica) realidad de las migraciones masivas.

El fenómeno de constitucionalización representa un estadio más en la evolución del constitucionalismo. Más allá de los esquemas tradicionales del constitucionalismo decimonónico, en el que las constituciones eran fundamentalmente concebidas como límites a los poderes gubernamentales, pero también como instrumentos para crear, organizar y autorizar a esos mismos poderes a fin de establecer el Estado liberal, el constitucionalismo moderno sitúa al individuo en el centro de sus objetivos e intereses. La protección de los derechos de la persona pasa así a ser directriz de las constituciones modernas, las cuales contienen hoy todas un catálogo de derechos fundamentales, así como eficaces mecanismos de garantía de esos derechos.

A diferencia del constitucionalismo americano, basado en un concepto «lockeniano» del Estado consistente en un sistema de prerrogativas limitadas, y en el que el Estado desempeña el papel de moderador entre los diferentes grupos sociales, el constitucionalismo europeo decimonónico concibe el Estado como la última fuente de Derecho y justicia. Así, mientras que en la tradición americana, los derechos humanos son entendidos como derechos preconstitucionales que limitan toda autoridad estatal, y a la Constitución se le confiere la consecuente fuerza normativa, en el pensamiento europeo, el legislador continuó representando el poder supremo. El poder constituyente tenía en realidad una obligación moral de introducir en la constitución derechos fundamentales y mecanismos efectivos de protección contra posibles abusos por el poder eje-

cutivo (10). Pero esta obligación no era controlada por ninguna autoridad pública. De hecho, el establecimiento de estas garantías jurídicas no se logró en Europa hasta la creación de los tribunales constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial, cuando éstos se erigen como instrumento clave para garantizar la realización del nuevo marco jurídico-político (11).

En la tradición europea, el Derecho público es entendido como una jerarquía de normas que se desarrollan a partir de las constituciones. Tal como concebido por Kelsen, este orden jerárquico de normas jurídicas es lo que ofrece las bases para el establecimiento de la jurisdicción constitucional en la Europa continental (12). El nuevo sistema resultante, caracterizado por el principio de supremacía normativa de la constitución y por la autoridad encargada de asegurar su respeto —el juez constitucional— es, en efecto, lo que ha conferido pleno significado al fenómeno de constitucionalización.

La constitucionalización implica la subordinación del sistema jurídico y de la organización tradicional de los poderes políticos a una nueva lógica. La concepción tradicional del sistema legal como compuesto de diferentes ámbitos de Derecho, más o menos independientes entre sí, ha dado lugar a una concepción del ordenamiento jurídico como unidad, en la que el Derecho constitucional representa la última fuente jurídica y la fuerza unificadora entre los diferentes ámbitos.

Con la constitucionalización, por tanto, no es sólo el objeto del Derecho constitucional lo que ha sido alterado. Tal como su propio término implica, estos nuevos principios tienen ahora una dimensión y un alcance nuevos. Superan los límites estrictos del Derecho constitucional, penetrando toda rama jurídica que pueda ser relevante para la dignidad humana. Los derechos pre-existentes pasan así a ser derechos constitucionales. Es decir, límites que no pueden ser transgredidos, ni tan siquiera por el propio Derecho.

En este contexto, las jurisdicciones ordinarias dejan de estar supeditadas a las leyes, al transformarse gradualmente su rol con el desarrollo de la jurisdicción constitucional. Los tribunales son progresivamente percibidos como actores políticos, influyendo tanto a legisladores como a administraciones (13). Su papel preciso es el de proteger el ordenamiento jurídico de leyes

(10) FLEINER, Thomas, «Comparative constitutional law and administrative law», en *Tulane Law Review*, 75, 4, 929-940, 2001, pág. 931.

(11) Para un análisis histórico-jurídico de la diferente evolución que tiene lugar en Francia y en Estados Unidos a la hora de establecer mecanismos que aseguren la supremacía normativa de la Constitución, véase BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

(12) KELSEN, Hans, *General theory of norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

(13) Para un análisis de esta transformación desde la perspectiva de la ciencia política, véase, por ejemplo, KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M., y REITZ, John C., *Constitutional dialogues in comparative perspective*, New York, St. Martin's Press, 1999.

y otras normas contrarias a la constitución (14). Representan los actores principales en el fenómeno de constitucionalización, y el instrumento a través del cual esos principios nuevos se imponen en el ordenamiento jurídico, asegurando su respeto por las demás autoridades.

La constitucionalización, en definitiva, no podía dejar de tener un impacto en el ámbito de la inmigración. Precisamente, por la condición de humanidad de los extranjeros. El fenómeno de inmigración, en sus rasgos y dimensiones actuales —económico y de masas— emerge como una fuerza importantísima en todo el mundo, como un elemento estructural en casi todos los países industrializados, la mayoría de los cuales han pasado a constituir sociedades plurales y multiétnicas.

No obstante, una paradoja caracteriza la sociedad de hoy respecto de la inmigración: al mismo tiempo que la economía global genera progresivamente intensos flujos migratorios desde los países en desarrollo a los países desarrollados, crea por otro lado condiciones en estos últimos que fomentan la aplicación de políticas migratorias restrictivas (15). Más aún, la inmigración se convierte en un fenómeno que transforma radicalmente las bases sobre las que se concibieron los Estados modernos, y que hace así imprescindible la definición de nuevas premisas que den cuenta de la existencia de un grupo cada vez más significativo de residentes permanentes no nacionales en los territorios de esos países, así como del significado nuevo y flexible adquirido por las fronteras.

La inmigración parece así plantear uno de los desafíos más importantes a la capacidad de adaptación de los ordenamientos jurídicos occidentales y, de hecho, al propio fenómeno de constitucionalización. Pone de algún modo a prueba la realidad de la pretendida expansión de los principios de protección de la persona, así como del correspondiente discurso internacional de derechos humanos. Expresa, en definitiva, la necesidad de superar los límites inherentes a la idea de «nacional», así como las dificultades que lo «no nacional» plantea para el razonamiento jurídico tradicional.

EL INSTRUMENTO

En aquellas áreas que afectan a la dignidad de la persona, el fenómeno de constitucionalización representa la superación de los límites del Estado nacio-

(14) STONE SWEET, Alec, «Constitutional dialogues: protecting human rights in France, Germany, Italy and Spain», en KENNEY, Sally J., REISINGER, William M., y REITZ, John C. (eds.), *Constitutional dialogues in comparative perspective*, New York, St. Martin's Press, 1999, pág. 31.

(15) MASSEY, Douglas S., «International migration at the dawn of the twenty-first century: the role of the state», en *Population and Development Review*, 25, 2, 303-322, 1999, pág. 312.

nal constitutivos del Derecho moderno. Con la introducción de la perspectiva de derechos fundados en la dignidad de la persona, que no reconoce fronteras, la constitucionalización juridifica el espacio económico de las migraciones masivas, a fin no sólo de que éste pueda, sino de que deba ser regulado por el Derecho.

Dos instrumentos jurídicos son pensables para romper esos límites del espacio nacional, y garantizar así protección al margen de la nacionalidad. Los salidos de la acción legislativa del poder legislativo, que crea la norma, y los salidos de la acción jurisdiccional del poder judicial, que interpreta la norma, pero que, a su modo, también la recrea o, incluso, la crea. Es sin embargo la lógica interna de la intervención judicial, fuerte ante el caso concreto, más que el instrumento legislativo, débil ante los rasgos específicos del fenómeno migratorio, la que aparece como especialmente adecuada para moldear el Derecho a las exigencias que plantea la inmigración. En último término, la flexibilidad de la intervención judicial es lo que hace de los tribunales un instrumento normativo de una excepcional potencialidad.

La insuficiencia del instrumento legislativo queda patente en la serie de temas que caracterizan el fenómeno de inmigración: los límites más arriba mencionados de la esfera nacional, las complejidades inherentes al espacio público internacional, la soberanía del poder político que afirma sus prerrogativas discrecionales ante los extranjeros o, en definitiva, la dificultad de utilizar la abstracción del Derecho en casos en los que los valores emergen de los propios fundamentos del ordenamiento jurídico. De hecho, hasta la intervención de los tribunales, la protección conferida a los extranjeros era meramente temporal, al depender esencialmente del poder discrecional administrativo, en el que el legislador en muchas ocasiones había acabado delegando *de facto* su papel.

En definitiva, pues, el juez remedia la falta de soluciones jurídicas precisas y definitivas. Permite la emergencia de derechos absolutos, limitando de este modo la precariedad estructural que caracteriza la posición jurídica de los extranjeros. Y el juez lo hace en un doble movimiento. De avance, ante la ausencia de criterios jurídicos, y de repliegue, una vez que gracias a él, a su audacia creativa, el legislador hace suyas esas normas adelantadas. El juez parte de unas bases previas —constitucionales, legales, o incluso reglamentarias— y va definiendo, matizando y reformulando esas primeras respuestas normativas, hasta establecer como absolutos unos derechos del extranjero, por el simple pero crucial hecho de empezar a hacer valer la circunstancia constitucional. Es así como el Derecho, a través del juez, y ante un supuesto real de desprotección, debe dar forma y contenido preciso a ese en principio abstracto movimiento de constitucionalización.

LAS CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

Para poder dar cuenta de la confluencia de estos dos fenómenos (constitucionalización e inmigración), lo que aquí propongo es presentar la construcción progresiva del estatus jurídico de los extranjeros por parte de los tribunales a través de una categoría específica de derechos, creada para tal fin. Se trata de la doble categoría de derechos precarios y emergentes, que en su dualidad pretende expresar la tendencia oscilante y dividida de los tribunales ante el tema de la inmigración.

El calificativo «precario» lo utilizo aquí para expresar el tipo de derechos que resultan de la confirmación judicial de la premisa fundamental estatal en la esfera de inmigración: la no existencia de un derecho de entrada y de permanencia. Estas dos posibilidades quedan en efecto supeditadas a las prerrogativas discrecionales de los Estados que, de acuerdo exclusivamente con los intereses generales y públicos, pueden concederlas mediante un acto de gracia o simplemente denegarlas. Así, los derechos de los que los extranjeros pueden de otro modo disfrutar cuando han sido admitidos en el territorio quedan directamente subordinados a la obtención de esta autorización administrativa, es decir, el permiso de entrada y de permanencia.

Del mismo modo, en la medida en que depende exclusivamente de los intereses de los Estados soberanos, el disfrute de los derechos obtenidos por la residencia (es decir, una vez admitidos) puede finalizar en cualquier momento, dado que la amenaza de la expulsión no cesa. En este sentido, con el término «precario» se intenta indicar la naturaleza de los derechos que los tribunales configuran en el ámbito de la inmigración. Lo relevante no es que se deniegue un eventual derecho de entrada y de permanencia —lo que al fin y al cabo sencillamente representaría una falta de derecho—, sino que de esa denegación deriven consecuencias prácticas determinantes, en tanto que el tipo de protección que puede en todo caso concederse a los extranjeros es en todo momento revocable. Por tanto, la noción de precariedad, tal y como está empleada en este trabajo, en última instancia designa las resoluciones de los tribunales que directa o indirectamente confirman la premisa fundamental sobre la que se construye el Derecho de inmigración; es decir, la soberanía de los Estados.

Por su parte, el calificativo «emergente» expresa esa otra (aunque contradictoria) tendencia de los tribunales a reconocer, bajo el impulso de la constitucionalización, una serie de derechos que limitan progresivamente la así denominada precariedad. En un principio, esta tendencia se manifiesta al exigírseles a los Estados el respeto de una serie de requisitos a la hora de hacer efectiva la premisa de precariedad; en otras palabras, su derecho a rechazar a los extranjeros no deseados. Y, más adelante, al directamente cuestionarse la propia legitimidad de esta premisa.

En definitiva, estos derechos son calificados de «emergentes» en tanto que no hallan su fuente o justificación última en los textos parlamentarios, tal y como en lógica jurídica estricta sería exigible. Simplemente, derivan de la aplicación por los tribunales de los principios constitucionales de protección de los derechos fundamentales, y a pesar, incluso a veces, de los criterios legales y administrativos que regulan la situación de los extranjeros. Los derechos emergentes, por tanto, se originan en el choque entre el Derecho y el juez.

Así pues, se trata de una doble categoría que indica la oscilación y la disyuntiva presente en la jurisprudencia de los tribunales. Expresa, en definitiva, la dualidad fundamental característica del estatus jurídico del inmigrante; un estatus dividido en su condición ambivalente de no nacional y de persona.

El fenómeno de constitucionalización pone el acento en la segunda de estas dos condiciones. Precisamente, la emergencia de un estatus constitucional (o, más bien, de los derechos calificados como emergentes) a través de la acción de los tribunales inmersos en esta dinámica, parece demostrar el impacto de este fenómeno. Sin embargo, este impacto no es ilimitado. Las dificultades intrínsecas del proceso de definición del estatus jurídico —lento y contradictorio— quedan, en efecto, de manifiesto en la lógica de esta doble categoría.

EL MÉTODO

De acuerdo con la perspectiva que propongo en este trabajo —el fenómeno de constitucionalización—, así como con el tipo de teorías que consideran que los factores determinantes del reconocimiento de protección a los extranjeros son nacionales, el método que aquí planteo es el comparado. Concretamente, el del análisis de los ordenamientos jurídicos de Alemania, Francia y España, para tratar así de elucidar el proceso específico de construcción del estatus jurídico de los extranjeros y el papel en él desempeñado por los tribunales.

En este sentido, el uso del método comparado refuerza el objetivo perseguido en último término con el análisis jurisprudencial: la observación de los elementos en funcionamiento en un sistema determinado, más que la obtención de definiciones abstractas. Esto último sería, en cambio, el fin del método dogmático, basado en un razonamiento analítico de los marcos normativos de que se trate (16). En contraste con lo que vendría a ser una concepción

(16) SACCO, Rodolfo, «Legal formants: a dynamic approach to comparative law», en *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1-34, 1991, págs. 25 y 26.

estática del Derecho, tanto el instrumento judicial como el comparado conducen a un análisis dinámico de los ordenamientos jurídicos.

De hecho, el examen de la jurisprudencia representa una cuestión natural para el comparativista. Así, en muchos países, el uso del método comparado se ha visto acompañado de una mayor atención lograda por la jurisprudencia. En palabras del comparativista Rodolfo SACCO, «el Derecho comparado es una ciencia histórica que se ocupa de lo real». De este modo, el uso de esta disciplina ha llevado a reconsiderar el papel de la jurisprudencia. En definitiva, los comparativistas examinan los modos en que los actores jurídicos intervienen en los distintos ordenamientos, de acuerdo con reglas específicas y categorías generales. En cierto modo, por tanto, el Derecho comparado vendría a ofrecer un sustituto a la epistemología jurídica, renovando los fundamentos del conocimiento jurídico y ofreciendo nuevos modos de plantear innovaciones en la ciencia jurídica (17).

Esencialmente, los comparativistas han reiniciado el análisis de las fuentes jurídicas, tratando con ello de identificar cada uno de los elementos que influyen en el proceso de creación del Derecho y que dan forma a su regulación y vida. En este sentido, el examen de la jurisprudencia tampoco asegura, por sí mismo, una comprensión de un sistema jurídico. Para ello es necesario tomar en consideración todos los factores que pudieran determinar el modo en que los casos van a ser resueltos en el futuro próximo. Resulta, por tanto, fundamental considerar los diferentes tipos de influencias a las que están sometidos los jueces. Los jueces pueden, por ejemplo, verse influidos por la existencia en la sociedad de un debate general relativo a cuestiones como la inmigración. Asimismo, los factores de influencia pueden responder al tipo de perfil de los jueces. Así, una persona nombrada juez tras una carrera de méritos académicos tenderá a conceder más importancia a la doctrina científica que un juez que sólo ha ejercido el Derecho desde su vertiente práctica (18).

En definitiva, pues, el instrumento judicial permite un tipo de planteamiento comparado que, además de mostrar las diferentes respuestas dadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, reflexiona sobre las posibles soluciones a nuevos fenómenos como el de la inmigración. En cierto modo, al analizar el proceso activo de formulación de respuestas, trata también de

(17) SACCO, Rodolfo, «One hundred years of comparative law», en *Tulane Law Review*, 75, 4, 1159-1176, 2001, págs. 1170-1171. Además, tal como sostiene este autor, «los comparativistas podrían comprender sin las dificultades del realismo jurídico. Precisamente, el método fáctico nos pide que reconozcamos los actos del juez como Derecho. Los comparativistas entienden este punto de vista muy bien. Si el método realista nos les basta, es porque los comparativistas atribuyen importancia al bagaje cultural de los jueces y quieren identificar, bajo las circunstancias, el elemento que pudiera neutralizar ese bagaje» (pág. 1171; la traducción es mía).

(18) SACCO, Rodolfo, *Legal formants...*, cit., págs. 23-24.

proponerlas, lo que a menudo es considerado uno de los objetivos del Derecho comparado.

Existen, de hecho, distintos esfuerzos por justificar el Derecho comparado desde su utilidad práctica. Una inmediata la representaría, por ejemplo, la posibilidad de lograr uniformidad entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales. En el ámbito de la inmigración, en el que se están realizando intentos importantes por uniformizar las diferentes respuestas nacionales a este fenómeno, las influencias recíprocas entre los países y, por tanto, esta dimensión del Derecho comparado, resultan directamente relevantes.

La globalización es, en efecto, un desafío bien conocido en el mundo de hoy, que con su desarrollo está causando la integración de los ordenamientos jurídicos nacionales, a través de la celebración de tratados y el establecimiento de organizaciones internacionales. La cuestión que así se plantea es la de si los sistemas jurídicos tradicionales están preparados para este tipo de desarrollo o si, en cambio, van más bien a dificultarlo (19).

En este sentido, el planteamiento comparado se adaptaría a este tipo de sociedad actual cada vez más globalizada, en la que los ordenamientos jurídicos tienden hacia una convergencia en las soluciones ofrecidas. Los tribunales representarían así el mecanismo que hace posible una uniformidad progresiva, y que al mismo tiempo evita las rigideces y obstáculos en cambio inherentes a otros tipos de transposición de soluciones e instituciones jurídicas. En cierto modo, constituyen un mecanismo implícito de aproximación entre posiciones jurídicas divergentes, en la medida en que permiten una modificación gradual de las respectivas premisas originales.

Asimismo, además de lograr uniformidad, el Derecho comparado puede resultar útil en el momento en que modelos jurídicos son trasplantados. Ello adquiere especial significado en el caso de España, en tanto que país en el que los parámetros constitucionales y democráticos han sido asumidos mucho más recientemente que en otros países, y en el que el fenómeno de la inmigración constituye una realidad nueva. España se vuelve así hacia la experiencia y las fórmulas adoptadas por sus países vecinos. En efecto, desde el fin del franquismo, diferentes instituciones y reglas jurídicas extranjeras han sido adoptadas en España, lo que hace imprescindible un conocimiento en profundidad de tanto las reglas e instituciones extranjeras tomadas prestadas, como del propio sistema jurídico español.

Ésta es, de hecho, la razón principal que justifica el análisis del caso español, teniendo en cuenta que su relevancia, tanto en lo relativo al número como a la importancia de las sentencias sobre inmigración, ha sido hasta hace pocos años más bien limitada. Una de las cuestiones que se trataría así de observar es el modo en que los tribunales españoles han actuado respecto

(19) FLEINER, Thomas, *Comparative Constitutional Law*, cit., pág. 929.

de países con años de experiencia en el ámbito de la inmigración y de práctica constitucional, como son Francia y Alemania. Se trata, en otras palabras, de ver si el razonamiento de los tribunales españoles puede ser explicado por la influencia de sus países vecinos o si, en cambio, dichos tribunales no se muestran en realidad permeables a factores externos de influencia.

Desde esta perspectiva, este tipo funcionalista de planteamiento comparado prácticamente representa un método clínico, consistente en un procedimiento en tres fases —análisis, diagnóstico y tratamiento—, que en último término facilita la propuesta de soluciones para problemas determinados. En este sentido, este tipo de metodología difiere del objetivo originario del Derecho comparado, y que esencialmente vendría a ser la descripción de los sistemas analizados (20).

Por encima de todo, sin embargo, el Derecho comparado persigue, como otras ciencias, la adquisición de conocimiento (21). Estudia distintos sistemas jurídicos a fin de establecer en qué medida son parecidos o diferentes. Alemania, Francia y España pueden ser así analizadas, en tanto que representantes de tipos concretos de experiencia y de planteamiento ante el fenómeno de la inmigración y, al mismo tiempo, de diferentes tipos de ordenamientos jurídicos en los que se fundamentan los respectivos razonamientos y mecanismos de intervención de los tribunales.

LOS PAÍSES CONSIDERADOS Y SUS RESPECTIVOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

A diferencia de los países considerados tradicionalmente como países de inmigración (originados y fundados en este fenómeno), la mayoría de los países europeos han rechazado considerar la inmigración como un elemento determinante de su identidad nacional o de sus políticas. De hecho, la percepción de este fenómeno ha empezado a cambiar sólo recientemente, a medida que estos países se han ido mostrando activos en la definición de políticas de inmigración.

No obstante, diferencias importantes son aún observables entre estos Estados, tanto en el tipo de experiencia y de planteamiento de la inmigración, como en el tipo de políticas adoptadas, lo que a su vez expresa una concep-

(20) Véase la sección sobre metodología en ANCEL, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, donde el autor sostiene la necesidad de adaptar el método de análisis en función del objeto de análisis. El planteamiento funcionalista, como método luego desarrollado en el Derecho comparado, representaría este objetivo.

(21) Véase SACCO, Rodolfo, *Legal formants...*, cit., crítico con los esfuerzos por legitimar la disciplina jurídica comparada desde su utilidad práctica.

ción propia del fenómeno, así como, en última instancia, una proyección externa de la imagen que esos países construyen de sí mismos.

Alemania representa un caso particular. A pesar de siempre haber negado categóricamente su condición de país de inmigración, es paradójicamente el Estado que más inmigración ha recibido desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Esta tensión es efectivamente el rasgo que con mayor contundencia caracteriza el caso alemán. Una explicación a este hecho puede tal vez hallarse en la conjunción entre, por un lado, un pasado histórico traumático —que fuerza el establecimiento de una política de asilo flexible y generosa— y, por otro, una afirmación reiterada del carácter temporal del fenómeno migratorio, que lleva a la definición de la política migratoria en torno a la noción de *Gastarbeiter*.

Sin embargo, estas dos dimensiones, aparentemente contradictorias, han convergido progresivamente. El altísimo número de solicitudes de asilo recibidas en Alemania —y que alcanza sus máximos entre los años 1991 y 1992— acabó provocando importantes tensiones políticas que llevaron, en 1993, a la reforma constitucional del derecho de asilo. Al mismo tiempo, la posición oficial del Gobierno respecto del sistema temporal y de rotación de recepción de trabajadores inmigrantes —los *Gastarbeiter*— fue finalmente matizada, una vez se asumió que el principio de «estricta rotación» no favorecía los intereses ni de los inmigrantes ni de los empleadores. El Gobierno empezó entonces a considerar la necesidad de integrar a los ya residentes permanentes. La aprobación en 1990 de una nueva Ley de Extranjería, redactada a la luz del sistema del «trabajador huésped», expresó esa necesidad de cambio. Pero a pesar de ello, las autoridades alemanas han seguido insistiendo en la especificidad del caso alemán. Esencialmente sostienen que el modelo de identidad alemán se basa en rasgos comunes y distintivos que hacen necesaria una preservación especialmente atenta de la homogeneidad de su población. Una nueva reforma de la ley que parece matizar esta postura es la iniciada en el 2002, la cual quedó sin embargo paralizada tras la declaración, por parte del *Bundesverfassungsgericht*, de la inconstitucionalidad de su procedimiento de aprobación, y que fue finalmente culminada en el 2004.

Francia constituye el modelo opuesto. El de un Estado que ya en el último tercio del siglo XIX pasó a ser un país de inmigración y asilo, mucho antes, por tanto, que cualquier otro país europeo. Su pronta revolución industrial y demográfica, que además no significó un éxodo masivo rural hacia las conglomeraciones urbanas, habría de provocar necesariamente la llegada de extranjeros para compensar ese déficit francés. Francia inmediatamente estableció así un régimen de inmigración liberal, presidido por los principios republicanos. No obstante, con la aparición de los primeros signos de crisis económica en el siglo XX, y especialmente tras la Primera Guerra Mundial, este régimen fue progresivamente endurecido. La definición de un marco

normativo general no habría de plantearse hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el país de nuevo se hallaba necesitado de mano de obra. El Gobierno procedió entonces a la redacción de un borrador de una norma general, en la que introducía nuevos incentivos para la llegada de extranjeros, al mismo tiempo que establecía los principios generales de regulación de la recepción de los inmigrantes. El borrador, en 1945, de la *Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, así como del *Code de la nationalité*, perseguían este objetivo: la definición de una estructura normativa general y completa.

Asimismo, los lazos mantenidos con las antiguas colonias aseguraban un flujo intenso de llegadas al territorio francés. Pero la política francesa de inmigración se complicó con el conflictivo proceso de descolonización durante los años cincuenta y sesenta, lo que dio lugar a una clase especial de inmigrantes protegidos, prácticamente ciudadanos franceses.

Por tanto, a diferencia del debate controvertido en Alemania, la realidad de la inmigración nunca fue contestada en Francia. Sin embargo, en última instancia, Francia tampoco puede ser incluida entre los países considerados como de inmigración. En efecto, tal categorización no puede extraerse del tipo de tratamiento dispensado en Francia a este fenómeno. Elementos tales como la política, cada vez más restrictiva, puesta en práctica por el Gobierno francés, especialmente tras la crisis económica de principios de los años setenta, la falta de un programa de orientación general, ilustrado por las oscilaciones constantes de política en función de la composición cambiante del Gobierno, o la ausencia incluso de una política específica para la integración de los extranjeros residentes, indican todos ellos una falta de visión global en el país con relación a esta cuestión.

Especialmente significativo en este sentido es el sistema republicano francés de integración que, a diferencia del alemán, aspira a la absorción de todo recién llegado mediante un sistema generoso de naturalizaciones. A pesar de ser un sistema que, en principio, permite la recepción de todos los extranjeros, lo hace sólo bajo la condición de que el recién llegado se haga francés. Ello, en sí mismo, implica la eliminación de todo tipo de distinción y particularismo, lo que a su vez, en definitiva, revela una comprensión sólo parcial de dicho fenómeno. La siguiente reflexión de Dominique SCHNAPPER resulta pertinente en este sentido (22): «La tradición de la integración “a la francesa”, que consiste en integrar a los extranjeros en torno a los valores “republicanos”, transformándolos progresivamente en ciudadanos, ha cultivado una ideología nacional del arraigo y de la eternidad francesa que impedía reconocer el hecho de la inmigración».

(22) SCHNAPPER, Dominique, *L'Europe des immigrés...*, cit., pág. 12 (la traducción es mía).

Por su parte, respecto de Alemania y Francia, España representa el caso de un país que se ha incorporado solo recientemente al fenómeno de la inmigración. Como otros países del sur de Europa, España ha presenciado un desarrollo muy rápido de la inmigración durante los años ochenta y noventa, aunque factores muy distintos han influido en esta transformación (23). De hecho, muchos de sus rasgos todavía le caracterizan como país de emigración, dado el número aún elevado de españoles en el extranjero. En todo caso, el fin del franquismo y la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea introdujeron a este país en una realidad completamente nueva y que comprendía el fenómeno de la inmigración.

La aprobación de la Constitución de 1978 inauguró un nuevo marco fundamental que impuso un razonamiento distinto a los poderes públicos, lo que, lógicamente, también afectó al ámbito de la inmigración. Entre las diferentes reformas normativas consecuentemente iniciadas, dos merecen ser destacadas: la Ley de Asilo de 1984 y la Ley de Extranjería de 1985, que esencialmente reflejan la incorporación de España a las Comunidades Europeas, en la medida en que en el planteamiento español de esta cuestión influyó la realidad de la inmigración en el resto de países europeos. En efecto, ello podría dar cuenta de la adopción en España de una norma restrictiva, como es la Ley de Extranjería de 1985, para la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, antes incluso de que la inmigración llegara a ser sentida en la sociedad española. En cambio, el enfoque del asilo se vio más bien condicionado por el propio pasado político inmediato, lo que comportó que se estableciera una política generosa de asilo en 1984, que sin embargo habría de verse posteriormente endurecida con la reforma de 1994.

Asimismo, Alemania, Francia y España representan diferentes modelos de sistemas jurídicos, que dan así lugar a formas distintas de intervención por parte de los tribunales. En contraste con lo que ocurre en el sistema francés, por ejemplo, los tribunales alemanes y españoles intervienen de acuerdo con una estructura muy sistemática y exhaustiva de derechos fundamentales y garantías jurídicas. En el caso de España, esa estructura abstracta de derechos que establece

(23) La inmigración en el sur de Europa es percibida como constitutiva de un modelo específico. «Tanto los tipos geográficos como los mecanismos la diferencian de migraciones europeas anteriores: el asentamiento de europeos en el nuevo mundo, la migración masiva de trabajadores mediterráneos migrantes hacia la Europa industrial durante las décadas de la posguerra, o la inmigración de personas desde antiguos territorios coloniales en el Caribe, África y Asia del Sur»... «Los nuevos flujos de inmigración hacia la Europa mediterránea deben ser entendidos en el contexto de la globalización, politización e “ilegalización” de la migración...», así como dentro del modelo de desarrollo económico y social del sur de Europa» (KING, Russell, «Southern Europe in the changing global map of migration», en KING, Russell; LAZARIDIS, Gabriella, y TSARDANIDIS, Charalambos (eds.), *Eldorado or fortress?: migration in Southern Europe*, New York, St. Martin's Press, 1999, pág. 19; la traducción es mía).

la Constitución de 1978 refleja, en parte, la experiencia constitucional de otros países europeos, y en buena medida se inspira en la Ley Fundamental alemana. Esencialmente, la Constitución Española adopta la conceptualización alemana de los derechos fundamentales como principios objetivos, lo cual, a su vez, requiere una interpretación del sistema constitucional como unidad.

El razonamiento seguido por los tribunales franceses es, en efecto, completamente distinto. A diferencia de Alemania y España, Francia no cuenta con un catálogo estructurado de derechos fundamentales, sino con una serie de textos históricos a los que los tribunales acuden para progresivamente reconocer aquellos derechos considerados como especialmente relevantes para la protección de la persona. Este planteamiento es el que prevalece en el Derecho administrativo francés, una rama jurídica esencialmente jurisprudencial, construida a partir del control que los tribunales ejercen sobre la Administración. Su perspectiva fundamental es así empírica, determinada por la necesidad práctica de proteger al individuo frente a la Administración. Los tribunales administrativos franceses desarrollan los principios que guían su intervención a partir de la situación concreta con la que se ven confrontados, tratando así de ofrecer soluciones concretas y técnicas.

En este sentido, los límites impuestos en el Derecho francés a la Administración tienen principalmente origen en las técnicas judiciales de control de legalidad, y no en cambio en un cuerpo sistemático de principios como los que contienen los textos constitucionales de Alemania o España. Y desde esta perspectiva, el Derecho administrativo francés tiene mucho más en común con el tipo de razonamiento característico de los sistemas de *common law*, que con continentales como el alemán o el español.

En efecto, la exigencia metodológica del análisis jurisprudencial debería llevar a una revisión de los sistemas tradicionalmente empleados en Derecho comparado para la clasificación de los sistemas jurídicos. Mientras que en Derecho comparado suele distinguirse entre sistemas de *common law* y Derecho continental, indicando con esta distinción el rol fundamental que el precedente judicial juega en los sistemas (anglosajones) de *common law*, el análisis de Derecho público comparado que aquí se propone pretende evidenciar la importancia de la jurisprudencia también en sistemas habitualmente considerados como de Derecho continental. El caso del Derecho público francés es paradigmático en este respecto. Y en este sentido, el uso del método jurisprudencial debería conducir a una relativización de esas grandes divisiones consagradas en Derecho comparado y que sin embargo sí sirven para agrupar sistemas de Derecho privado.

La estructura jurisdiccional en estos países también es distinta. Mientras que un rasgo fundamental de Francia es la división jurisdiccional entre el *juge judiciaire* y el *juge administratif*, tanto en Alemania como en España los tribunales contencioso-administrativos forman parte de un orden jurisdiccio-

nal único y están mucho más directa y jerárquicamente supeditados que en Francia a los criterios que dicta la jurisdicción constitucional (24). Si bien los tribunales de lo contencioso-administrativo alemanes y españoles tienen su propio margen de apreciación y de iniciativa, están en todo caso obligados a seguir las directrices sentadas por los respectivos tribunales constitucionales.

En Francia, en efecto, el papel del *Conseil Constitutionnel* es menor, y su establecimiento en este país ha resultado mucho más controvertido que en otros sitios. En un país como Francia, donde la primacía de la ley es entendida como la expresión directa de la voluntad soberana de la nación y el pilar fundamental del sistema jurídico y político, se consideró que la introducción de un control semejante sobre el Parlamento podía dar lugar a un *gouvernement des juges*. Si bien sí se acabó haciendo competente al Consejo Constitucional para verificar la conformidad de las leyes con la Constitución, constituyéndolo así en el órgano jurisdiccional encargado de formular la postura oficial en materia de inmigración, las posibilidades que tiene de intervenir siguen siendo sin embargo muy escasas. Su único mecanismo de intervención es en realidad el recurso (previo) de inconstitucionalidad, mediante el cual el *Conseil* controla la conformidad con la Constitución de las leyes antes de que éstas sean promulgadas (25). En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de

(24) Para una comparación entre los mecanismos de protección de derechos fundamentales en estos países, véase STONE SWEET, Alec, *Constitutional dialogue*, cit., así como, entre otros, ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992.

(25) No obstante, las posibilidades de intervención del *Conseil* han ido aumentando. Un paso fundamental en este sentido fue la reforma constitucional de 1974, con la que se amplió el ámbito de sujetos legitimados para interponer este recurso. Desde la reforma, además de los sujetos originalmente designados para ello (las dos cabezas del ejecutivo y del poder legislativo), el recurso lo pueden también presentar sesenta diputados o sesenta senadores, lo que en efecto altera sustancialmente las atribuciones del *Conseil*. Pero, en definitiva, en Francia, la introducción con el Consejo Constitucional de un control sobre el Parlamento suscitó un encendido debate, y su legitimidad fue siendo admitida sólo gradualmente. De hecho, el Consejo no fue concebido para la protección de derechos fundamentales, sino para preservar el equilibrio de poderes que había sido redefinido en 1958 entre el ejecutivo y el legislativo. Tal y como se ha mencionado más arriba, en 1958 tampoco se pudo establecer un catálogo de derechos fundamentales, por la dificultad, igualmente planteada en 1946, a la hora de decidir qué derechos incluir. La solución fue también la misma que en 1946: la referencia a un texto histórico, la Declaración de 1789, en el que quedaban representadas las libertades clásicas (los derechos civiles y políticos), complementado, a su vez, por la dimensión social que el Preámbulo de 1946 ya incorporaba y al que el Preámbulo de 1958 también se remite. Sin embargo, con este reconocimiento indirecto de derechos no se pretendía establecer un catálogo vinculante para los poderes políticos, sino tan sólo un listado de derechos meramente declarativo y orientativo. La incorporación material de un catálogo de derechos a la Constitución ha sido algo posterior y obra precisamente del *Conseil Constitutionnel*. En su fundamental Decisión de 16 de julio de 1971, el Consejo integró el Preámbulo de la Constitución de 1958 en el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes, reconociendo así su carácter vinculante, e incorporando asimismo indirectamente la Declaración de 1789 de dere-

Estado, la jurisdicción materialmente competente en el área de la extranjería es, en definitiva, la decisiva. Y la distribución de roles entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en efecto representa una característica fundamental del sistema jurídico francés.

De este modo, a diferencia de Francia, tanto Alemania como España (en cuanto que la experiencia alemana fue en buena parte reproducida en España) representan casos paradigmáticos de constitucionalización, en la que los tribunales ordinarios están implicados, junto con los respectivos tribunales constitucionales, en la elaboración de sentencias constitucionales. La capacidad de un tribunal constitucional de facilitar la constitucionalización y de controlar la intervención de los tribunales ordinarios depende de la existencia de recursos constitucionales, los cuales existen en Alemania y España pero no en cambio en Francia (26).

Sin embargo, ese menor papel del *Conseil Constitutionnel*, respecto del desempeñado por los tribunales constitucionales de Alemania y de España, se ve en cierto modo compensado por el rol creativo del *Conseil d'État*, sin

chos del hombre, el Preámbulo de la Constitución de 1946, y la categoría de «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» en el denominado «bloque de constitucionalidad», conjunto éste de disposiciones utilizables para medir la legitimidad constitucional de las leyes. En todo caso, el papel del *Conseil Constitutionnel* sigue siendo limitado si lo comparamos con el de homólogos suyos europeos como el *Bundesverfassungsgericht* alemán o el Tribunal Constitucional español, los cuales ejercen un control permanente de constitucionalidad sobre las leyes, las disposiciones normativas o los actos del Estado con fuerza de ley.

(26) En efecto, el control de constitucionalidad es mucho más amplio en Alemania y España que en Francia. Como en España, en Alemania existe un control abstracto de constitucionalidad (*abstrakte Normenkontrolle*) que legitima a ciertos órganos federales y de los Länder a cuestionar tanto disposiciones normativas federales como estatales ya vigentes (véase el art. 93.I.2 de la *Grundgesetz* o Ley Fundamental, así como los arts. 76 a 79 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* —Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal—). Asimismo, y de nuevo a diferencia de Francia, tanto en España como en Alemania existen mecanismos de control indirecto de la constitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley. Así, cuando un órgano judicial considera en algún proceso que la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la Constitución, ese juez o tribunal puede plantear su duda ante el Tribunal Constitucional (véanse, respectivamente, el art. 163 CE y los arts. 35 a 37 de la LOTC, sobre la cuestión de inconstitucionalidad, así como el art. 100 LF y los arts. 80 a 82 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, en los que se regula el denominado *konkrete Normenkontrolle*). De este modo, la posibilidad de control judicial de las leyes y de las normas con rango de ley es permanente en estos dos países. Pero aún más determinante en este sentido resulta la posibilidad, igualmente reconocida en ambos países, de que los particulares acudan al Tribunal Constitucional en relación con la violación de derechos fundamentales por actos de poderes públicos. De hecho, la actividad del Tribunal Constitucional, tanto en Alemania como en España, está prácticamente consagrada a la resolución de este tipo de recursos (el Recurso de Amparo y el *Verfassungsbeschwerde*, regulados respectivamente en el art. 53.2 CE y en los arts. 41 a 58 de la LOTC, así como en el art. 93.I. 4a y 4b LF y en los arts. 90 a 95 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

equivalente en cambio en esos otros dos países. Si bien la importancia del razonamiento concreto e inductivo es indiscutible en el Derecho administrativo francés, la dimensión abstracta también está implícita en la jurisprudencia francesa. En gran medida, el control judicial de legalidad está basado en una serie de principios y derechos fundamentales que los tribunales asumen como previos a las prerrogativas administrativas. En este sentido, el planteamiento final de los tribunales franceses es también de naturaleza mixta. Aunque la protección que éstos confieren, se basa en un control de legalidad efectivamente empírico, la jurisdicción contencioso-administrativa francesa aplica en su intervención y, de hecho, crea con ella, principios generales —los *principes généraux du droit*—, los cuales representan la principal fuente no escrita del Derecho administrativo francés. Son enunciados y desarrollados por el juez administrativo y vinculan a la Administración.

La situación en Francia es así mucho más compleja (27). En realidad, en ese país, los principios generales proclamados por los tribunales en el ámbito de la inmigración son el resultado de la participación conjunta de las dos jurisdicciones principalmente competentes, cada una de ellas a través de categorías y de mecanismos de intervención propios. Estos son los *prin-*

(27) Sobre la relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la constitucional, véase VEDEL, Georges, «Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992. En él, el autor analiza la influencia del *Conseil d'État* en el *Conseil Constitutionnel*, contraponiéndolo a lo que ocurre en otros ordenamientos, en los que el Tribunal Constitucional tiene un papel mucho más determinante. El *Conseil Constitutionnel*, en efecto, representa una institución particular en el Derecho comparado, en gran parte condicionada por las propias circunstancias históricas y políticas. Véanse, al respecto, ZILLER, Jacques, y PONTTHOREAU, Marie-Claire, «The experience of the French Conseil Constitutionnel: political and social context and current legal-theoretical debates», en SADURSKI, Wojciech (ed.), *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*, Lancaster, Kluwer Academic Publishers, 2002; VROOM, Cynthia, «Constitutional protection of individual liberties in France: the Conseil Constitutionnel since 1971», en *Tulane Law Review*, 63, 265-334, 1988; y STONE SWEET, Alec, *The birth of politics in France: the Constitutional Council in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Véanse, asimismo, ROUSSEAU, Dominique, «Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en *Mélanges, Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998; BLANQUER, Jean-Michel, «Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel?», en *Mélanges, Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998; FAVOREU, Louis, «L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit», en *Itinéraires-Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982; así como otros dos trabajos del mismo autor: «Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1, 71-89, 1990, y «La constitutionnalisation du droit», en *Mélanges R. Drago*, Paris, Économica, 1996. Todos ellos representan las diferentes posturas adoptadas en el debate que en Francia suscita la introducción del Consejo Constitucional. Para un análisis comparado más general sobre los mecanismos de protección de derechos fundamentales, véase también, LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1991.

cipes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en el caso del juez constitucional, y los *principes généraux du droit*, en el del administrativo (28). Existe una cada vez mayor interacción entre esas jurisdicciones, lo que lleva a ámbitos de actuación también progresivamente entrelazados (29).

En última instancia, por tanto, lo que en este trabajo propongo observar es si la existencia de estructuras jurídicas tan distintas condiciona la protección finalmente conferida a los extranjeros o si, en cambio, derechos similares son desarrollados a través de mecanismos distintos de protección.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS Y ESTRUCTURA

De acuerdo con la existencia de estructuras jurisdiccionales y jurídicas distintas en cada país, así como con la caracterización hecha más arriba del fenómeno de constitucionalización, resulta necesario analizar la jurisprudencia de diferentes jurisdicciones. Es decir, la jurisprudencia de tribunales cons-

(28) Para un análisis de la categoría de los *principes généraux du droit* en el ámbito de la extranjería, véase PIERUCCI, Christophe, «Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers», en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 37, 1 (La police des étrangers et la CEDH), 7-32, 1999, en donde el autor examina la creación, por parte del juez administrativo francés, de una subcategoría de esos principios en lo relativo a los extranjeros. En opinión de este autor, esa subcategoría refleja la relación entre normas nacionales e internacionales, así como la participación del juez administrativo en el proceso de creación del Derecho, tanto desde la perspectiva del Derecho constitucional y el denominado fenómeno de constitucionalización, como del Derecho internacional. Su análisis se centra en los refugiados y en la extradición. Según PIERUCCI, el *Conseil d'État* acude en definitiva al Derecho internacional, a fin de dar respuesta a cuestiones para las que en Francia no existe una norma específica. Pero de este modo, el Tribunal acaba utilizando el Derecho internacional para legitimar la creación de *principes généraux du droit*. Asimismo, desde la perspectiva del Derecho administrativo francés como Derecho jurisprudencial, véase el análisis de GENEVOIS, Bruno («Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux», en *Mélange René Chapus, Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1992), en el que el autor trata de definir el valor de esos principios generales y de los criterios subyacentes en la jurisprudencia del *Conseil d'État*, así como de establecer una jerarquía entre ellos.

(29) Especialmente significativa desde esta perspectiva es la sentencia Koné, en la que, a propósito de una extradición, el *Conseil d'État* se refirió por primera vez a los *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, una categoría normalmente aplicada por el *Conseil Constitutionnel* (CE, Ass., arrêt 3 juillet 1996, Koné). Para un análisis de la sentencia, véase LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., «Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (CE, Ass., arrêt 3 juillet 1996, Koné)», en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B. (eds.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz Sirey, 2001. En realidad, el *Conseil d'État* se refirió a esta categoría de principios a fin de poder pronunciarse respecto de normas internacionales, dado que éstas únicamente pueden interpretarse a la luz de los parámetros constitucionales. Ello, en todo caso, significó una importante corrección a la tradicional división competencial entre el *Conseil Constitutionnel* y el *Conseil d'État*.

titucionales y ordinarios, al estar en cierto modo todos ellos bajo el impulso de la constitucionalización. De hecho, los tribunales constitucionales no son los actores principales en este proceso. A pesar de ser ellos los expresamente encargados de asegurar la expansión de los principios constitucionales, otros tribunales están implicados de manera muy significativa en dicho proceso.

En este sentido, la selección de la jurisprudencia debe hacerse de acuerdo con las estructuras nacionales respectivas y con el papel mayor o menor desempeñado por estas jurisdicciones en cada caso. Esencialmente, sin embargo, este trabajo que propongo habría de centrarse en las jurisdicciones constitucionales y administrativas, competentes materialmente estas últimas en el ámbito de la inmigración, en la medida en que éste representa un campo de prerrogativas públicas.

Asimismo, las sentencias también deben seleccionarse de acuerdo con la dimensión específica de la inmigración que aquí propongo examinar: la de los criterios reguladores de la concesión de permisos de entrada y de permanencia. Estos criterios expresan las prerrogativas discrecionales de los Estados y son determinantes del Derecho de inmigración. De este modo, lo que en definitiva pretendo mostrar son los límites impuestos progresivamente a estas prerrogativas estatales mediante la intervención de los tribunales. En otras palabras, la emergencia de una protección de los extranjeros, centrándose sin embargo para ello en los aspectos de esta protección que afecten a la premisa fundamental sobre la que se construye el Derecho de inmigración; es decir, a la no existencia de un derecho de entrada y de permanencia.

Por este motivo, pretendo restringir el objeto de análisis a las migraciones económicas y de masas, y excluir, en cambio, otro tipo de migraciones como, por un lado, la de los extranjeros que emigran (o circulan) a otro país sencillamente a fin de llevar sus vidas de modo distinto en otro sitio, y no forzados, por tanto, por factores económicos, sino simplemente motivados por razones personales; por otro, la de los extranjeros que emigran (o escapan) a sitios donde poder vivir, ya que no pueden hacerlo libremente en la estructura jurídica y política del país que abandonan. De acuerdo con esta delimitación negativa del tema, el estudio que propongo ha de centrarse en los nacionales extracomunitarios que emigran a Alemania, Francia y España por motivos económicos.

A fin de mostrar la evolución del razonamiento de los tribunales relativo a la entrada y permanencia de los extranjeros, lo que aquí propongo es seguir una estructura determinada a la hora de presentar las resoluciones judiciales, y mantenerla además a lo largo de todo el trabajo. Esencialmente, con ella pretendo indicar cómo los tribunales parten en su razonamiento de la denegación del derecho de entrada y de permanencia, introducen sin embargo algún tipo de protección para los extranjeros, y llegan incluso en ocasiones a cuestionar esa premisa fundamental inicial. En efecto, la evolución seguida por los tribunales no es completa, ya que la coexistencia entre dos dimen-

siones fundamentales siempre está presente: la ausencia de un derecho de entrada y de permanencia —en tanto que se trata exclusivamente de una prerrogativa discrecional del Estado— y, ello no obstante, la concesión de protección a los extranjeros, en atención a su condición humana.

En este sentido, la estructura dada al razonamiento de los tribunales no sólo responde a criterios cronológicos. Aunque el material judicial debe seleccionarse y elaborarse siguiendo la evolución gradual de las resoluciones judiciales, la presentación de las sentencias en esta investigación ha de ser el resultado de la combinación de diferentes principios lógicos.

Asimismo, no pretendo que las sentencias de los tribunales supranacionales sean analizadas en el contexto de la construcción del Derecho de inmigración por parte de los tribunales. Dicha construcción, que sería el objeto de la primera parte de este trabajo, es planteada como constitutiva de un proceso nacional, al haber tenido los tribunales supranacionales una competencia limitada en este respecto. La jurisprudencia supranacional sería así sólo examinada en la segunda parte de este estudio, en la que se analizan los elementos supuestamente implicados en este proceso. De este modo, el examen de la jurisprudencia supranacional es aquí sólo secundario, en tanto que con él se trata únicamente de determinar si esa jurisprudencia ha representado, sin embargo, un factor de influencia en el razonamiento nacional.

Los dos tribunales supranacionales así relevantes son el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), y lo que aquí propongo es presentar sus construcciones lógicas en paralelo, a pesar de que las premisas desde las que cada uno interviene en el área de inmigración son muy distintas. Mientras que el TEDH goza de competencia territorial y está así facultado para intervenir a fin de garantizar el respeto de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a cada persona que se encuentra bajo su jurisdicción, el TJCE tiene una competencia limitada respecto de los nacionales extracomunitarios, quienes en principio quedan fuera del ámbito de los objetivos inmediatos de la Unión Europea. La realización de estos objetivos ha llevado, sin embargo, al TJCE a defender una interpretación teleológica del Derecho que progresivamente ha expandido su esfera de competencia. En este sentido, el estudio de la influencia supranacional trataría de mostrar los diferentes tipos de impacto que estos dos tribunales han podido tener, mientras que al mismo tiempo intentaría reflejar el desarrollo inesperado que estas respectivas bases competenciales pueden comportar.

Así, este análisis que propongo se hallaría dividido en dos partes principales. La primera parte estudiaría el proceso progresivo de concesión de protección a los extranjeros, distinguiendo, a su vez, entre derechos precarios y emergentes como los dos aspectos de esta evolución. Analizaría por separado los casos de Alemania, Francia y España, y concluiría con un breve resumen de los rasgos fundamentales observados respecto de la protección

finalmente garantizada a los extranjeros en estos tres países. Esencialmente, a la vez que será posible observar una tendencia a la convergencia en los resultados obtenidos, asimismo se podrá constatar diferencias en los modos de lograr estos resultados similares.

Estos diferentes estadios de análisis estarían organizados según una misma estructura lógica, a fin de ofrecer una pauta para la comparación que permita analizar si los tribunales nacionales siguen una evolución parecida, y destacar al mismo tiempo las diferencias entre estos países.

La segunda parte intentaría representar una evaluación de los resultados logrados en la primera parte, al tratar de construir el proceso de concesión de protección a los extranjeros. Trataría así de analizar, de un lado, los elementos y las causas determinantes de este proceso y, de otro, las similitudes y diferencias observadas entre los procesos nacionales. Estos dos objetivos se pueden perseguir de modo simultáneo a través del examen de los tres elementos siguientes: la jurisprudencia supranacional, los mecanismos internos de protección de derechos fundamentales, y las características inherentes al instrumento judicial, como responsables en sí mismas de la emergencia de una protección para los extranjeros.

En efecto, mientras que a través del primero y del último de estos tres elementos (la influencia supranacional y la naturaleza del instrumento judicial, respectivamente) trataría, en última instancia, de ofrecer una explicación a la existencia de una convergencia entre los países en la protección finalmente conferida a los extranjeros, con el segundo de estos factores (los mecanismos internos de protección de derechos fundamentales) intentaría en cambio elucidar las diferencias observadas en los modos de conferir dicha protección. Se trata de interpretar tales diferencias a la luz de los sistemas nacionales de protección analizados y de las respectivas estructuras jurídicas generales de las que los tribunales parten en su razonamiento.

Asimismo, como en la primera parte del trabajo, el estudio de la segunda parte también seguiría la misma estructura. En su análisis, se iría de los derechos precarios a los emergentes, tratando así, en último término, de re-interpretar el razonamiento de los tribunales desde la perspectiva cambiante de los posibles elementos de influencia en este proceso.

Esencialmente, la idea central expresada con esta estructura es la dualidad fundamental que caracteriza el razonamiento de los tribunales. Aunque éstos aceptan la soberanía de los Estados respecto de la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional, afirman sin embargo los derechos que corresponden a los extranjeros en atención a su condición de humanidad, hasta el punto de acabar confiriendo en ciertas ocasiones un derecho de entrada y permanencia. La concesión de esta protección es, no obstante, sólo indirecta y justificada por las circunstancias concretas de cada caso, sin llegar a eliminar completamente la premisa denominada como de precariedad.

RESUMEN

DERECHO DE INMIGRACIÓN

Este artículo pretende ser una propuesta teórica y metodológica para el estudio comparado del Derecho de inmigración. La inmigración representa hoy un elemento estructural en casi todos los países industrializados y, en última instancia, un fenómeno que transforma radicalmente las bases de los Estados modernos, al expresar la necesidad de superar los límites inherentes a la idea de «nacional», así como las dificultades que lo «no nacional» plantea para el razonamiento jurídico tradicional. La propuesta que aquí se realiza parte, efectivamente, de la constatación de esa transformación: los mecanismos de protección de derechos han acabado haciendo posible la consolidación de un estatus jurídico-constitucional de los extranjeros que no parecía previsible a la luz de la tendencia restrictiva iniciada con la crisis económica de 1973. Así, lo que este artículo propone no es tanto el análisis de la regulación existente en materia de inmigración, como del proceso de construcción progresiva de esa protección de los extranjeros. Y para ello plantea acudir al instrumento judicial (fuerte ante el caso concreto y flexible para poner remedio a la falta de soluciones jurídicas precisas y definitivas), al método comparado (que además de mostrar las diferentes respuestas dadas por los ordenamientos nacionales, reflexiona sobre los diferentes caminos seguidos para llegar a soluciones en muchas ocasiones muy parecidas en su resultado), así como a dos categorías conceptuales (los derechos precarios y emergentes, que reflejan la tendencia oscilante y dividida de los tribunales ante el fenómeno de la inmigración).

ABSTRACT

IMMIGRATION LAW

This article endeavours to give a theoretical and methodological proposal for the comparative study of immigration law. Immigration today is a structural element in almost all industrialised countries, and ultimately it is a phenomenon that is radically transforming the foundations of modern states, because it expresses the need to overcome the inherent limits in the idea of «national» as well as the difficulties that the «non-national» poses for traditional legal reasoning. The proposal furnished here in fact begins by stating the transformation: Mechanisms for the protection of rights have finally made possible the consolidation of a legal/constitutional status for foreign citizens that could hardly have been foreseen in the light of the restrictive tendency that began with the economic crisis of 1973. So, what this article proposes is not so much an analysis of existing regulations on immigration, as an analysis of the gradual process of construction of this protection for foreign citizens. And to do so, the article suggests using the judicial instrument (strong in the case at hand and flexible to address the lack of precise, definitive legal solutions), the comparative method (which in addition to showing the different responses given by different countries' legislation, reflects on the different paths taken to reach solutions whose result is often very similar), and two conceptual categories (precarious rights and emerging rights, which reflect the wavering, divided tendency of courts in response to the phenomenon of immigration).

(Trabajo recibido el 08-06-08 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

DERECHO COMPARADO

El título supletorio en el Ordenamiento Registral de Nicaragua

por

HENRY ROMÁN URBINA BLANCO
Abogado y Notario Público

y

DIANA ARAICA ÁLVAREZ
Abogado y Notario Público

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES:

1. EL ARTÍCULO 397: INTRODUTOR DE LA FIGURA EN CUESTIÓN (CONTEXTO JURÍDICO SOCIAL DE LA FORMACIÓN DE LA LH DE 1861).
2. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO CONSERVATORIO NICARAGÜENSE DE 16 DE JUNIO DE 1877.
3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1904 Y EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PÚBLICO.

III. EL TÍTULO SUPLETORIO Y EL RRP: UNA PROBLEMÁTICA LEGISLATIVA:

1. COROLARIO.
2. TÍTULO Y TITULARIDAD.
3. EL TÍTULO SUPLETORIO Y SU RELACIÓN CON EL DOMINIO, LA POSESIÓN Y LA USUCAPIÓN:
 - 3.1. *El dominio:*
 - 3.1.1. Breve referencia a su evolución histórica.
 - 3.2. *La posesión:*
 - 3.2.1. La importancia jurídica de la posesión y la justificación de la regulación del estado posesorio.
 - 3.3. *La usucapión:*
 - 3.3.1. Tipos de usucapión.
 - 3.3.2. Requisitos de la usucapión ordinaria.

4. EL JUSTO TÍTULO:
 - 4.1. *Requisitos del título que se requiere para la usucapión.*
 - 4.2. *¿Título supletorio es igual a justo título?*
 5. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.
- IV. TRAMITACIÓN PROCESAL DEL TÍTULO SUPLETORIO.
- V. PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SOCIAL ACTUAL:
1. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA REFERIDA PROBLEMÁTICA:
 - 1.1. *Sobre la problemática jurídica.*
 - 1.2. *Sobre la problemática social.*
- VI. VALORACIÓN SOBRE LA PERTINENCIA DEL MANTENIMIENTO DE ESTA FIGURA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.
- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad, en tanto que es el derecho más completo que sobre las cosas se puede ejercer, requiere un sistema que le brinde los medios de protección adecuados, pero a la vez requiere también normas que regulen, de la mejor manera, la adquisición de tan importante derecho.

En Nicaragua contamos con una gran cantidad de problemas en materia de propiedad inmobiliaria, debidos a muchas razones y circunstancias, algunas de índole social, jurídica y hasta histórica.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico contempla la figura del título supletorio, que como veremos, permite a un propietario inscribir su derecho en el Registro ante la falta de un título de dominio. Esta figura tiene sus orígenes en la legislación hipotecaria española, como veremos en el capítulo referente a los antecedentes de la figura. En este capítulo estudiaremos la normativa que sirvió de inspiración para que nuestro legislador introdujera la figura en nuestro sistema.

En un segundo capítulo presentamos la legislación vigente sobre la materia en nuestro país, planteada como la problemática legislativa que la misma presenta. En este capítulo realizamos las concordancias pertinentes de nuestra legislación con la legislación española, para poder, de esa manera, verificar las diferencias entre ambos sistemas, que son, al fin, las que han marcado la problemática que rige en nuestro ordenamiento.

Para efectos de una mejor comprensión de los conceptos más básicos, hemos intentado dejar sentada una definición sobre título y titularidad, por ser de trascendental importancia en el intento de retener la significación propia de cada término.

Además, al hablar de la figura del título supletorio nos damos cuenta que es necesario abordar otras temáticas relacionadas, cuyo tratamiento permite entender mejor las instituciones y de esa forma, el sentido de la ley. Por esta razón, el lector podrá encontrar un acápite en donde se relaciona la titulación supletoria con instituciones como el dominio, la posesión y la usucapión. En cuanto a esta última, se aborda lo atinente al justo título, el cual ha llegado a ser confundido con el título supletorio. Para tales efectos, brindamos nuestro parecer, intentando delimitar las diferencias entre uno y otro.

Posteriormente, haremos una breve referencia a la seguridad jurídica, en tanto ésta es un principio constitucional que debe ser protegido y procurado por el ordenamiento jurídico.

No estaría completo este trabajo si en él no se abordara la tramitación procesal del título supletorio, para lo cual dedicamos un capítulo de este documento. Aquí se detallan los pasos que debe seguir quien pretenda le sea otorgada una titulación supletoria sobre un inmueble, desde el escrito de solicitud hasta la sentencia en que se manda la inscripción de la certificación otorgada por el Juez.

Como antepenúltimo capítulo, planteamos la problemática jurídica y social que ha nacido a raíz del título supletorio. Nos servimos, para tal efecto, de las noticias que han sido publicadas en los últimos años en los periódicos de mayor circulación en nuestro país, con el objetivo de poder verificar el impacto que dicha figura ha generado, creando un problema que afecta tanto el ámbito jurídico como el social.

Llegando al final de nuestro trabajo, realizamos una valoración sobre la pertinencia del mantenimiento del título supletorio en nuestro ordenamiento jurídico, basándonos en lo dicho a lo largo del trabajo y valorando una diversidad de circunstancias merced a las cuales llegamos a nuestro entendimiento final. Posteriormente, finalizamos este esfuerzo con la presentación de las conclusiones del trabajo.

II. ANTECEDENTES

La regulación que sobre la materia del título supletorio desarrolla el Reglamento del Registro Público (RRP), no fue una de las novedades introducidas por el Código Civil de 1904 a través del mencionado Reglamento —como se ha creído—. La figura en cuestión ya había sido abordada en el Reglamento de Registro Conservatorio (RRC) de 16 de junio de 1877.

Sin embargo, pensamos que el legislador nicaragüense de 1877, del cual heredamos la figura del título supletorio, se inspiró en la Ley Hipotecaria (LH) española de 1861, la cual dedicaba a su regulación los artículos que van del 397 al 410. Y también pensamos que seguramente sirvieron, para tal efecto, las reformas que sobre dicha ley se formularon en 1869.

La LH de 1861 pensó sentar sus bases en el principio de publicidad, pero en un principio de publicidad absoluta que eliminara el sistema mixto que hasta entonces existía en España, el que permitía una combinación de hipotecas ocultas y generales (1). De forma que el nuevo sistema estaría llamado a ser un mejor protector del derecho de dominio.

1. EL ARTÍCULO 397: INTRODUCTOR DE LA FIGURA EN CUESTIÓN (CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL DE LA FORMACIÓN DE LA LH DE 1861)

Antes del año 1861, la propiedad en España se encontraba en la incertidumbre, lo cual se debía a una serie de razones, algunas de orden jurídico y algunas otras de orden social. El hecho es que gran parte de los españoles no tenían ninguna titulación que les permitiera apoyar su derecho de dominio u otros derechos reales. Otra de las razones que provocaron los problemas de propiedad fue la subdivisión de la misma en algunos puntos de la península. También podemos añadir las guerras que habían azotado el territorio español, así como los incendios que se produjeron en los archivos públicos donde se custodiaban las escrituras. Pero aún hay más, ya que muchas veces el problema se debía a la incuria o falta de diligencia de los mismos propietarios. Todas estas razones, entonces, fueron las causantes de la falta de titulación a la que nos habíamos referido (2).

Dicho lo anterior, es notorio que en aquella época los españoles se vieron en la necesidad de idear alguna fórmula que les permitiese salvar —de alguna manera— el inconveniente que les presentaba el hecho de no tener un archivo donde se custodiaran las escrituras, por haberse destruido en un incendio el existente. Esta necesidad es, entre otras tantas, una de las muchas justificaciones que el legislador español tuvo para crear una figura como el título supletorio.

No obstante, creemos que la LH de 1861 se basaba todavía en otra razón de mucho peso, y es el hecho de que ante la falta de registro de las propiedades existentes, no se podía mantener en la inestabilidad e incertidumbre a los propietarios legítimos (y a la población en general) que no tenían como demostrar su derecho, porque esto acarrearía inseguridad jurídica. Por lo tan-

(1) PANTOJA, JOSÉ/LLORET, ANTONIO, *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros*, Tomo primero. Librería de don Leocadio López, Madrid, 1861, pág. 63.

(2) PANTOJA, JOSÉ/LLORET, ANTONIO, *Ley Hipotecaria, comentada y explicada, concordada con las leyes y Códigos extranjeros*, Tomo segundo. Librería de don Leocadio López, Madrid, 1862, pág. 259. En este sentido, ver también MORELL Y TERRY, J., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tomo quinto, 2.^a edición corregida y adicionada, Editorial Reus (S. A.), Madrid, 1934, pág. 478.

to, se pretendía que gracias a esta titulación supletoria, todas, entiéndase bien, todas las propiedades existentes en España, entrasen al Registro. Importaba, entonces, tener registradas y, de esa forma, controladas la totalidad de fincas existentes, para que éstas no estuvieran en la clandestinidad y acudieran al Registro y pudiera, de esta manera, ser conocida cada titularidad que ahí estuviese inscrita (3).

PANTOJA (4) hacía énfasis en lo señalado anteriormente cuando decía que: «la *Ley Hipotecaria* no podía (*sic*) desatender esta circunstancia, y á (*sic*) fin de no hacer aparecer como sospechosa ó (*sic*) insegura la propiedad, ha establecido que una titulación (*sic*) nueva sustituya á (*sic*) la perdida ó (*sic*) nunca formada. Como dice perfectamente la *Exposición (*sic*) de Motivos*, esta titulación (*sic*) nueva no podrá inspirar desde luego tanta confianza, ni tener tanta eficacia como los verdaderos títulos de propiedad, pero acreditará la posesión (*sic*)...» (5).

Además, PANTOJA (6) añade que la «posesión» que se acreditará, con el transcurso del tiempo llegará a ser tan buena y tan segura como la titulación más completa. Esto significa que esa titulación supletoria que se otorgaba luego de haber probado el ejercicio de un derecho (prueba que se realizaba con el hecho de la posesión, pero entendida ésta como el ejercicio efectivo de un derecho), con el tiempo habría de perfeccionarse y dejaría de ser solamente el reflejo del derecho de dominio y sería bastante como para otorgar un título de dominio, de la forma más perfecta.

Creemos adecuado en este momento, presentar el artículo 397 de la LH de 1861, del cual creemos fue el artículo en el cual se inspiró nuestro legislador para traer a nuestra legislación la figura que hoy estudiamos:

(3) Este deseo del legislador español no hace otra cosa más que reflejar la intención que ya se había manifestado de contar con un Registro cuya base fuese un principio de publicidad absoluta. Y decimos «absoluta» porque la intención de los ibéricos era que todas las titularidades sobre las fincas pudieran ser puestas en conocimiento de los individuos, merced a la publicidad dispensada por el Registro.

(4) PANTOJA, JOSÉ/LLORET, Antonio, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 260.

(5) En este sentido, véase también MORELL Y TERRY, J., *Comentarios...*, 1934, pág. 478. Sobre este punto, adelantamos que la discusión sobre si el título supletorio acredita posesión o acredita dominio, resulta interesante y aclarador lo planteado por FERNÁNDEZ GREGORACI, quien plantea: «*Lo que reflejaban los asientos era la propiedad a través de la presunción legitimadora de la posesión: la posesión a título de dueño entraba al Registro como propiedad, no como posesión, precisamente por presumirse al poseedor propietario...*»; FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria y legitimación registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, pág. 48. Las negrillas y las cursivas son nuestras. Dejamos planteada tal cuestión, sin profundizar en la discusión porque a ella nos dedicaremos posteriormente, al hablar de la problemática legislativa que en nuestra realidad tenemos.

(6) PANTOJA, JOSÉ/LLORET, Antonio, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 260. Vid., también, MORELL Y TERRY, J., *Comentarios...*, 1934, pág. 478.

Artículo 397

El propietario que careciere de título de dominio escrito deberá inscribir su derecho justificando previamente (*sic*) su posesión ante el juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal, si tratare (*sic*) de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó (*sic*) la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.

Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó (*sic*) término donde no resida el juez de primera instancia, podrá hacerse dicha información (*sic*) ante el juez de paz respectivo, con audiencia del síndico del Ayuntamiento, en todos los casos en que debería (*sic*) ser oído (*sic*) el promotor fiscal.

La intervención (*sic*) del promotor ó (*sic*) del síndico se limitará á (*sic*) procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley.

El artículo es bastante claro cuando en su primera línea habla del propietario. Hacemos énfasis en esto porque cuando abordemos lo referente a nuestra legislación, veremos que se ha mal interpretado la intención del legislador español, que fue de donde se tomó la figura que ahora analizamos. En nuestra realidad se ha creído que el título supletorio acredita posesión, lo que nos haría pensar que la posesión tiene cabida en el Registro de la Propiedad, cuestión que, como veremos más adelante, no tiene mucho fundamento técnico. Pero a sabiendas de que tendremos luego el espacio para abordar nuestra legislación, nos limitaremos ahora a tratar la legislación española.

Todo el comentario anterior venía a colación para hacer relevante esa primera línea del artículo 397 LH, la cual nos aclara en cuanto a la finalidad qué se proponía el legislador español, que no era otra que la de permitir al propietario —no al mero poseedor, al propietario— que no tuviese un título de dominio escrito, inscribir su derecho.

Sin embargo, continúa el artículo diciendo que para poder inscribir ese derecho del que no se tiene título escrito, debe justificarse ante el juez la posesión. Es decir, que previamente debe haber demostrado, quien pretenda se le expida un título supletorio, que tiene la posesión (7) efectiva del bien.

Pero esa posesión a la que se refiere el artículo de la LH, que ahora examinamos, debe ser entendida como la posesión que puede ejercer el propietario como consecuencia del derecho real que le asiste. Nos referimos al

(7) Este es el punto que, según nuestra opinión, ha dado lugar a grandes confusiones, pues al referirse el artículo a ese deber de probar la posesión, muchos han creído que eso equivale a inscribir la posesión, cuestión, que como ya hemos dicho, no es tan cierta, técnicamente hablando.

ejercicio de hecho, del derecho. Es una facultad derivada de la titularidad que un individuo tiene (8).

Pensamos, por lo tanto, que cuando el inicio del artículo 397 LH sirve para despejar cualquier duda que se pudiera tener en cuanto a la intención del legislador español, ya que el título supletorio se creó en pro de los titulares dominicales que no tuvieran título escrito (9), como una forma de lograr que esos titulares acudieran al Registro a inscribir su propiedad y proteger, de esa forma, su titularidad.

Sin embargo, no deja de tener sentido la LH al ser planteada de esta forma. Y es que —como dice PANTOJA (10)— habrá quienes digan que no hay razón para convertir al propietario en poseedor en virtud del expediente posesorio (11) que debía tramitarse según la LH. Ciertamente eso es así, pero también es cierto que el propietario que no tiene un título de dominio escrito para poder inscribir no tiene otro derecho que el anejo a la posesión material sobre la cosa. El problema es que aquel que no demuestra su derecho mediante un título escrito, ante la ley no tiene otro carácter que el de poseedor.

La posesión que se debe probar debe ser demostrada a través de las declaraciones testificales de los vecinos de la propiedad. Lo que ocurre es que por muchas testificales que se presenten, éstas no pueden acreditar el dominio de la misma forma en que podría hacerlo un título de dominio (12). Es decir,

(8) Vid. FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria...*, 2002, pág. 47 y sigs. En este sentido, MORELL Y TERRY, J., *Comentarios...*, 1934, pág. 478.

(9) PANTOJA previene, de acuerdo al artículo 326 de la LH, que se entiende que carece de título inscrito para el efecto de «inscribir su posesión», de acuerdo a la LH, no sólo el que no posea realmente dicho título, sino también el propietario que, teniéndolo, no puede reclamar inmediatamente su inscripción por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla o por cualquier otra causa que le obligue a dilatar su presentación: *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 264.

(10) PANTOJA, José/LLORET, Antonio, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 261.

(11) La LH de 1861 ordenaba la tramitación de una información posesoria, pero el proyecto de Código Civil establecía ya la información sobre propiedad. En este sentido, ORTIZ DE ZÁRATE, en la sesión de 7 de enero de 1861 del Congreso de Diputados, aplaudía lo estipulado en el Código Civil sobre las informaciones de propiedad y sugería que las mismas debían ser incluidas en la LH, en cuyo caso se podrían tramitar expedientes posesorios y expedientes de dominio. Todo esto serviría, según ORTIZ DE ZÁRATE, para evitar perjuicios a los que son verdaderos propietarios de los bienes de que no poseen títulos. Además, señalaba, si son tan pocos los que tienen los títulos de propiedad en toda forma, ¿cómo vamos a condenar a estos individuos a que no tengan propiedad, pues que no la tendrán según la LH con las condiciones que los demás? La información que la ley establece es meramente posesoria, pero eso no es bastante, porque la misma ley dice que en virtud de la información posesoria no se conceden más derechos que los que la ley otorga a los poseedores de buena fe. ¿Por qué al propietario que puede disponer de sus bienes le hemos de convertir en simple poseedor?, se preguntaba ORTIZ DE ZÁRATE, en *idem*, págs. 261-262.

(12) Sobre este punto son valederas las palabras de MORREL cuando afirma: «Por más que las informaciones de testigos sean poco apreciables tratándose de cuestiones sobre

la ley no podía admitir las declaraciones de los testigos en defecto de título, pues en ese caso todos los poseedores empezarían a reclamar un título de dominio sobre las cosas que poseen y, aún así, los tribunales no podrían considerarlos sino como poseedores, sin perjuicio de tercero de mejor derecho. Y esto debe ser así porque de esa manera se protege al verdadero propietario y se evita que sea despojado de una finca cuyos títulos posee, por un poseedor que, por muchas justificaciones que presente, no tiene esos títulos y, por lo tanto, también carece de un mejor derecho (13).

En fin, la Comisión que elaboró la LH consideró que con ella se remediaba la urgente necesidad que tenía el sistema hipotecario de poder solucionar el problema de las propiedades sin registrar, pues a falta de títulos podía verificarse una información sobre la posesión de hecho, la que serviría como título para que su inscripción produjera los mismos efectos que el de dominio, siempre y cuando el tiempo que transcurra sea el necesario para que se verifique la prescripción (14).

Hasta este momento hemos dejado establecido el origen primitivo de la figura del título supletorio, la Ley Hipotecaria española de 1861, siendo el artículo 397 el que en estos momentos más nos interesa, razón por la cual no abordaremos los demás artículos de la LH, atinentes al título supletorio en este acápite, pues los mismos encontrarán cabida en otros momentos y lugares de esta investigación.

2. EL REGLAMENTO DEL REGISTRO CONSERVATORIO NICARAGÜENSE DE 16 DE JUNIO DE 1877

Decíamos, al iniciar este capítulo, que la figura del título supletorio no era una novedad introducida por nuestro Código Civil vigente por medio de su RRP, sino que la misma ya había sido introducida a nuestra legislación en el Reglamento del Registro Conservatorio de 1877. Pensamos que el legislador del '77 retomó de la LH española la figura que hoy estudiamos y la introdujo a nuestro ordenamiento.

A través del RRC se empieza a hablar en nuestro país de un sistema registral basado en la publicidad de lo registrado. Así lo establecen las primeras dos normas del RRC, las que rezan:

derechos, son frecuentemente las únicas pruebas posibles cuando se ha de acreditar la existencia de un hecho. Admítase, pues, este modo de probar en la imposibilidad de otro mejor, por no existir la titulación antigua y por haber desaparecido las huellas para encontrarla»: *Comentarios...*, 1934, pág. 478.

(13) PANTOJA, José/LLORET, Antonio, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 261.

(14) PANTOJA, José/LLORET, Antonio, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 263.

Artículo 1.º

El objeto principal del Registro o inscripción de los instrumentos públicos, que la ley establece como medio de tradición de los bienes raíces, es la publicidad de los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces, o que sobre ellos imponen gravámenes o limitaciones al dominio, para garantizar con tal publicidad las transacciones, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble.

Artículo 2.º

Tiene también por objeto el Registro, la mayor autenticidad y la seguridad de los títulos traslaticios del dominio, y las de los actos y documentos que deben igualmente registrarse, de manera que en ellos intervenga mayor número de personas y queden precavidos de la pérdida o destrucción, a que fácilmente estarían expuestos, si la constancia de tales títulos, actos o documentos existiera en una sola oficina.

Queda establecido de manera clara, entonces, que ya en aquella época se pretendía crear un Registro que supiera dispensar una adecuada publicidad de lo que en él se contenía. Pero aún más y no menos importante, el artículo 2.º reconoce ya la seguridad jurídica y la declara como objeto del Registro Conservatorio de bienes raíces. Llama positivamente la atención este hecho y aplaudimos tal iniciativa del legislador del '77, por dejar sentado el hacer del Registro sobre la base de un pilar fundamental dentro de todo ordenamiento jurídico, como lo es la seguridad jurídica. Hoy por hoy, es nuestra Constitución la que recoge este principio, como en su momento veremos.

Ya en el artículo 61, el RRC empieza a dar cabida a la figura del título supletorio al referirse a las transferencias de dominio entre vivos:

Artículo 61

Para inscribir la transferencia del dominio por acto entre vivos, de una finca que no ha sido inscrita, el Conservador exigirá que el tradente presente el título de donde se derivan sus derechos, para inscribirlo previamente.

Si careciere del documento legal en que tal título conste, el Conservador admitirá al interesado el título supletorio de que habla el artículo 109.

Se sujetará á (*sic*) la misma regla, la inscripción ó (*sic*) registro de la constitución ó (*sic*) transferencia, por acto entre vivos, de los derechos de usufructo, uso, habitación e hipoteca que se refieran á (*sic*) inmuebles no inscritos.

Sin embargo, es hasta en el artículo 107 y siguientes donde se desarrolla la titularidad supletoria, en las disposiciones generales del RRC, cosa extraña.

Artículo 107

Los que pretendieren inscribir títulos de fecha anterior a la época en que este reglamento principie a regir, lo podrán hacer con sólo la presencia del título, si lo hubiere.

Si les faltare título, la inscripción se hará entonces, después de haberse cumplido con las prescripciones contenidas en el artículo 109 de este reglamento.

Las firmas de las partes no son necesarias en ninguno de los dos casos mencionados, y las designaciones omitidas en los títulos, con las diligencias que hubieren de practicarse, cuando no los hubiere, se suplirán por minutas firmadas por los interesados.

Artículo 108

La ley no reconoce ninguna propiedad raíz que esté inscrita en el Conservatorio, para el efecto de transmitir su dominio ó (*sic*) gravarla. En consecuencia, los dueños de bienes raíces no podrán enajenarlos, por actos entre vivos, ni constituir gravamen ninguno sobre ellos, mientras no se haya llenado el indispensable requisito de la inscripción, teniéndose por tal el registro que se haya hecho anteriormente en las notarías de hipotecas.

Artículo 109

En caso de que el dueño de alguna propiedad raíz careciere del título correspondiente, o de que el que tuviere se encontrare con defectos insubsanables, podrá el interesado proporcionarse uno en calidad de supletorio, que deberá obtener en la forma que se expresa en el artículo siguiente.

En los artículos que van del 110 al 117, se dedica el Reglamento a normar lo referente a la tramitación del expediente ante el juez. Al igual que en el sistema español, se debía probar la posesión efectiva, pero el artículo 111 en

su segundo párrafo es muy claro al decir que si nadie presentare oposición de la solicitud realizada el juez autorizará a inscribir la propiedad (no la posesión). Pero aún hay más, pues el artículo 112 declara que en virtud de tal autorización se presumirá dueño de la propiedad inscrita, al interesado que la hubiere obtenido.

Pero en cuanto a los artículos transcritos, el 108 nos deja ver ese ánimo que tenía el legislador de que todas las fincas acudieran al Registro y abandonaran la clandestinidad. Es decir, se pretendía que la totalidad de las fincas estuvieren registradas, so pena de desconociendo por parte de la ley de aquellas propiedades raíces no inscritas.

Lo anterior nos permite inferir aún más, y es que pensamos que con tales disposiciones se quería que una vez inscritas las propiedades, los subsiguientes negocios enajenatorios tuviesen como protagonista a un titular inscrito, con suficiente capacidad de transmitir su titularidad, lo cual le permitiría al *accipiens* adquirir con una mayor certeza de lo que estaba haciendo, amparado en la seguridad que gracias al Registro se le estaba dispensando.

Pero una reflexión más al respecto: toda esta suerte de acontecimientos, trasladados ya al ámbito del Registro, sirven para que pueda practicarse de manera efectiva el tracto sucesivo que debe reflejarse en el Registro, como ese encadenamiento que va uniendo una titularidad con otra sin solución de continuidad.

Por su parte, el artículo 109 nos parece categórico en su redacción por lo claro que resulta, dejando escaso margen a las equivocaciones y malas interpretaciones. Este precepto deja establecido, desde un principio, que se está refiriendo al dueño, al propietario de un bien (15). Se trata de un propietario que carece de título o bien, de un propietario que teniendo su título, éste se encuentra con defectos insubsanables. Es esta persona a la que el RRC faculta para tramitar un título supletorio, no a cualquiera.

3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1904 Y EL REGLAMENTO DEL REGISTRO PÚBLICO

En el año de 1904, bajo el gobierno de José Santos Zelaya, fue promulgado nuestro Código Civil vigente, el que traía anexo el Reglamento del Registro Público, cuerpo normativo encargado de regular la titularidad supletoria.

Evidentemente, el legislador de 1904 tenía como bases para la redacción del RRP la LH (16) española y las disposiciones que desde 1877 se contenían en el RRC.

(15) Podemos entender que este artículo, desde un inicio, reconoce que el facultado para solicitar el título supletorio es el propietario del bien y no otro.

(16) No es de sorprender que las reformas de 1869 a la LH hayan sido tomadas en cuenta también para la confección de la normativa nicaragüense sobre la materia, pues para la fecha de dichas reformas aún faltaban 35 años para la promulgación del RRP.

Hemos dejado establecidos, hasta ahora, los cuerpos normativos que sirvieron de base y antecedente para la redacción de nuestra legislación actual, en la cual no ahondaremos en este momento por estar dedicada, para tales efectos, la segunda parte de este modesto estudio.

III. EL TÍTULO SUPLETORIO Y EL RRP: UNA PROBLEMÁTICA LEGISLATIVA

Anteriormente hemos expuesto los antecedentes de la titulación supletoria, es decir, las normas que sirvieron de base para crear dicha figura, empezando con la Ley Hipotecaria española de 1861, pasando por el Reglamento del Registro Conservatorio, hasta llegar a su regulación en el Reglamento del Registro Público (1904), vigente en la actualidad.

Dicho lo cual, estudiaremos ahora las normas que al efecto concibió el legislador nicaragüense, respecto de aquéllas que le sirvieron de modelo, de modo que logremos asir su verdadera significación y alcance.

En nuestro ordenamiento jurídico, la titulación supletoria se encuentra regulada por el RRP, en los artículos que van del 137 al 142, y si bien es cierto, todos esos artículos tienen mucha importancia, creemos que son los artículos 137 y 142 los que han dado paso a una confusión, un mal entendimiento del cual han derivado una gran variedad de problemas en materia de propiedades. Por esa razón, nos parece que estamos frente a una problemática legislativa, pues la ley no es tan clara como podría ser, ya que la confusa redacción del RRP, en esta materia, se presta a interpretaciones erradas, cuestión que intentaremos abordar de la mejor manera posible, a continuación. De esta forma, el primero de estos artículos se inicia realizando una determinación de quién es la persona legitimada para solicitar el título supletorio:

Artículo 137 RRP (17)

El propietario que careciere de título hábil para inscribir, deberá acreditar su derecho justificando previamente la posesión ante el

(17) El precepto nicaragüense es coincidente con el artículo 397 LH de 1861: *«El propietario que careciere de título de dominio escrito deberá inscribir su derecho justificando previamente (sic) su posesión ante el juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal, si tratare (sic) de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó (sic) la de los demás participes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real.*

Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó (sic) término donde no resida el juez de primera instancia, podrá hacerse dicha información (sic) ante el juez de paz respectivo, con audiencia del síndico del Ayuntamiento, en todos los casos en que debería (sic) ser óido (sic) el promotor fiscal.

Juez competente, según la cuantía de que se trate, con audiencia del Síndico Municipal del lugar donde se instruya la información, si se tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario, o la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir otro derecho real.

Cuando se trate de obtener título supletorio de propiedades rurales, además de los requisitos a que se refiere el inciso anterior, será indispensable la citación del Representante del Fisco.

Al analizar la concordancia que se nos presenta entre el artículo anterior y el 397 de la LH, nos resulta más clara la idea de que efectivamente fue de la LH de donde se extrajo la figura del título supletorio. Sin embargo, el legislador nicaragüense de 1904 realizó ciertos cambios al redactar nuestro RRP, específicamente la parte inicial del artículo 137. Así, mientras la LH habla del propietario que carece de *título de dominio escrito*, nuestro RRP se refiere al propietario que carece de *título hábil para inscribir*.

Las diferencias en cuanto a la redacción de ambos artículos, aunque mínimas, deben ser tomadas con mucho cuidado. La LH fue más precisa, según nuestra opinión, al referirse a la carencia de un título de dominio escrito, pues hablar de un título hábil para inscribir deja espacio a la indeterminación, en tanto que no se expresa la condición que debe tener dicho título. Así, nuestra ley hace alusión a un título hábil. En este sentido, cabría preguntarnos a qué se refiere con las palabras «título hábil». Aplaudimos, en este caso, la mayor concreción legislativa de la normativa española, por no dejar espacio a especulaciones en cuanto a las cualidades del título que se alega en el trámite de título supletorio, dejando señalado de forma concreta que se refiere a un título de dominio escrito.

Pero la pregunta que más nos debe preocupar, en este sentido, es la que se refiere a las implicaciones que en nuestro ordenamiento puede tener uno u otro tipo de redacción. ¿Resulta, acaso, más adecuado para nuestro sistema registral que sean los titulares que carezcan de título de dominio escrito los facultados para solicitar el título supletorio? ¿O acaso no reviste mayor importancia el hecho de que nuestro RRP se refiera a título hábil para inscribir? Pensamos que la utilización de uno u otro tipo de redacción no resulta trascendental para la estabilidad de nuestro sistema jurídico, toda vez que tanto el artículo 137 RRP como el 397 LH pretenden que sea el propietario del bien quien tenga un medio de acudir al Registro e inscribir su titularidad.

La intervención (sic) del promotor ó (sic) del síndico se limitará á (sic) procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley».

Evidentemente, fue este artículo de la LH el que sirvió de referencia para el 137 de nuestro RRP, el cual introdujo leves variantes en la redacción del referido precepto de la LH. De hecho, las variantes más notorias son las realizadas en la parte final de nuestro artículo.

Sí creemos que en precisión y exactitud el artículo de la LH supera al de nuestro RRP, pero finalmente esta circunstancia no será trascendental para los efectos que ambos artículos fueron creados. Al fin y al cabo, de ambos se colige una idea que sí resulta trascendente para efectos de la tarea que ahora nos atrapa: y es que en ambos se deja claro que el llamado a solicitar un título supletorio es una persona que ya posee una titularidad, un derecho de propiedad —un propietario— y no un mero poseedor al que no le asiste ningún derecho.

Además, en ambos artículos subyace otra idea en común: la referencia a un derecho que se pretende probar para luego inscribir. Cosa distinta es que quien quiera probar su derecho debe basarlo en la posesión que sobre la cosa ejerce. Pero la idea a la que se atiende es la de lograr llevar un derecho hasta su registración, más no la de llevar un hecho hacia el Registro, cuestión de por sí indeseable.

En suma, y encausándonos de nuevo en la línea que inicialmente nos movió, creemos que si un artículo habla de «título hábil» y otro de «título escrito», no es en verdad un motivo para desechar a uno u otro (aunque uno sea más preciso), ya que se podría alegar que un título hábil puede ser un título escrito y con eso podríamos acabar la discusión. Sin embargo, habría que encontrar otro título que quepa en la categoría de «hábil» y valorar su relevancia a efectos prácticos, para desacreditar de manera definitiva la redacción de nuestro artículo 137. Así, no consideramos trascendental el cambio que nuestro legislador realizó al momento de redactar el artículo y, además, el fin último en ambos preceptos legales es claro e indiscutible: permitir a un propietario acudir al Registro a inscribir su derecho, luego de probar el ejercicio de hecho del mismo, a través de la posesión.

En el resto del artículo 137 se aborda lo referente a las diferentes entidades a las que deberá darse audiencia dentro del proceso, lo cual dependerá del tipo de derecho real que se pretenda inscribir y de la ubicación de la finca (zona urbana o rural). Sobre este punto, consideramos innecesario cualquier comentario, ya que no hay elementos de debate que permitan obtener algo sustancial para este estudio.

Para la buena llevanza del expediente en que se tramite un título supletorio, se deben observar ciertas normas, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 138 RRP:

Artículo 138 (18)

En la instrucción del expediente a que se refiere el artículo anterior se observarán las reglas siguientes:

(18) El artículo 138.I.5 equivale al artículo 398 LH: El escrito en que se pida la admisión de la información de que trata en el artículo anterior, expresará:

I. El escrito en que se pida la admisión de la información expresará:

1.º La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombres, número y gravámenes de la finca cuya posesión se trata de inscribir.

2.º La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesión se trate, y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.

3.º El nombre y apellido de la persona de quien se haya adquirido el inmueble o derecho.

4.º El tiempo que se llevare de posesión.

5.º La circunstancia de no existir título inscrito o de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista. No será necesaria la comprobación de esta circunstancia, porque ella se supone siempre que se hacen las solicitudes de títulos supletorios, sin perjuicio de la prueba contraria que aduzca cualquier opositor o parte citada.

II. La información se verificará con tres testigos propietarios, vecinos del pueblo o término municipal donde estuvieren situados los bienes.

III. Los testigos acreditarán tener las cualidades de propietarios y vecinos en la forma legal; y contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el expediente y el tiempo que haya durado la posesión. Serán responsables de los perjuicios que puedan causar con la inexactitud de sus declaraciones.

Primero. La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre, número y cargas reales de la finca cuya posesión se trate de acreditar.

Segundo. La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesión se trate, y la naturaleza, situación, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto.

Tercero. El nombre y apellido de la persona de quien se haya adquirido el inmueble o derecho.

Cuarto. El tiempo que se llevare de posesión.

Quinto. La circunstancia de no existir título escrito, o de no ser fácil hallarlo, en el caso de que exista.

Por su parte, los numerales II y III del artículo 138 RRP equivalen a lo artículos 399 y 400 LH:

Artículo 399 LH: La información prevenida en el artículo 397 se verificará con dos o más testigos vecinos, propietarios del pueblo o término en que estuvieren situados los bienes.

Artículo 400 LH: Los testigos de que trata el artículo anterior justificarán tener las cualidades en él referidas, presentando los documentos que las acrediten.

Contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el expediente, y el tiempo que haya durado la posesión, y serán responsables de los perjuicios indebidos que puedan causar la inexactitud de sus deposiciones.

IV. La solicitud para la información se publicará en extracto en el periódico oficial, citando a las personas que pretendan algún derecho sobre los bienes cuyo título se pide. La publicación se hará por tres veces de diez en diez días y se agregará en el expediente el último de los ejemplares.

El artículo anterior, hasta el numeral I.5, es una copia casi fiel del artículo 398 de la LH de 1861. Sin embargo, precisamente en el inciso I.5 ocurre algo llamativo, y es que el legislador nicaragüense alteró una palabra del texto en el que se basó (art. 398.5 LH), cambiándole el sentido jurídico, lo que acarrea una situación distinta a la que en su momento deseó el legislador español.

El 398.5 LH dice: «La circunstancia de no existir *título escrito*, o de no ser fácil hallarlo, en el caso de que exista». Por su parte, el 138.I.5 RRP, en su primera oración dice: «La circunstancia de no existir *título inscrito* o de no ser fácil hallarlo en el caso de que exista». Nuestro legislador cambió las palabras «título escrito», por «título inscrito». Esto conlleva, como ya mencionamos, consecuencias jurídicas distintas:

Cuando los españoles quisieron que quien tramitara un título supletorio hiciera constar en su solicitud la circunstancia de no existir título escrito, lo hicieron pensando en dar paso a la presentación de la información de los testigos por parte del solicitante, en defecto de ese título escrito, para que constara como cierto su relato y se mandara a inscribir su derecho (19).

De forma que al ser sustituida la palabra «escrito» por «inscrito», el sentido de la norma cambia y se pierde la intención original que tuvo el legislador español. Así, quiere decir que tal y como está redactado, nuestro artículo obligaría a quien solicite un título supletorio a demostrar en su solicitud que en el Registro de la Propiedad no existe un título inscrito, ni a su favor, ni a favor de otro. Así lo entendemos porque es lo que del artículo se puede inferir. Pero aún más, creemos que esta situación obligaría al solicitante a requerir por parte del Registrador una certificación de que sobre dicho inmueble no existe inscrita ninguna titularidad, es decir, se requeriría de una especie de «negativa de inscripción».

Sin embargo, lo anterior no nos parece algo descabellado si se piensa que en caso de existir un título inscrito, el Juez no podría dar continuidad al proceso sin antes dar intervención al titular inscrito. Visto de esa forma, esta disposición favorece a ese titular registral al que ninguna otra norma, en esta materia, le concede intervención cuando se trata de inscribir el dominio (sí cuando se trata de inscribir otro derecho real).

(19) PANTOJA, JOSÉ/LLORET, ANTONIO, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, pág. 269.

Todo esto nos hace pensar que nuestro legislador incurrió en la confección de una norma que —sin ser la intención— venía a favorecer al titular registral. Y decimos que no era la intención del legislador porque si ese hubiese sido el caso, también habría dejado inalterada la disposición de la LH —pero no lo hizo— de la cual derivó la que ahora nos ocupa (en cuyo caso habrían dos disposiciones: una que obligaría al solicitante a expresar la inexistencia de título escrito y otra que lo obligaría a expresar la inexistencia de título inscrito), pues aquella disposición de la LH no hacía más que darle al solicitante la oportunidad de expresar ante el Juez que no existía un título escrito, razón por la cual solicitaba una titulación supletoria. Pero no fue eso lo que hizo nuestro legislador, y es precisamente esa razón la que nos hace pensar que el cambio de palabras se transformó en una situación positiva y negativa a la vez. Situación cuyas consecuencias no fueron previstas y que ahora dejan, se quiera o no, un vacío en nuestra ley.

Pero nótese cuán contradictorio fue nuestro legislador, pues todavía agregó a ese artículo 138.I.5 la coletilla siguiente: «...o de no ser fácil hallarlo en caso de que exista». De manera que esta norma se lee así: «*La circunstancia de no existir título inscrito o de no ser fácil hallarlo en caso de que exista*». Pero decimos que el legislador fue contradictorio porque el 138.I.5 concluye con la siguiente sentencia: «*No será necesaria la comprobación de esta circunstancia, porque ella se supone siempre que se hacen las solicitudes de títulos supletorios, sin perjuicio de la prueba contraria que aduzca cualquier opositor o parte citada*». Esto quiere decir que cuando haya título inscrito y así lo señale el solicitante, no deberá probar esta circunstancia, pues la misma se presume, en este tipo de procedimientos.

¿Acaso lo anterior no perjudica al titular inscrito? Creemos que sí, en tanto que su titularidad inscrita se presume cierta, cuando el solicitante exprese que hay un título inscrito, pero que el mismo es difícil de encontrar, razón por la cual el Juez no podría citar a ese titular inscrito para que haga valer su derecho. Entonces, para él toda esta situación quedará en el desconocimiento y seguramente el Juez dará trámite a la solicitud sin llamar al titular registral.

Todo esto nos muestra que nuestro sistema en ese sentido es confuso y defectuoso. Y lo que es peor, nos confronta con una problemática legislativa, la que evidentemente no conduce a nada fructífero, al contrario, solamente nos arrastra a la inseguridad jurídica.

En cuanto a los incisos II y III del artículo 138 RRP, se refieren a los testigos que presente el solicitante para que brinden información sobre la posesión que sobre el inmueble realiza el solicitante. Los testigos deben ser propietarios y vecinos del pueblo en el que se sitúen los bienes. Así, las declaraciones de los tres testigos deben limitarse a expresar la posesión que sobre el bien realiza el solicitante y el tiempo que ésta ha durado.

Siempre en el artículo 138, nuestro legislador quiso añadir en un inciso IV una norma que dispusiera la publicación de la solicitud en el periódico oficial, por tres veces de diez días en diez días. De esta manera, quien pretendiera algún derecho sobre los bienes, podría oponerse a la solicitud (20).

Por otra parte, el artículo 139 RRP nos presenta la circunstancia en que se encuentra la persona que presente oposición a la solicitud.

Artículo 139 (21)

La presentación de una persona que se oponga a la información, suspenderá el curso del expediente hasta que recaiga sentencia definitiva.

La oposición deberá presentarse precisamente dentro del plazo de los edictos, y se sustanciará en juicio ordinario escrito o verbal. En la sentencia sólo se resolverá lo que hubiere lugar sobre la oposición.

El Juez aguardará que venza el término de los edictos para abrir el juicio de oposición.

Si la oposición la presentare el Estado y se tratare de terrenos baldíos, se seguirán las reglas del artículo 782 Pr.

Sobre este artículo, por ser su redacción muy clara, por estar su contenido marcado por un carácter procedimental y siendo que la tramitación procesal será abordada en otro momento, no realizaremos ningún comentario.

Lo mismo ocurre en el artículo 140 RRP, de marcado carácter procedimental, por lo cual aplicaremos el mismo método que seguimos en el artículo anterior, pues el 140 no hace más que determinar el modo de proceder cuando no se presenta oposición ante la solicitud de titulación supletoria.

(20) En la actualidad, esta publicación es hecha a través de periódicos de circulación nacional.

(21) La concordancia de este artículo en la LH la encontramos en el artículo 403, el que literalmente dice: Cualquiera que se crea con derecho a los bienes cuya inscripción se solicite, mediante información posesoria, podrá alegarlo ante el juez competente, en juicio ordinario.

La interposición de esta demanda y su inscripción en el Registro suspenderá el curso del expediente de información, y la inscripción del mismo, si estuviere ya concluido y aprobado.

Artículo 140 (22)

Si no se presentare opositor, o si la sentencia fuere favorable al solicitante, el Juez aprobará la información si estuviere arreglada a las anteriores disposiciones, y ordenará que se extienda certificación de la sentencia al interesado para su inscripción en el Registro, archivando en el Juzgado las diligencias originales.

La información se aprobará sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

La única disposición remarcable —en estas líneas— del artículo anterior, es la contenida en el párrafo final, donde se establece que la aprobación de la información se realizará sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Esta circunstancia debe ser expresada en el fallo judicial en el que se apruebe el otorgamiento de un título supletorio. A su vez, esta misma cláusula debe también ser expresada en el asiento de inscripción, pues de no ser así, no constaría en el Registro una circunstancia de gran trascendencia, pues de esta manera, cualquier interesado en contratar sobre los bienes inscritos no podrá alegar desconocimiento de tal cuestión, y se evitaría también, cualquier perjuicio que pudiera causársele. Otro motivo que hace necesaria la anotación de la mencionada circunstancia es que el asiento tiene validez siempre que no se presente un tercero alegando y demostrando tener mejor derecho. Por eso se debe hacer la anotación en el asiento registral, aunque la ley no lo ordene de esa manera, si se quiere proteger verdaderamente el derecho de propiedad (23).

El artículo 141 RRP contiene una disposición en la que se deja libertad al Registrador para decidir sobre la inscripción propiamente dicha, debiendo fundamentar las circunstancias que lo hayan motivado a decidir de una u otra forma. No merece mayor comentario este artículo, por ser claro y preciso en su contenido.

(22) Concuera este artículo con los artículos 404 y 409 de la LH. El artículo 404 apunta: Siendo suficiente la información practicada en la forma prevenida en los anteriores artículos, y no habiendo oposición de parte legítima, o siendo desestimada la que se hubiere hecho, el juez aprobará el expediente, y mandará extender en el Registro la inscripción solicitada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

Artículo 409: La inscripción de posesión no perjudicará, en ningún caso, al que tenga mejor derecho a la propiedad inmueble, aunque su título no haya sido inscrito.

Entre partes, surtirá efecto la posesión, desde que deba producirlos, conforme al derecho común.

(23) Vid., en este sentido, PANTOJA, JOSÉ/LLORET, ANTONIO, *Ley Hipotecaria*, II, 1862, págs. 278-279.

Artículo 141

Si el registrador encontrare inconveniente legal para la inscripción, la suspenderá, poniendo nota y haciéndolo presente al Juez que lo ordenó.

Si el Juez insistiere, se hará la inscripción bajo su responsabilidad.

La resolución del Juez es apelable por las partes ante la respectiva Sala de lo Civil, sea la resolución accediendo o denegando la inscripción.

A continuación abordaremos un artículo, que según nuestra opinión ha colaborado en gran parte a crear gran confusión, especialmente por su párrafo primero, pues en el mismo se afirma rotundamente que el título supletorio acredita la posesión del inmueble al que se refiere. Nos referimos al artículo 142 RRP, cuya letra reza:

Artículo 142 (24)

Los títulos supletorios acreditan la posesión de los inmuebles a que se refiere.

Esta posesión comenzará a contarse desde la fecha en que se haya fijado en la correspondiente información, a menos que en juicio se pruebe lo contrario.

En nuestro foro se ha pensado que el título supletorio es un medio a través del cual la mera posesión tiene acceso al Registro, por lo cual muchos afirman con total seguridad que en virtud de esta figura se acredita la posesión, a secas, la posesión sin más.

En este sentido, siendo conscientes de la problemática legislativa que tenemos a causa de la antinomia que existe entre los artículos 137 y 142 RRP (pues en el primero se habla de un propietario que pretende inscribir su derecho, mientras que en el segundo se hace alusión a que el título supletorio acredita posesión; y si pensamos que esto es así, dado que el título supletorio puede ser inscrito, estamos diciendo que la posesión tiene entrada al Registro), intentaremos explicar por qué no debemos pensar que la posesión, a secas, es lo que tiene entrada al Registro.

Para lograr nuestro cometido es necesario recurrir a una interpretación histórica que nos permita entender la letra de nuestro RRP, sobre la materia, entendiendo primero la intención de la Ley Hipotecaria española de 1861, que

(24) Vid. artículo 408 LH: La inscripción hecha en virtud de justificación de posesión, perjudicará o favorecerá a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que atribuyen las leyes a la mera posesión.

fue de donde nuestro legislador tomó la figura que ahora estudiamos. Dicho esto, procederemos:

Cuando la Ley Hipotecaria española de 1861 hablaba de las inscripciones de posesión, se reflejaba la intención del legislador de trasladar a los asientos del Registro el efecto legitimador que deriva de la posesión. Lo que ocurre es que cuando fue promulgada la LH, la doctrina consideraba la posesión como un título de legitimación. Así, SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO afirma que uno de los primeros efectos de la posesión ubica al poseedor en el lugar del señor, mientras no se presente el que realmente lo sea (25).

Sucede además, que los españoles de 1861 vieron en los expedientes posesorios un medio inmatriculador más. Y es que la más íntima finalidad de la LH de 1861 era lograr que las fincas acudieran al Registro y salieran de la clandestinidad. De forma que a través de los expedientes posesorios, la propiedad de las fincas accedía al Registro con menos solemnidades que las exigidas en las inscripciones ordinarias de dominio. Así, afirma SANZ, A. (26): «la inscripción de posesión no reflejaba la posesión, sino la propiedad».

Compartimos la opinión del citado autor, ya que nos parece lógico que a través de la inscripción se reflejara la propiedad, pues de admitirse lo contrario, estaríamos transformando nuestro Registro en un Registro de hechos y no de derechos.

Así pues, lo que reflejaban los asientos registrales era el dominio a través de la presunción legitimadora de la posesión, de forma que era la posesión a título de dueño la que entraba al registro, pero lo hacía como propiedad, no como posesión, precisamente por presumirse al poseedor propietario (27).

Según GENOVÉS (28), la inscripción de la posesión en el Registro solamente tendría sentido si a ésta se le considerara un derecho real. Sin embargo, el Código Civil nicaragüense adoptó el concepto romano de posesión, el cual la consideraba como un hecho y no como un derecho. Dicho esto, es evidente que siendo el Registro una institución que procura la publicidad de los negocios jurídicos referentes a derechos reales inmobiliarios, no tiene mucho sentido que se intente inscribir en el Registro un hecho. Sucede, además, que mientras el legislador español se encontraba empeñado con que todas las fincas acudieran al Registro, se encontró con un problema: una falta de titulación perfecta para acreditar el dominio en numerosos casos. Entonces, para facilitar el acceso de esas fincas, el legislador hizo más flexible el sistema, aceptando como titulación supletoria la «inscripción de posesión» que podía calificarse de medio de inmatriculación supletorio (29).

(25) FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria...*, 2002, pág. 47.

(26) Cit. por FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria...*, 2002, pág. 48.

(27) *Ibidem*.

(28) *Ibidem*.

(29) FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, *Legitimación posesoria...*, 2002, pág. 49.

Es importante señalar, también, que la intención del legislador español, en cuanto a los expedientes posesorios, era que luego de un determinado periodo de tiempo, las llamadas inscripciones de posesión desapareciesen, por lo cual podemos afirmar que en el caso de la legislación española el título supletorio tenía un carácter transitorio, lo cual se deduce de la inadmisión de aquellas posesiones que fuesen posteriores al 31 de diciembre de 1862. Según FERNÁNDEZ GREGORACI (30), este carácter transitorio puede también deducirse de la redacción y ubicación del artículo 397 LH 1861, pues dicho precepto se encuentra redactado como si de una disposición transitoria se tratara.

Ciertamente, las fincas accedían muy rápidamente al Registro mediante el expediente posesorio, razón por la cual en España fue masiva la afluencia de fincas mediante la inscripción de posesión (31). Cuestión similar ha ocurrido en nuestra realidad nicaragüense, pues además de ser utilizada en fraude de ley la figura del título supletorio, se ha convertido en un medio fácil de inscribir una finca.

1. COROLARIO

Hemos presentado en el acápite anterior, la problemática legislativa que tenemos en cuanto a la regulación de la titulación supletoria en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el legislador de 1904, al redactar el RRP (en la materia de que es objeto este estudio), se basó en la normativa creada por los españoles en 1861, a través de la LH. Sin embargo, nuestro legislador realizó cambios en algunas palabras de los artículos que tomó como referencia de la LH, por lo cual cambió el sentido que dichos preceptos originalmente tenían, creando vacíos en la norma, discordancias, contradicciones e imprecisiones que hoy en día han servido para abonar en gran parte a los problemas de propiedad que aquejan a nuestra nación.

El RRP, en sus artículos 137 y 142 establece disposiciones contradictorias, y es a estos artículos a los que les atribuimos principalmente (no únicamente a éstos, pero sí principalmente) las malas interpretaciones que se han dado en la práctica. Y dado que nuestros abogados y jueces tienen desconocimiento de la verdadera esencia y alcances de la titulación supletoria, ésta ha sido utilizada de forma errada, interpretada de forma distinta a la prevista hace 145 años por el legislador español.

Hemos dejado claro, también, que el título supletorio no acredita la posesión del inmueble, entendida como el simple hecho de poseer que cualquiera puede ejercitar. El título supletorio debe acreditar el dominio que sobre un

(30) *Ibidem*.

(31) *Ídem*, pág. 51.

bien se tiene, a través del ejercicio de hecho de ese derecho, es decir, a través de la posesión del mismo. Es, entonces, la posesión que se prueba para efectos de tramitación de un título supletorio, una facultad derivada del dominio, y así debe entenderse, pues lógico resulta que quien es propietario de un bien lo posea, pues él es el legitimado para poseer la cosa.

2. TÍTULO Y TITULARIDAD

Creemos apropiado precisar los límites conceptuales que nos permitan asir las significaciones propias de cada concepto y distinguir, consecuentemente, el título de la titularidad.

Antes de emprender nuestro cometido consideramos preciso hacer alusión a la atribuibilidad que nace de los bienes, derivando de tal forma una titularidad sobre los mismos.

Ciertamente, para lograr una adecuada convivencia entre los individuos, el Estado, a través del ordenamiento jurídico, debe establecer un criterio de atribuibilidad (32) sobre los bienes, la cual deberá estar determinada por una titularidad sobre los mismos.

Y es que la propiedad sobre los bienes genera intereses diversos entre las personas, lo que a su vez da paso a conflictos nacidos por la necesidad de establecer la pertenencia de las cosas a un sujeto en particular. En ese sentido, el profesor DÍEZ-PICAZO (33) señala: «*Tales conflictos de intereses, de los que se ocupa el Derecho de cosas, se caracterizan por recaer sobre la titularidad, utilización o disfrute de los bienes económicos*».

Así, se requiere determinar una atribuibilidad sobre los bienes, a través de la determinación de una titularidad, misma que luego se reflejará en lo que llamamos derecho real.

A continuación presentaremos la definición que de los términos que ahora nos ocupan, da el Diccionario de la Real Academia Española (34), con el objetivo de lograr una mayor precisión y entendimiento al respecto:

Título: Documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación.

Titularidad: Cualidad o condición de titular. Propiedad de algo legalmente reconocido.

(32) Apuntes de clase de Derecho de Bienes y Sucesiones, Doctor Jairo GUZMÁN, para la Licenciatura de la carrera de Derecho.

(33) DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7.ª edición, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 2005, pág. 31. Las cursivas son nuestras.

(34) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, T. II, 2001, pág. 2184.

Titular: Dicho de una persona: Que tiene a su nombre un título o documento jurídico que la identifica, le otorga un derecho o la propiedad de algo, o le impone una obligación.

Dicho esto, podemos decir que la titularidad se puede entender como la posición en la que se encuentra un individuo, merced a la cual puede atribuírsele la propiedad de un bien.

Así pues, al hablar de título y titularidad, es evidente que nos referimos a dos realidades terminológicas diferentes, pues mientras la primera hace alusión a un documento, la segunda trae a las mentes la idea de una cualidad o condición que se tiene, la de titular.

3. EL TÍTULO SUPLETORIO Y SU RELACIÓN CON EL DOMINIO, LA POSESIÓN Y LA USUCAPIÓN

3.1. *El dominio*

3.1.1. Breve referencia a su evolución histórica

El derecho de propiedad o dominio, como también se le conoce, no es una institución jurídica actual ni mucho menos, al contrario, este derecho se ha formado a través de una larga evolución histórica. Cuando hablamos del derecho de dominio pensamos inevitablemente en las palabras «señorío» o «dominación», pues son parte del significado semántico a que dicho término hace alusión. Este «dominio» implica la capacidad de un individuo de someter bienes a su voluntad en tanto que tiene la posibilidad de hacerlo y puede obrar sobre éstos sin estar limitado por nadie.

En sus orígenes, el dominio se configuraba como un mero apoderamiento de las cosas, pudiendo las mismas haber sido despojadas a otros, o bien, haber sido ocupadas. Además, ese dominio implicaba la capacidad del detentador de la cosa de defenderla contra cualquiera (35).

Lo anterior nos lleva a pensar que antes de que naciera cualquier sistema de propiedad sobre los bienes, lo que había era una dominación sobre los mismos. Esto fue así desde los inicios de la civilización. El dato de la dominación sobre los bienes nos remite también a la idea de que eran capaces de apropiarse de las cosas aquellos que tuvieran capacidad de hacerlo, es decir, los que, a través de la fuerza, eran capaces de apropiarse de las cosas y defenderlas. Así empieza a surgir la noción conceptual de dominio (36).

(35) *Apuntes de clase...*, Doctor Jairo GUZMÁN.

(36) *Ibidem*.

Pero para hacer una referencia histórica que, aunque brevísima, resulte más adecuada en cuanto al nacimiento del derecho de propiedad, es necesario repasar el papel que ha jugado esta figura jurídica desde Roma, hasta llegar a la Edad Media, luego a la Edad Moderna y arribar a la Época Actual:

En el Derecho Romano, a partir de la Ley de las XII Tablas (año 449 antes de Jesucristo) la propiedad se muestra como una institución jurídica individualizada (37) en su totalidad (38). El pueblo romano destaca entre los demás por su aportación al derecho de propiedad, pues se lo veía desde la perspectiva de poder absoluto, que permitía a su titular actuar prácticamente sin límites, ya que tenía el poder de hacer lo que quisiera con las cosas (39).

El dominio, dentro del Derecho Romano, concebido como un señorío absoluto (40) y exclusivo, rechaza cualquier tipo de limitación (41). Esto quiere decir que la cosa se somete entera y exclusivamente a su propietario (42), sin resistir intromisiones.

Una vez llegada la *Edad Media*, el régimen de la propiedad sufre grandes alteraciones a causa de la unión de la soberanía y la propiedad territorial, lo que otorgó a la propiedad un carácter eminentemente político (43), cuestión notoria a través de la disposición de la tierra por parte de los reyes, como

(37) Sobre la propiedad individualizada, BONFANTE acota lo siguiente: «La verdadera propiedad individual, no sólo jurídicamente, sino socialmente, no nació sino cuando el proceso de disgregación de los grupos primitivos se renovó en la familia clásica y los miembros de ésta se hicieron sujetos patrimonialmente independientes»: BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, 5.^a edición, 2.^a reimpresión, Editorial Reus, Madrid, 2002, págs. 253-254. Siguiendo la misma línea, IGLESIAS afirma que: «La verdadera propiedad individual se afirma en la época clásica, cuando ya se ha quebrado la unidad compacta del grupo familiar. El *mancipium* se escinde en *dominium*, *iura in re* y potestad sobre las cosas. Sobrevalorado el concepto económico de res, se desarrolla una propiedad de contenido patrimonial»: IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 14.^a edición, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 2002, pág. 157.

(38) ALESSANDRI, Arturo y cols., *Tratado de los derechos reales. Bienes*, T. I, 6.^a edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, pág. 45.

(39) Sobre este punto, ESPÍN CÁNOVAS, Diego: «...el Derecho Romano construye el dominio como un derecho individualista que confiere un poder unitario y absoluto (*plena in re protestas*)...»: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, *Derechos reales*, 7.^a edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pág. 87. Además, señala ROJINA, en cuanto a la consideración del Derecho Romano sobre la propiedad: «Este la consideró como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa»: ROJINA, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 9.^a edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1977, pág. 80.

(40) Esa perspectiva con carácter absoluto con la que el Derecho Romano concebía el dominio contenía los llamados tres elementos clásicos del mismo: el *jus utendi*, *jus fruendi* y el *jus abutendi*: ROJINA, Rafael, *Compendio...*, 1977, pág. 81.

(41) BONFANTE, Pedro, *Instituciones...*, 2002, pág. 251.

(42) IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, 2002, pág. 155.

(43) ALESSANDRI, Arturo y cols., *Tratado*, I, 1997, pág. 45.

si ésta fuese parte de su patrimonio, cediéndola a señores feudales, como recompensa por los servicios prestados en las guerras (44).

En este sistema, el derecho correspondiente a los vasallos era de carácter amplio y perpetuo. Lo que ocurría aquí era que el señor feudal conservaba un gran poder sobre la propiedad y sobre el vasallo que se encontraba en ella. Ésta es una muestra de la magnitud del poder de los señores feudales, pues se hacía extensivo hasta la dominación de los vasallos. En palabras de ROJINA (45): «*El señor feudal se convirtió así en un órgano del Estado*».

Ya en la *Edad Moderna*, uno de los fenómenos dignos de destacar es la Revolución Francesa, que vino a deshacer la propiedad feudal. De manera que el gran logro de la Revolución Francesa fue la desvinculación del derecho de propiedad de cualquier influencia política. Se vuelve a concebir la propiedad como un derecho real sobre las cosas, diferente de un mero imperio sobre las mismas. Se retoma la ideología que se tenía en el Derecho Romano respecto del derecho de propiedad (46).

Llegada la *Edad Actual*, la propiedad se entiende como una institución jurídica que cumple también una función social, razón por la cual este derecho se encuentra restringido por numerosas limitaciones (47).

Pensamos que en nuestra época, afirmar que el derecho de propiedad es un derecho absoluto por permitir a su titular actuar de la más libre de las maneras, no se ajusta a la realidad jurídica. Lo que ocurre es que la propiedad en la actualidad se encuentra limitada, el propietario de los bienes no puede utilizarlos de manera que perjudique al resto de individuos de la sociedad, la propiedad cumple una función social que limita el derecho del titular de la misma. Esta es la razón por la que creemos que afirmar que hoy en día el dominio es un derecho absoluto no es del todo cierto.

3.2. La posesión

Hablar de la posesión es referirnos a un tema que para la doctrina misma es muy difícil de explicar. Para entender el término «posesión» debemos remitirnos a aquella época en la historia en la que la atribuidad de las

(44) De la situación anterior se derivó el dominio dividido entre el señor feudal y los vasallos, que eran aquellos individuos que obtenían una concesión sobre la propiedad del señor feudal para poder cultivar (dada la imposibilidad de los señores feudales de cultivar la tierra por sí mismos) a cambio del pago de una prestación en forma de canon.

(45) ROJINA, Rafael, *Compendio...*, 1977, pág. 80. Las cursivas son nuestras.

(46) «De esta manera viene, nuevamente, a establecerse que la propiedad no otorga imperio, soberanía o poder, que no concede privilegios, sino que simplemente es un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa, que es, además, un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, como lo caracterizó el Derecho Romano»: *ídem*, pág. 81.

(47) Véase, a este respecto, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual...*, 1985, pág. 88.

cosas a un sujeto determinado se hacía gracias a la aprehensión que éste tenía con respecto de esas cosas.

Lo que ocurre es que en aquel entonces, cuando no había un ordenamiento jurídico que regulase y reconociese el aprovechamiento de las cosas, solamente había una simple aprehensión material, una mera tenencia de las cosas (48). Podemos pensar que se nos presentaba la ley del más fuerte, puesto que podían aprehender las cosas aquellos que pudiesen defenderlas de los demás, cuidando que las cosas no les fueran arrancadas.

Esto nos hace pensar que el derecho de dominio que conocemos en la actualidad no es más que una especie de aprehensión de las cosas legitimadas por un cuerpo de normas que se dan en llamar Derecho.

Y es que la posesión se configura como una mera «apariencia» de señorío, verificable por los demás a causa de una notoria actividad de utilización (49) de los bienes por una persona determinada en su propio beneficio. Hablamos de una apariencia de señorío porque cuando una persona realiza un conjunto de actividades propias de quien tiene la titularidad de un derecho sobre un bien, externamente lo que se nos presenta es eso, una apariencia.

Así pues, podemos decir, en un primer acercamiento, que la posesión se nos presenta como una apariencia de dominio. De esta forma, puede verse como un simple hecho representativo de la detentación material de los bienes (50). Lo que ocurre es que cuando se tiene una cosa, cuando se posee algo, esa situación fáctica nos hace pensar, o al menos presumir, que esa situación de hecho se encuentra respaldada por un fundamento jurídico.

En este punto se nos plantea una cuestión muy relevante: es el hecho de que una persona puede ostentar un bien, sin tener necesariamente el dominio del mismo, lo que podría ser posible en caso de la existencia previa de una permisión por parte de quien sí tiene el dominio sobre el bien, para que el otro pueda ostentar la cosa y de esta manera, aparentar la titularidad domi-

(48) El profesor LACRUZ, remarcando la importancia de la tenencia de cosas para la vida de los seres humanos en sociedad, nos dice que: «La tenencia de las cosas materiales es un presupuesto necesario de la vida humana, en tanto que su propiedad sólo lo es en grado de conveniencia. Así, mientras, aunque difícilmente, podemos imaginar una sociedad en la que nadie sea propietario de nada, es inimaginable una en la que nadie *tenga*, materialmente, nada: los vestidos, los alimentos, los muebles, las herramientas...»: LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales*, vol. I, *Posesión y Propiedad*, 3.ª edición, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1990, pág. 31.

(49) Sobre esta notoria actividad de utilización, nos dice LACRUZ: «En su concepto más primitivo y material este tener es, además, un fenómeno visible, perceptible por el sentido de la vista. Un fenómeno natural e irrenunciable que persistiría aunque, por quedar un solo hombre en el mundo, acabase el Derecho, que exige alteridad y, por tanto, pluralidad.»: *Ibidem*.

(50) Ya el *Código Napoleón* nos brindaba, en el artículo 2.228, una definición sobre la posesión, y nos decía que: «*La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom*».

nical. En este caso nos referimos a las situaciones que nacen a causa de figuras jurídicas como el uso o la habitación (entre otros), que se constituyen como derechos reales limitados a partir de los cuales se puede hablar de la existencia de la posesión, sin que ésta sea necesariamente una expresión del derecho de dominio. Es a partir de esto que DUSI (51) consideraba la posesión como: «el ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de la consideración jurídica de si el derecho pertenece o no a quien lo ejercita como derecho suyo». También debemos mencionar que hay muchos casos en que las personas poseen un bien sin ampararse en la protección de ninguna figura tutelada por el Derecho. Sin embargo, lo cierto es que pueden presentarse ambos casos. Lo destacable es que la posesión siempre se nos presenta como un reflejo del dominio, lo haya o no, pues siempre se aparenta la existencia de una titularidad sobre los bienes.

Nuestro ordenamiento civil regula lo referente a la posesión en el último título del Libro Segundo del Código Civil, exactamente el Título XXXIV. De la lectura del mencionado Título se puede inferir que la posesión, en nuestra legislación, está marcada por las siguientes características:

- La posesión se refiere a una mera situación de hecho, la que, a su vez, nace de un derecho que debe estar amparado en un título, entendiendo como tal el derecho mismo para tener la cosa. Los artículos 1.715 y 1.716 son destacables, en este sentido, al determinar que la posesión es un estado de «retención o disfrute» de cosas o de derechos que se prolonga en todo el tiempo que dura la retención.
- La protección al poseedor encuentra cabida en los artículos 1.732 al 1.734 del Código Civil, protección que no deberá atenderse en caso de que la posesión sea menor de un año, o en caso de que no se fundamente en título legítimo, o un título que goce de preferencia frente al título presentado por otra persona, como lo prescriben las disposiciones de los artículos 1.735 y 1.736.
- De acuerdo a nuestro sistema civil, el poseedor puede ser de buena o de mala fe. Se entiende por poseedor de buena fe aquel que se fundamenta en la confianza que tiene de la suficiencia de su titularidad para poder detentar, materialmente, la cosa. Por otra parte, se entiende por poseedor de mala fe aquel que aún conociendo de la insuficiencia de su titularidad para ejercer la detentación material sobre la cosa, la detenta, la tiene. Esta situación se regula en el artículo 1.718 (52) del Código Civil.

(51) Citado por TRABUCCHI, Alberto, en *Instituciones de Derecho Civil*, I, decimoquinta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 450.

(52) Artículo 1.718. Posesión de buena fe, es la que procede de un título, cuyos vicios no sean conocidos del poseedor.

Posesión de mala fe es la que se verifica en la hipótesis contraria.

Sin embargo, el poseedor de buena fe se diferencia del poseedor de mala fe en cuanto a las consecuencias jurídicas que produce una u otra situación. De esta manera, de acuerdo al artículo 1.742 (53) se exime al poseedor de buena fe de responder por el deterioro o pérdida de la cosa, cuando no haya sido él el causante del deterioro o la pérdida. El artículo siguiente (54) faculta, siempre al poseedor de buena fe, a la obtención de los frutos civiles o industriales que la cosa pueda producir.

Sin embargo, en lo que atañe al poseedor de mala fe, la situación es distinta, y es por eso por lo que decimos que, dependiendo del tipo de posesión, así serán los efectos o consecuencias que de la misma se deriven. Por eso, la ley condena al poseedor de mala fe a responder de los daños o de la pérdida de la cosa, siempre y cuando dicho poseedor tenga responsabilidad por la realización de los daños o por la pérdida, así lo determina el artículo 1.747 (55).

- Finalmente podemos decir que, de manera externa, la posesión se configura como una apariencia del dominio, es decir, que la posesión da cabida a una presunción a partir de esa mera tenencia de la cosa, a favor del poseedor. El artículo 1.719 de nuestro Código Civil es claro al respecto cuando dice: «La posesión produce, en favor del poseedor, la presunción de propiedad que las circunstancias podrán hacer más o menos atendibles».

3.2.1. La importancia jurídica de la posesión y la justificación de la regulación del estado posesorio

La importancia jurídica de que se encuentra revestida la posesión está dada por la trascendencia que la misma tiene en cuanto a su protección. De esta manera, entendemos que el ordenamiento jurídico le concede al poseedor, sea cual sea la situación por la cual se encuentre en posesión de la cosa, la facultad de solicitar ante los Tribunales de Justicia que se proteja el estado posesorio en su favor. De esto se deriva que toda persona que se vea violentada en cuanto a su estado posesorio tiene derecho a que sean tutelados sus intereses a través de las leyes, impidiendo las actividades que violentan ese estado posesorio (56).

(53) Artículo 1.742. El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa, si no dio a ello causa.

(54) Artículo 1.743. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos naturales o industriales producidos por la cosa...

(55) Artículo 1.747. El poseedor de mala fe responde de pérdidas y daños, a no ser que pruebe que no proceden de negligencia o culpa suya...

(56) Sobre este punto, cabe señalar el artículo 1.650 del Código de Procedimiento Civil, el que se refiere a los interdictos que pueden utilizarse para la protección de la

Pero también podría pensarse que siendo la posesión una mera situación de hecho, regularla no encontraría una fundamentación jurídica suficiente. No obstante, si pensamos que para la seguridad jurídica del tráfico de bienes se requiere un convencimiento sobre las situaciones legales que sobre los mencionados bienes recaen y que la posesión se configura como una apariencia de titularidad que a su vez legitima las facultades de disposición que sobre los bienes se tienen, nos damos cuenta de que la regulación del estado posesorio sí encuentra una fundamentación jurídica, resumida en la seguridad jurídica del tráfico de bienes.

Y es que por la seguridad jurídica del tráfico de bienes se hace necesario y justificable regular el estado posesorio, ya que no podríamos andar por ahí —pues en principio sería absurdo—, exigiendo al poseedor de un bien que demuestre el derecho que le asiste. Piénsese en lo ilógico que sería que cada vez que compremos alguna cosa solicitemos al vendedor que demuestre el derecho que tiene para vender tal o cual cosa. Este caso, claro está, se encuentra justificado en cuanto a la compraventa de bienes inmuebles. Pero resultaría tosco llegar a un establecimiento comercial con el objetivo de comprar una camisa y previamente exigir al vendedor que demuestre el derecho que le respalda para poder tener en su posesión las camisas que está ofreciendo a su clientela; sería tonto —si se quiere— pedirle al vendedor que nos presente las facturas comerciales que le hacen propietario de las camisas que se encuentran en un mostrador, facturas que le otorgan un derecho de poseer (57) dichos bienes y por consiguiente lo facultan para disponer de ellos y poder, de esta forma, venderlos.

La situación anterior no es deseada por el ordenamiento jurídico en tanto que dificulta el buen marchar del tráfico jurídico de bienes. Piénsese en lo odioso que resultaría para el vendedor del referido establecimiento comercial

posesión. Así, nos dice el mencionado artículo, que: «Los interdictos pueden intentarse: 1.º Para conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. 2.º Para recuperar esta misma posesión. 3.º Para obtener el restablecimiento en la posesión o mera tenencia de los bienes, cuando dichas posesiones o mera tenencia hubieren sido violentamente arrebatados...».

(57) Sobre este «derecho de poseer» o *ius possidendi*, es necesario remarcar que la posesión no es exactamente un derecho, sino una facultad que deriva de un derecho. Así, nos dice TRABUCCHI: «La tutela de la posesión, como tutela de un estado de derecho tiene, por su propia naturaleza, un carácter provisional en cuanto no supone la defensa de un verdadero derecho. La posesión no es un derecho. Efectivamente, no debemos confundir la posesión con el derecho de poseer (*ius possidendi*), que es una de las facultades correspondientes al propietario... no se trata de un derecho, sino de un estado de hecho del que derivan importantes y numerosas consecuencias jurídicas...», sobre la aclaración terminológica entre *ius possidendi* y *ius possessionis* nos dice: «Para aclarar mejor estas ideas, repetiremos que el propietario tiene siempre, como tal propietario, el *ius possidendi*, y si se encontrase en la posesión del bien tendrá además el *ius possessionis* del que hemos hablado, en el sentido de que, sin tener que acudir a la difícil y ardua prueba del título de su derecho, podrá obtener una defensa del simple estado de hecho en que consiste su posesión». TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones*, I, 1967, pág. 449.

tener que demostrar a cada persona que llega a comprar una camisa, las facturas comerciales que le permiten poseer tales bienes y disponer de ellos.

Definitivamente, el estado posesorio —que está dado por ser una mera situación fáctica que hace aparentar el derecho de dominio—, justifica su regulación en el hecho de que es lo más adecuado para la seguridad del tráfico jurídico.

En suma, podemos decir que la posesión, a pesar de ser una mera situación de hecho, puede ser vista como un componente exclusivo de una titularidad. Y es que esa aprehensión que sobre las cosas se puede tener a través de la posesión se deriva de un derecho, al menos en principio, pues cuando una persona adquiriere el derecho de dominio sobre un bien, también le asiste (como derivación del dominio) el derecho a poseer la cosa. La posesión adquiere mucha importancia, en tanto que es un componente propio del derecho de propiedad, tanto sobre bienes muebles como inmuebles, y es por esto que el ordenamiento jurídico debe protegerla.

3.3. *La usucapión*

Habiendo estudiado ya lo referente a la posesión y habiendo dejado claro que no es otra cosa que un mero hecho —y no un derecho, como se ha creído—, nos ocupa ahora el estudio de uno de sus principales efectos: la usucapión (58).

Nuestro Código Civil en su artículo 868 define la prescripción (la usucapión es la prescripción adquisitiva) como «*un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una carga u obligación, por el lapso y bajo las condiciones determinadas por la ley*».

La usucapión se refiere a una de las formas de adquirir el dominio. Gracias a esta figura, con el transcurso del tiempo y en determinadas circunstancias, el poseedor de un bien puede convertirse en titular jurídico del derecho. Es por tal razón que se suele decir que gracias a la usucapión se transmuta un hecho, el de la posesión, para convertirlo en un derecho, que no es más que el que nace de la titularidad adquirida (59).

El legislador, en la necesidad de que los bienes tengan un propietario (60), fundamenta la figura de la usucapión en la indeseable conducta descuidada por

(58) Sobre la usucapión como efecto de la posesión, Díez-PICAZO dice: «La usucapión se produce siempre que el usucapiente sea poseedor en el que concurren determinados requisitos legales, por lo que es claro que la usucapión puede ser un efecto de la posesión, conduciendo ésta a aquélla»: *Sistema*, III, 2005, pág. 123.

(59) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos Reales y Registral Inmobiliario*, 2.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 57.

(60) Recuérdese que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la existencia de *res nullius*.

parte del titular de los bienes, quien los abandona manifestando poco o nulo interés en el ejercicio de su derecho (61), frente a la diligente actuación del *usucapiente*, quien sí manifiesta el interés que el titular ha perdido. Frente a este fundamento —de corte subjetivo—, encontramos una justificación de tipo objetiva (62), según la cual el interés general y la seguridad del tráfico (63), en base a la eficacia de la apariencia, constituyen una razón poderosa para fundamentar la existencia de la figura en cuestión (64).

3.3.1. Tipos de usucapición

La usucapición, tal y como la conocemos, puede ser dividida en ordinaria y extraordinaria, y de bienes muebles e inmuebles (65). Por regir para el caso de los muebles la regla de que dice que la posesión vale por título y por ser este trabajo destinado primordialmente a la propiedad inmobiliaria, nos ocuparemos de los supuestos referentes a la usucapición inmobiliaria.

En el primero de los casos —el de la usucapición ordinaria—, es la prescripción que se produce a favor del *usucapiente* que reúna los requisitos del artículo 888 del Código Civil, que literalmente dice:

«La posesión necesaria para prescribir debe ser:

- 1.º Fundada en justo título.
- 2.º De buena fe.
- 3.º Pacífica.
- 4.º Continua.
- 5.º Pública.»

Siempre a propósito de la prescripción ordinaria, el artículo 897 del Código Civil establece que se requiere de una posesión de diez años para adquirir la propiedad de los inmuebles o algún derecho real sobre ellos por prescripción.

(61) El profesor Díez-PICAZO habla hasta de una sanción, por su negligencia, al titular que ha mostrado una voluntad de abandono o renuncia del derecho real que otro ha usucapido, voluntad deducida del no ejercicio de las acciones que lo protegen durante el plazo que ha transcurrido para que la usucapición produzca sus efectos: *Sistema*, III, 2005, pág. 126.

(62) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso*, III, 2004, pág. 58.

(63) Vid. también sobre este punto: Díez-PICAZO, Luis, *Sistema*, III, 2005, pág. 126.

(64) Y es que la usucapición se funda en razones de orden público, en tanto en cuanto procura dar estabilidad a las relaciones jurídicas susceptibles de dudas y contradicciones, reduciendo la inseguridad de las mismas a un periodo de tiempo determinado, evitando, de esta forma, que queden indefinidamente en lo incierto el dominio o el patrimonio. Así lo ha entendido en Tribunal Supremo español en su sentencia de 26 de diciembre de 1995. Vid., *ibídem*.

(65) Vid. SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso*, III, 2004, págs. 58-59; Díez-PICAZO, Luis, *Sistema*, III, 2005, pág. 123.

Gracias a la usucapión ordinaria se adquiere la titularidad de las cosas que fueron compradas —mediante un contrato perfecto— a una persona que no era su dueño (66). En estos casos, la ley ha querido enmendar el defecto de titularidad del *tradens* creando la figura de la usucapión ordinaria (67).

Encontramos, entonces, disposiciones complementarias en los artículos 888 y 897 del Código Civil y entendemos que esta es la razón que explica que para el otorgamiento del título supletorio se requiera de una posesión de diez años, pues en el transcurso de ese periodo de tiempo la titularidad supletoria que se otorgó, basada en ese justo título, se perfeccionará hasta convertirse en el más completo de los derechos que sobre los bienes puede recaer: el derecho de propiedad (68).

En lo que atañe a la prescripción extraordinaria, de nuevo el artículo 897 —esta vez en su segundo párrafo—, explica que: «...*extraordinariamente puede adquirirse el dominio de las cosas comerciables que no ha sido adquirido por la prescripción común, en virtud del lapso de treinta años, aunque no se tenga título y cualquiera que sea la condición del poseedor...*». En este supuesto, el legislador prescinde de los requisitos de buena fe y de justo título, requiriendo solamente de la posesión y el transcurso del tiempo (69).

(66) Sobre la adquisición de una cosa de alguien que no tenía la disposición del bien por no tener la titularidad dominical sobre el mismo, LACRUZ apunta: «...una cosa es la legitimación del *tradens* para enajenar el bien que se trata de transferir, y otra distinta y que puede aislarse es la perfección del propio título: que reúna todos los requisitos para producir sus efectos: en este caso, la obligación de transferir el dominio (que nace efectivamente). El título de venta otorgado con todos sus requisitos por quien no es dueño, produce esa obligación, aunque el efecto final se halla impedido por un evento que en nada atañe a la perfección del acto mismo. Lo que le falta a éste es una condición de *eficacia*, no de *validez*: el defecto de legitimación del transferente hace que, a partir del acto como título, no se transfiera la propiedad, pero el acto en sí no es inválido»: *Elementos*, III, 1990, pág. 210.

(67) *Ibidem*.

(68) O bien, podría perfeccionarse otro derecho real, pues debemos recordar que la titularidad que se perfecciona, luego, con el título supletorio, no es exclusivamente la dominical, pues el artículo 137 RRP *in fine* deja abierta la puerta para que se pretenda inscribir a través del título supletorio otro derecho real distinto del de dominio.

(69) MORENO QUESADA entiende que el periodo de tiempo al que se refiere la prescripción extraordinaria es mayor que el que se exige en la ordinaria como una forma de compensación por la no exigencia —en la primera— de los requisitos de buena fe y justo título: en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, *Curso*, III, 2004, pág. 59. Sobre esto mismo, vale mencionar lo dicho por el profesor LACRUZ al respecto, cuando señala que: «...los plazos de la usucapión se acortan si el poseedor en calidad de dueño lo es de buena fe y, tratándose de bienes inmuebles, mediante título. *El legislador ha tenido en cuenta la especial situación de quien tiene todas las razones para creerse propietario, acaso habiendo pagado un precio, y no lo es por motivos que no dependen de él y del acto adquisitivo en sí*»: *Elementos*, III, 1990, pág. 206. Las negrillas y las cursivas son nuestras.

3.3.2. Requisitos de la usucapión ordinaria

Como ya hemos expresado con anterioridad, los requisitos para la usucapión estarán en dependencia del tipo de prescripción de que se trate, sin embargo, las diferencias entre los requisitos de uno y otro tipo de usucapión varían en cuanto a las exigencias de justo título y buena fe en una (prescripción ordinaria), sin requerirse de esto en la otra (prescripción extraordinaria).

Para efectos de nuestra investigación, nos es relevante lo referente a la prescripción ordinaria y son sus requisitos, solamente, los que aquí —aunque de manera breve— abordaremos.

Así pues, evidentemente se requiere, primero que todo, de la posesión del inmueble, pero la misma debe ser:

1. Fundada en justo título (70): por ser de gran relevancia este primer requisito para nuestro trabajo, le dedicaremos luego un apartado propio, sin embargo, aquí solamente dejaremos sembrada la idea de lo que debe entenderse por justo título.

El artículo 889 de nuestro Código Civil entiende el justo título como aquél que siendo traslativo de dominio, encierra alguna circunstancia que le hace ineficaz para verificar por sí mismo la enajenación. Esta circunstancia nos hace pensar en algunos supuestos, entre ellos el del *tradens*, que realmente no tenía el dominio para transmitir, pero realizó con el *accipiens* el negocio enajenatorio de forma perfecta, pero por concurrir en el *tradens* una circunstancia indeseable, el documento se vuelve ineficaz para transmitir el dominio. No obstante, el adquirente tiene el justo título que, como intentaremos explicar más adelante, se puede llegar a entender como algo inmaterial, como una situación ideal gracias a la cual se tiene una conciencia de titularidad por parte del *accipiens*.

De forma que, como entiende MORENO QUESADA (71), «en base a la apariencia de titularidad del transmitente, que crea unas expectativas merecedoras de protección, y de esa eficacia atenuada, considera el ordenamiento justificado que la posesión continuada en las condiciones vistas, sanando los vicios que puedan existir, termine por atribuir definitivamente la titularidad del derecho cuya transferencia inicial no cuajó plenamente».

2. De buena fe (72): la buena fe del adquirente puede verse de dos formas. La primera de ellas se refiere a la confianza o creencia del adquirente de que la persona que le transmitió la cosa era el propie-

(70) Artículo 888.1 del Código Civil.

(71) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco, *Curso*, III, 2004, pág. 66.

(72) Artículo 888.2 del Código Civil.

tario de la misma y, por lo tanto, podía transmitirle su dominio (73). Esta es una forma positiva de entender la buena fe.

En el segundo de los casos, la buena fe puede tenerse desde una perspectiva negativa, según la cual el adquirente ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalida (74).

Nuestro Código Civil, en su artículo 890 exige la buena fe solamente para el momento de la adquisición, pues la misma se presume siempre.

3. Pacífica: esto significa que no debe haber violencia (75), la posesión no debe ser impuesta por la fuerza (76).
4. Continua (77): la actuación posesoria, además de ser con ánimo de dueño, no debe ser interrumpida. Sin la continuidad no se podría dar esa expresión externa o imagen de titularidad del derecho en el poseedor. Esta no interrupción implica esa falta de manifestación o reacción por parte del titular del derecho que otro está usucapiendo (78).
5. Pública: de acuerdo a nuestro Código (79), es pública la posesión que se disfruta de manera que puede ser conocida de los que tienen interés en interrumpirla, o la que ha sido debidamente registrada. A través de esta publicidad se pretende dar a los actos propios a través de los cuales se adquiere la usucapión, una notoriedad precisa, notoriedad que sea percibida por el titular dominical, con el objetivo de que éste pueda oponerse a esa posesión. Esta es la razón jurídica por la que se exige la publicidad en la posesión para usucapir: darle al titular indiligente la posibilidad de oponerse (80).

4. EL JUSTO TÍTULO

Antes de entrar en materia, resulta prudente recordar al lector cuál es la importancia de abordar esta temática aquí y en este momento. Pues bien, al hablar de la prescripción hicimos referencia a la prescripción ordinaria y en este sentido el artículo 888.1 del Código Civil señala que la posesión que se

(73) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco, *Curso*, III, 2004, pág. 64.

(74) *Ibidem*.

(75) Artículo 892 del Código Civil: Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.

(76) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco, *Curso*, III, 2004, pág. 63.

(77) Dice el artículo 893 que es posesión continua: «...la que no se ha interrumpido de alguno de los modos enumerados en el artículo 926 y siguientes».

(78) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco, *Curso*, III, 2004, pág. 63.

(79) Artículo 894 del Código Civil.

(80) En SÁNCHEZ CALERO, Francisco, *Curso*, III, 2004, pág. 62.

requiere para prescribir debe ser fundada en justo título. Así pues, la importancia de determinar con claridad qué es el justo título, va mucho más allá de un mero alarde de sapiencia, pues la cuestión cobra trascendencia cuando de delimitar la diferencia entre el justo título y el título supletorio se trata.

Es necesario hacer en este momento una breve y oportuna referencia histórica que nos ayude a entender mejor el justo título en materia de usucapión ordinaria. Así, señala el profesor LACRUZ (81), que los romanos exigían a la usucapión ordinaria, en favor del sujeto que ejercía la usucapión, la presencia de una *iusta causa usucapiendi*, la que ARANGIO RUIZ (82) entendió como: «una situación jurídica objetiva, que por sí misma justificaría la adquisición inmediata de la propiedad, pero que por insuficiencia formal del acto de transmisión o atribución (*traditio rei Mancipi* o acto discrecional del pretor) o por defecto de derecho en el transmitente (*adquisición a non domino*), sirve solamente para iniciar la usucapión».

De manera que podían ser *justas causas*, de acuerdo al Derecho Romano, la venta, la donación, la constitución de dote, el pago, la herencia, etc. Lo anterior llevó a los pandectistas a relacionar la idea de justo título con la idea de *iusta causa traditionis* en la adquisición derivativa (83) (84). Esta concepción —continúa LACRUZ (85)— es la que pasa a los códigos latinos: el francés a través de POTHIER; y el español, a través de las Partidas y del Código Civil francés.

Una vez planteada la anterior referencia histórica, hemos de trasladarnos a nuestra realidad normativa actual. Así, el artículo 889 del Código Civil intenta dilucidar un poco la cuestión cuando señala qué debe entenderse por justo título, apuntando que: «*Se tiene por justo título para la prescripción, el que siendo traslativo de dominio, encierra alguna circunstancia que le hace ineficaz para verificar por sí mismo la enajenación*».

Por considerar aún más clara la definición que brinda el Código Civil español, hemos decidido traerla aquí e intentar, a partir de estos elementos, explicar lo que se debe entender por justo título. Así, el Código español, en su artículo 1.952 dice: «*Entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate*».

De esta manera, el usucapiente debió adquirir la posesión en virtud de un título que baste para transferir el dominio. Y decimos «debió adquirir la posesión», porque hasta este momento el derecho de dominio no se ha logra-

(81) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, III, 1990, pág. 207.

(82) Citado por LACRUZ, en *ibídem*. Las negrillas son nuestras.

(83) *Ibídem*.

(84) Sobre esto, dice VOET: «*iustus titulus est causa habilis ad dominium transferendum, ut emptio, donatio, sic ut ex quibus causis tradente vero domino transiret dominium*»: *idem*, pág. 207-208.

(85) *Ídem*, pág. 208.

do, a pesar de que el título a través del cual se obtuvo la posesión sea de los que permiten al titular transmitir el dominio —ya sea permuta, ya sea compraventa—. Y como hasta este momento lo único que se ha conseguido es la posesión, es ahí que juega su papel la usucapión, en tanto en cuanto sirve para que aquella adquisición del dominio sea efectiva (86). Es, entonces, a partir del transcurso del tiempo, que se perfecciona la adquisición del derecho de dominio; gracias a la prescripción ordinaria fundada en justo título (de buena fe, pacífica, continua y pública).

Ciertamente, es acertada la letra del artículo 889 del Código Civil nicaragüense cuando afirma que el título en cuestión «*encierra alguna circunstancia que le hace ineficaz para verificar por sí mismo la enajenación*», entendiendo ésta como la transmisión que de un derecho se hace.

El «título» para la transmisión de la propiedad no es más que el contrato que justifica la entrega de la cosa. Por otra parte, en materia de usucapión, el título desempeña un papel un tanto más complejo por comprender el acto transmisor en su conjunto (título y modo) que causa y legitima la posesión del adquirente y la hace aparecer como ejercicio del derecho de propiedad: como posesión en concepto de dueño —aclara LACRUZ (87)— y *no nomine alieno*.

Entiéndase, entonces, el justo título, como un acto legítimo de adquisición del derecho real, que aún sin poder cumplir su fin último da lugar a la *possession ad usucapionem* para la adquisición de bienes inmuebles en el plazo privilegiado que la ley dispone para estos casos. El justo título no es un estado, como sí lo es la buena fe o el hecho de la posesión (88).

Creemos, por tanto, que el justo título no puede ser confundido con un documento, con nada que haga alusión a cosas materiales, al contrario, éste se reduce a esa *conciencia de titularidad* que un individuo tiene, a ese sentido de *legítima titularidad* que sobre un bien se tiene. Es decir, el justo título debe ser entendido —en nuestra opinión— como algo inmaterial, ya que es gracias a esa idea (de inmaterialidad) como se explica la conciencia de titularidad que tiene quien ha adquirido la posesión, en defecto de un derecho que deberá perfeccionarse con el transcurso del tiempo.

4.1. *Requisitos del título que se requiere para la usucapión*

La doctrina civilista concuerda en cuanto a los requisitos que debe cumplir el título que se alegue para usucapir. Estos requisitos se resumen en que el título debe ser verdadero y válido.

(86) Vid. Díez-PICAZO, Luis, *Elementos*, III, pág. 128.

(87) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos*, III, 1990, pág. 208.

(88) *Ibidem*.

El carácter de verdadero que debe tener el título que se requiere para la usucapción puede deducirse de la letra del artículo 890 del Código Civil, cuando dice: «*El que alega la prescripción positiva, debe probar la existencia del título en que funda su derecho y las demás circunstancias que este Código exige*». De manera que ese carácter de «verdadero» que debe revestir al título que se requiere para la usucapción, está dado por tener éste una existencia real.

BADESA (89) entiende esa veracidad, no como un antónimo a la inexistencia, sino a la falsedad. Según lo anterior, se trata, entonces, de eliminar a un título falso como título *ad usucapionem*, no tanto a un título inexistente, sino a un título falso.

El artículo 1.953 del Código español requiere que el título sea verdadero, pero además añade el segundo requisito que debe cumplir el título necesario para la usucapción y es: que debe ser válido, carácter que es interpretado por DE BUEN (90) en el sentido de que el título debe bastar para transmitir el derecho si el transmitente fuera propietario (91). En nuestro ordenamiento no encontramos una norma que —como en el Código español— exprese de forma clara este carácter; sin embargo, consideramos aplicable analógicamente ese artículo 1.953 *in fine* del Código Civil español, ya que resulta lógico que al adquirir un bien de un legítimo propietario, el adquirente pueda transmitir —por ese simple hecho— su derecho.

LACRUZ matiza el requisito de validez aduciendo que el título es válido en tanto que reúne todas las condiciones exigidas por la ley, las que se refieren a su otorgamiento (consentimiento, objeto y causa) y las que se refieren a su contenido (licitud, ausencia de prohibiciones). El negocio debe ser apto para transferir el dominio, y no debe haber mediado ningún obstáculo que se oponga a su eficacia, como podría ser la falta de titularidad del transferente (92).

4.2. ¿Título supletorio es igual a justo título?

Resolver esta interrogante habiendo planteado lo referente a ambas figuras de la mejor manera posible, resulta tarea no tan complicada como hasta ahora había sido en nuestra realidad jurídica.

(89) Citado por LACRUZ, en *Elementos*, III, 1990, pág. 209.

(90) Citado por Díez-PICAZO, en *Sistema*, III, pág. 129.

(91) Por esta razón el profesor Díez-PICAZO interpreta —certeramente— que no bastaría un título nulo, por no poder transmitirse a través del mismo el derecho, aunque el transmitente sea realmente propietario. Sí cabría hablar de que un título anulable podría tenerse como válido, pues debemos recordar que éste produce sus efectos mientras no sea anulado por quien pueda ejercitar la acción correspondiente: *ibidem*.

(92) LACRUZ, José Luis, *Elementos*, III, 1990, pág. 209.

Y es que se ha tendido a confundir el título supletorio con el justo título, cuando en verdad ambos términos hacen alusión a realidades muy distintas y perfectamente definidas. Por lo tanto, resulta inapropiado utilizarlos a manera de sinónimos o simplemente confundirlos.

Dicho lo cual, podemos afirmar —de manera categórica— que el justo título y el título supletorio son dos cosas muy distintas.

El justo título, como ya hemos dicho en su momento, se reduce a una conciencia de titularidad que se tiene sobre un bien; es esa creencia de titularidad que un individuo tiene, habiendo adquirido la posesión de un bien, en defecto de un derecho que ha de perfeccionarse con el tiempo.

Por su parte, el título supletorio es una figura creada por el legislador con un fin diferente al del justo título, ya que a través del primero se pretende que un individuo propietario de un bien que no tenga un título (entendido como documento), o teniéndolo sea imperfecto —por así decirlo— para inscribir, realice la dicha inscripción del dominio u otro derecho real a través del título supletorio.

Así, son marcadas las diferencias que separan a una figura de la otra. No obstante, creemos que la diferencia esencial está dada por la inmaterialidad del justo título, en contraposición con el carácter material del título supletorio.

Otra diferencia estriba en que el título supletorio requiere entre sus presupuestos al justo título, mientras que para tener justo título solamente basta que se haya realizado un negocio jurídico válido, en el que el *tradens* tenga la titularidad suficiente para hacerla derivar en favor del *accipiens*, y crear de esa forma esa conciencia de titularidad que se da en llamar justo título. Es decir, quien pretende que le sea otorgado un título supletorio debe cumplir con ciertos requerimientos, entre los que está el ampararse en justo título. Por otra parte, para que un sujeto tenga justo título basta que haya adquirido su titularidad de quien tenga la titularidad suficiente para hacerla derivar en su favor.

Basten las líneas anteriores para remarcar la diferencia entre el título supletorio y el justo título, dos realidades diferentes y un fin último en común: lograr la perfección del derecho de propiedad u otros derechos reales.

5. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Resulta una tarea difícil el tratar de precisar la fecha o estadio histórico en el que surge la idea y el concepto de seguridad jurídica. Pero al menos en materia hipotecaria sabemos que fue ROCA SASTRE (93) quien introdujo el

(93) Citado por CHICO Y ORTIZ, José María, *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 27-28.

término «seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario» en su obra *Derecho Hipotecario*.

Cuando en 1861 se formuló la Ley Hipotecaria, aquella primitiva Exposición de Motivos hacía referencia —desde ya— a la seguridad, entendida ésta como un fin que debía lograrse con la nueva reglamentación hipotecaria. La referida Exposición de Motivos se refería en numerosas ocasiones a que la finalidad que se persigue «es la seguridad de la propiedad», «asegurar los derechos», «adquirir con seguridad», etc. (94).

Nuestro ordenamiento jurídico recoge, a través de nuestra Constitución Política, el principio de seguridad jurídica en el artículo 25, inciso 2.º, el que reza (95):

Artículo 25. Toda persona tiene derecho:

2) A su seguridad.

Así pues, la seguridad a la que se refiere nuestra Constitución no hace alusión a ningún tipo de seguridad en concreto, sino que el texto legal resulta ser abstracto en su formulación, lo que nos permite especular en cuanto al alcance del mismo y trasladarnos al ámbito de la seguridad que nos interesa para este estudio. Nos referimos a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

En esta parcela del Derecho —el Derecho Inmobiliario— la seguridad jurídica se logra a través del órgano del Registro de la Propiedad (inmobiliaria, por supuesto). El Registro es el órgano a través del cual se publican las situaciones jurídicas referentes a las fincas, haciéndolas del conocimiento de todas aquellas personas interesadas, quienes a su vez confían en lo que el Registro publica, gracias a la confianza que nace de un principio llamado *fe pública registral*. Pues bien, toda esta derivación lógica de entendimiento no conlleva a otra cosa que a la seguridad jurídica.

Hablar de seguridad —a secas, sin la coletilla de «jurídica»— nos sugiere pensar en conceptos como el de «certeza», «confianza», «convencimiento», «fe», entre otros. No obstante, es importante señalar que hasta la fecha no existe un consenso en la doctrina en cuanto al concepto y la configuración jurídica de la seguridad. Habiendo dicho lo anterior, intentaremos presentar al lector un concepto de seguridad jurídica que, sin ser perfecto, brinda la idea más básica que se contiene en el mismo. Así, SÁNCHEZ AGESTA (96) considera a la seguridad como un «valor» y entiende que es una consecuencia del

(94) *Ídem*, págs. 19-20.

(95) Nótese como nuestra Constitución no habla precisamente de un «principio de seguridad jurídica», sino que se refiere simplemente a la «seguridad».

(96) CHICO Y ORTIZ, José María, *Seguridad Jurídica*, 1994, pág. 26.

Estado de Derecho para que cada uno conozca con «certeza» sus derechos y obligaciones y pueda prever las consecuencias de sus actos (97).

El Diccionario de la Lengua Española (98) define la seguridad jurídica como: «Cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación». Evidentemente, la seguridad jurídica implica una suerte de certeza y confianza en el texto de la ley, merced a las cuales los individuos pueden prever las consecuencias de sus actos.

Somos de la opinión de que la seguridad debe ser un principio jurídico de fundamental importancia, pues un ordenamiento que incluya, respete y haga valer la seguridad jurídica, seguramente podrá preciarse de ser el soporte y base de un Estado de Derecho. Caben aquí las palabras de CHICO Y ORTIZ (99), cuando se refiere a la seguridad jurídica diciendo: «...*toda seguridad jurídica lleva consigo la estabilidad, la certeza, la irretroactividad —siendo un principio jurídico— puede configurarse como efecto, como necesidad, como finalidad, como concepto inseparable del Derecho y como una consecuencia lógica del orden jurídico. Atentar contra este principio llevaría consigo un caos jurídico, una arbitrariedad, un abuso de poder, una anarquía y un distanciamiento de lo que debe ser un Estado de Derecho...*».

IV. TRAMITACIÓN PROCESAL DEL TÍTULO SUPLETORIO

El tratamiento de esta figura se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil en el Libro II, Título XXIX, en los artículos que van del 780 al 787, siendo el procedimiento de tramitación del título supletorio, un asunto propio de la jurisdicción voluntaria (100).

(97) Solamente disintimos de la opinión de SÁNCHEZ AGESTA en cuanto a la consideración de la seguridad como un «valor». Opinamos que la seguridad (jurídica) no es un valor, sino un principio. Valor (por ejemplo) es la justicia, cuestión distinta de la seguridad jurídica. Apoyamos, en este sentido, el parecer de CHICO Y ORTIZ, quien entiende que la seguridad es una manifestación de la legalidad, siendo compatible con el valor de la justicia. No hay tensión contradictoria —agrega el citado autor— entre ley y seguridad jurídica de un lado y justicia de otro: *ibídem*.

(98) Real Academia Española, *Diccionario*, T. II, pág. 2040.

(99) CHICO Y ORTIZ, José María, *Seguridad Jurídica*, 1994, pág. 30. Las cursivas son nuestras.

(100) Podemos entender la jurisdicción voluntaria como lo señala el artículo 1.811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, el que dice: «Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o que se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Esta definición, dice FERNÁNDEZ DE BUJÁN, se adhiere al criterio de la contradicción o contenciosidad como elemento esencial de los actos de jurisdicción voluntaria. Para profundizar en este tema, ver FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pág. 33.

En principio, el Juez competente será determinado en base a la cuantía del inmueble de que se trate. Así, será competente el Juez Local si el valor del inmueble no excede de quinientos pesos, en el caso contrario, la competencia le corresponderá al Juez de Distrito (art. 780 Pr).

Artículo 780

Quando el valor del inmueble no exceda de quinientos pesos, es competente para conocer de esta solicitud, el Juez Local de lo Civil del lugar en que estuviere situado dicho inmueble; pero si excediese de quinientos pesos será competente el Juez de Distrito de lo Civil.

El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud de título supletorio. Posteriormente, el Juez mandará citar al Síndico Municipal y luego mandará a recibir la prueba (101) de la posesión que sobre el inmueble ejerce el solicitante. El siguiente paso consiste en la publicación (102) por tres veces de diez en diez días de la solicitud en el periódico oficial, y se citará a las personas que consideren tener un derecho sobre los bienes. Valen para estos efectos las disposiciones del artículo 781 Pr.

Artículo 781

Presentada la solicitud de título supletorio con los requisitos que establece el artículo 137 del Reglamento del Registro de la Propiedad, el Juez, con citación del Síndico Municipal, mandará recibir la prueba sobre la posesión que el solicitante haya tenido del inmueble; y observadas las circunstancias que establece el citado artículo 137 del Reglamento, se publicará la solicitud en extracto en el periódico

(101) Una de las mayores debilidades que en materia probatoria adolece este trámite es que no se exige la presentación de certificación registral en donde se haga constar si el inmueble está o no inscrito y en caso de estarlo a nombre de quién lo está. Tampoco se exige certificación en la que se haga constar a nombre de quién está catastrado, para que el Juez, con base en ella, pueda negar la información. Es por ello que el Juez, en la mayoría de los casos, carece de los medios informativos necesarios para comprobar la legitimación del solicitante. Sin embargo, aunque el Juez apruebe la información, el Registrador puede negar la inscripción.

(102) Esta publicación se realiza en diarios de circulación nacional en forma de carteles. Un ejemplo de esto es el siguiente cartel publicado en *El Nuevo Diario*, el día 2 de febrero del año dos mil seis: Cartel: *Leonardo Pérez Romero solicita Título Supletorio de un lote de terreno rural, ubicado en la comarca El Quebrantadero de esta Jurisdicción, con un área de seis manzanas. Linderos: Norte: Cooperativa. Sur: Martín Rocha. Este: Ramón Laguna, y Oeste: Familia Fernández. Opónganse Término Legal. Juzgado de Distrito Civil, Juigalpa, veintisiete de marzo del año dos mil seis. S. Carolina Castro S., Sria. (21/04/2006) Id. 64509.*

oficial, o alguno del departamento de la situación del inmueble si lo hubiere, citando a las personas que pretendan algún derecho sobre los bienes cuyo título se pide. La publicación se hará por tres veces de diez en diez días, y se agregará al expediente el último de los ejemplares.

Las publicaciones, a las que anteriormente hicimos referencia, tienen el objetivo de poner en conocimiento de cualquier interesado de la tramitación que en el Juzgado se está realizando, para que pueda presentar su oposición a dicha solicitud, dentro del plazo de las publicaciones. En caso de haber oposición, dice el artículo 782 Pr, se suspende la tramitación hasta que se resuelva la misma en juicio ordinario.

Artículo 782

Si dentro del plazo de los edictos se presentare alguna persona oponiéndose a la solicitud, el Juez suspenderá el curso del expediente hasta que recaiga sentencia definitiva en el juicio ordinario de oposición, el cual se abrirá tan luego como pase el término de los edictos.

Si el Estado se opusiere a la información alegando que se trata de terrenos baldíos nacionales, el Juez concederá a la parte el término de quince días para que desvirtúe la aseveración del Estado. Si pasara ese término sin que lo haya efectuado, el Juez sobreseerá en el procedimiento (103).

En caso de no haberse presentado oposición o de haber sido favorable al solicitante la sentencia del juicio ordinario, el Juez dará trámite al expediente y mandará extender certificación al interesado para que pueda, éste, inscribirla en el Registro Inmobiliario. Así reza el artículo 783.

Artículo 783

Si no se presentare opositor, o si la sentencia en el juicio ordinario fuese favorable al solicitante, el Juez aprobará la información si estuviere arreglada a las disposiciones del artículo 137 del Reglamento, y ordenará que se extienda certificación al interesado para su inscripción en el Registro, en los términos del artículo 139 del Reglamento.

(103) Segundo párrafo adicionado por Decreto núm. 434 de agosto de 1945.

Posteriormente, de acuerdo a los artículos 784 y 785 Pr, una vez recibida la certificación emitida por el Juez correspondiente, el Registrador, dentro del tercer día podrá aceptar o denegar la inscripción, exponiendo los fundamentos que le llevaron a practicar o no la inscripción. En caso de que el Registrador haya hecho observaciones a la certificación, el Juez dictará resolución —apelable— al respecto.

Artículo 784

En el caso del artículo 141 del Reglamento, el Registrador hará uso de la facultad que en él se le confiere, dentro del tercer día de habersele presentado la certificación, al pie de la cual expondrá las razones que tiene para no inscribirla.

Artículo 785

El Juez, dentro de tercero día de haber recibido la certificación con las observaciones que haya hecho el Registrador, dictará su resolución, la cual es apelable en los términos del artículo 141 del Reglamento.

Una vez que el Registrador ha recibido la resolución judicial resolviendo sobre las observaciones realizadas sobre la certificación, aunque dichas observaciones sean desechadas, el Registrador deberá inscribir la certificación. En caso de que las observaciones hayan sido aceptadas, el Juez remitirá copia de su sentencia al Registrador para que éste la custodie en su archivo. Así lo disponen los artículos 786 y 787 Pr.

Artículo 786

Recibida por el Registrador la sentencia ejecutoriada que deseché las observaciones, inscribirá inmediatamente la certificación.

Artículo 787

Cuando las observaciones del Registrador hubieren sido aceptadas en la sentencia firme dictada por el Juez o por la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones, en su caso, el mismo Juez o Tribunal le enviarán copia de dicha sentencia para que la custodie en su archivo.

V. PROBLEMÁTICA JURÍDICA Y SOCIAL ACTUAL

La forma indebida en que ha sido utilizada la figura del título supletorio en nuestra realidad jurídica ha contribuido al acrecentamiento de los problemas que en materia de propiedad tenemos en Nicaragua. Y es que las consecuencias de lo anterior no se limitan solamente al plano jurídico, sino que se extienden al ámbito social, ya que perjudican a los miembros de la sociedad en general.

Es lamentable la forma en que el título supletorio se ha utilizado en fraude de la ley, buscando el beneficio de unos pocos y transgrediendo los límites de aplicación deseados por nuestro legislador de 1904, lesionando la seguridad jurídica y el bienestar social.

En el afán de mostrar las repercusiones jurídicas y sociales que ha tenido en nuestro país la problemática que hoy estudiamos, nos valdremos del impacto mediático que la indebida aplicación del título supletorio ha tenido. Así, a continuación, presentamos algunas noticias publicadas en los dos diarios de mayor circulación a nivel nacional, para ilustrar de esta forma la problemática ante la cual nos encontramos y luego poder presentar al lector nuestras reflexiones al respecto:

1. «Propiedad Costera Ilegal»

* *Presidente ENITEL y judicial de San Rafael del Sur contra ley expresa.*

* *Circular de la Corte prohíbe a jueces tan siquiera conocer solicitudes.*

* *Juez tramita supletorio a despecho de Suprema.*

El Nuevo Diario. Viernes, 19 de febrero del año 1999.

—Xiomara Chamorro—

El presidente de ENITEL, Jorge Solís Farías, solicitó en noviembre del año pasado, un título supletorio sobre un terreno costero en Pochomil, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha declarado que los terrenos costeros son nacionales y no pueden enajenarse.

En *La Gaceta* del 20 de enero de 1999, el Juzgado Local Único de San Rafael del Sur hace del conocimiento público la petición de Solís Farías sobre un terreno que en su lindero este tiene a la Casa de Protocolo del Gobierno y el camino que conduce a Pochomil, y al Oeste, el Océano Pacífico.

«No pueden enajenarse los terrenos comprendidos en una zona de dos kilómetros de latitud a lo largo de los dos Océanos; a orillas de los lagos y ríos navegables, una latitud de 800 metros y las islas de los mares territoriales y de los lagos», expresa una circular enviada desde el 28 de mayo de 1998, por la Corte Suprema de Justicia a todos los jueces del país.

Se desconoce si en este caso la Procuraduría de Justicia se ha opuesto a la solicitud de este alto funcionario gubernamental o si la Corte Suprema de Justicia hará actuar su Comisión Disciplinaria.

2. «Medio Managua “tragado”»

* *Procuraduría denunció a juzgados locales civiles como traficantes de títulos supletorios.*

* *Así está levantándose el floreciente negocio de los condominios.*

El Nuevo Diario. Jueves, 7 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

Esta noticia cita información proveniente de la Procuraduría General de Justicia, señalando que medio Managua está «tragada» o por «tragarse» a través de títulos supletorios.

De acuerdo con las mismas fuentes, «los campeones» en materia de tráfico con estos títulos son los juzgados locales de lo Civil, y el que se lleva las palmas es el Tercero, donde con una cuantía máxima para conocer de 20 mil córdobas se han tramitado supletorios cuyo valor real es de varios millones de córdobas.

Con todos estos títulos supletorios de por medio, otorgados con una extraña pasividad de parte de la Corte Suprema de Justicia, señalan las informaciones recabadas, es que se están levantando los lujosos condominios que se ubican en la parte sureste de la capital y sobre la carretera a Masaya.

3. «Jueces venden Managua»

* *Procurador Centeno Gómez confirma tráfico con títulos supletorios.*

* *Más de dos manzanas en Mercado de Mayoreo y una cantidad igual entre la UNA y CARNIC «tragándose» en sendos juzgados locales.*

* *Voracidad de supletorios se extiende a probable ruta del Canal Seco.*

El Nuevo Diario. Martes, 12 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

Títulos supletorios en la zona de Metrocentro, en la Rotonda de Santo Domingo, cerca del mercado Iván Montenegro, frente al hotel Camino Real, por el Mayoreo y entre la Centroamérica y Las Colinas, son algunos ejemplos de una voracidad increíble de valiosísimas tierras urbanas de Managua, que hasta el momento se ha tragado más de media capital con la complicidad del Poder Judicial.

El Procurador General de Justicia, doctor Julio Centeno Gómez, manifestó que jueces como el del Tercero y Primero local Civil de la capital han tramitado demandas de títulos supletorios estimadas en más de medio millón de dólares excediendo su cuantía que llega hasta los 20 mil córdobas.

Para comprobar lo anterior, el Procurador General de Justicia mostró *La Gaceta* del 14 de julio de este año, en la que aparecen peticiones por grandes extensiones de terreno en la capital, poniendo como linderos el mercado Mayoreo y la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua (UNAN).

En el caso del terreno que se ubica al sur del mercado Mayoreo, la petición del título supletorio es por 12 hectáreas (más de 14 manzanas), solicitud hecha por Pedro de Jesús López Téllez en el Juzgado Tercero Local Civil.

Una señora de nombre María Elsa García Bucardo es la que aparece solicitando título supletorio para más de 12 manzanas de terreno, poniendo en tres costados la UNAN, cuando lo correcto debió haber sido la Universidad Agraria (UNA), ya que ubica el terreno por la Carretera Norte y cerca de CARNIC, sin embargo, así se mandó a publicar en *La Gaceta*.

El citado Procurador mostró además, solicitudes de títulos supletorios por 130 manzanas, 47 manzanas, 180 hectáreas, en la ruta del proyectado Canal Seco, «y allí van quienes les resulta más fácil robar así que un bolso en el Mercado Oriental».

4. «Supletorios son escandalosos»

* *Solícito judicial hasta suple deficiencias de los solicitantes.*

* *No sabe que cuatro manzanas frente al Mayoreo valen más de 20 mil córdobas.*

* *Asustados capitalinos no saben cuándo les pueden llegar a decir que están fincados en tierras ajenas.*

El Nuevo Diario. Miércoles, 13 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

El juez Tercero Local Civil, José Rodríguez Salguera, no sólo tramita demandas de títulos supletorios en tierras valiosísimas de la capital que no especifican cuantía, sino que se preocupa tanto por los solicitantes que la información que les hace falta, la manda a pedir al Catastro.

Una serie de anomalías se evidencian en la demanda introducida en ese despacho judicial por un señor de nombre Pedro de Jesús López Téllez, quien solicita título supletorio para 32,275 metros cuadrados (más de cuatro manzanas) de terrenos que se ubican en la parte sur del Mercado Mayoreo.

Según el mapa presentado por el señor López Téllez y que identifica lo solicitado con el número catastral 04307, en la zona que dice estar ocupando «de forma pacífica, pública y de buena fe», lo que se evidencia es una estación de gasolina Shell, un parqueo de furgones en terrenos de ENABAS y la Aduana.

En el parque de los furgones, varios conductores manifestaron su sorpresa al conocer que alguien de nombre Pedro de Jesús López Téllez, estaba tramitando título supletorio por terrenos que desde hace años le alquilan a ENABAS, desconocimiento que comparten los bomberos de la gasolinera.

Con una molestia que no oculta, Rodríguez Salguera dijo que no se puede afirmar que los jueces estén vendiendo Managua porque ellos no son dueños de Managua.

En su ardorosa defensa por sus actuaciones, el titular del Juzgado Tercero Local Civil explicó la forma en que tramita las peticiones de títulos supletorios señalando que los mismos caen, «dentro de los juicios de jurisdicción voluntaria y es la parte actora la que establece la demanda».

En esa estimación de demanda —afirmó— los juzgados locales no pueden conocer cuantías superiores a los 20 mil córdobas, lo que debe ser conocido por los juzgados de Distrito.

Indicó que cuando se otorga un título supletorio, el beneficiario lo que tiene es la posesión del terreno solicitado, pero no el dominio, por lo tanto no puede vender hasta que han pasado treinta años, «ya que cualquiera que se siente perjudicado va a oponerse».

5. «Supletorios en todo el país»

* *Un odontólogo norteamericano que vive en Nueva York de paso por Puerto Cabezas pide su tierrita.*

* *Otros casos insólitos: hasta dos títulos de la misma persona.*

* *Centro, norte, atlántico y pacífico plagado de «solicitudes».*

El Nuevo Diario. Jueves, 14 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

Nicaragua parece haber retrocedido a los tiempos de la colonia o querer insertarse en el viejo oeste norteamericano, por la forma en que los representantes del poder judicial están entregando grandes extensiones de tierras al que se presente primero a los tribunales a solicitar sus respectivos títulos supletorios.

Ejemplos de lo insólito que está ocurriendo en todo el territorio nacional se encuentran en las últimas ediciones del periódico oficial *La Gaceta*, donde se solicitan títulos supletorios por grandes extensiones de terreno y aunque no se han llenado los requisitos de ley, los jueces están mandando a hacer las tres publicaciones correspondientes.

En *La Gaceta*, número 165 del 30 de agosto, se lee el siguiente cartel mandado a publicar por el Juez Único de Distrito de lo Civil de Puerto Cabezas: «Charles Weslei Taylor Ellis, mayor de edad, doctor en Odontología, del domicilio de Nueva York, Estados Unidos de América y de tránsito por esta ciudad de Puerto Cabezas, solicita título supletorio de una finca urbana situada en el sector de San Miguel...». Como se evidencia, de entrada, Charles Weslei Taylor no puede ser favorecido con un título supletorio por cuanto no está en posesión del terreno solicitado, más bien afirma que vive en Nueva York y que está de tránsito por Puerto Cabezas, sin embargo, su petición aparece como algo normal en *La Gaceta*.

Según el Procurador General de Justicia, Julio Centeno, en la Costa Atlántica, debido al anuncio del proyecto del Canal Seco, es donde más se está

proyectando la voracidad por la tierra con solicitudes de títulos supletorios que abarcan grandes extensiones.

Si lo que ocurre en la Costa Atlántica sorprende, el impacto emocional no es para menos en la zona del Pacífico, donde una señora de nombre Ligia Cuadra Zapata está solicitando en el Juzgado Segundo Local Civil, título supletorio de un terreno que colinda al norte con la Cuesta de los Mártires; al sur, terrenos ocupados por la Gruta Xavier; este, pendiente de la Cuesta de los Mártires, y oeste, terrenos de la Refinería ESSO.

Otro ciudadano de nombre Alejandro Silva Noguera prefirió irse por la vía del título supletorio para pedir una manzana de terreno en el Juzgado Segundo Civil de Distrito de Managua, el que se ubica en el kilómetro 10 Carretera Vieja a León, cerca de la Gruta Xavier.

Otras peticiones de títulos supletorios se están haciendo en los juzgados por terrenos en el barrio Los Ángeles, Bolonia, Altagracia y Villa Argentina. Este último barrio llama la atención, por cuanto son terrenos que se miran en abandono y que se ubican entre la Loma de Tiscapa y la Universidad Centroamericana (UCA).

Del desconocido barrio Villa Argentina en el Juzgado Tercero Civil de Distrito se mandó a publicar en *La Gaceta* del 27 de septiembre de este año las peticiones que hicieron en el despacho del juez suplente, Humberto Carranza Ramírez, los señores Wilfredo Gómez Pérez y Martín Omar Díaz Urbina.

Wilfredo Gómez Pérez está solicitando ante la autoridad judicial que le otorguen título supletorio por un terreno que mide 207 metros cuadrados; mientras Martín Omar Díaz Urbina solicita que le legalicen 326 metros cuadrados.

Por donde se visualicen las solicitudes de títulos supletorios, se denotan que las mismas parecen una fiebre que afecta en los cuatro costados del país. En el norte de Nicaragua la misma situación del Pacífico y la Costa Atlántica se está repitiendo (llegando la misma persona a hacer hasta dos solicitudes).

Con sólo la consulta de los tres meses últimos en *La Gaceta*, la lista de demandantes de títulos supletorios es inmensa.

6. Denuncia un «asalto» con otro supletorio

* *Insólito procedimiento y sentencia de juez.*

* *Más insólito: su caso duerme aún en Apelaciones.*

El Nuevo Diario. Viernes, 15 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

No sólo la propiedad estatal está siendo afectada por la cantidad de títulos supletorios que salen de los juzgados, sino que el asunto también afecta a particulares cuyos lotes han sido entregados a «prestanombres» que son utilizados por empresas de bienes raíces.

En el reparto Las Colinas, una afectada es la ingeniera Ivette Zepeda Gaitán, quien en 1995 compró el lote número 66 de Las Colinas a la señora Paulina Barroilhet. Pero grande fue su sorpresa cuando se dio cuenta de que el juez Cuarto Civil de Distrito le había hecho la «gracia» de darle trámite a una demanda de título supletorio de dos lotes en Las Colinas presentada en su despacho por la señora Juana Amanda Jácamo Gazo, quien al ser favorecida por el juez, inmediatamente vendió a una empresa de bienes raíces.

Según la ingeniera Ivette Zepeda Gaitán, la empresa de bienes raíces de nombre «Sociedad Michdom», le entregó 16 mil dólares a la señora Juana Amanda Jácamo por haber servido de prestanombre de los dos lotes en Las Colinas. Luego la referida empresa procedió a negociar el lote número 66 en 35 mil dólares y el lote número 67 en 45 mil dólares, para sacar una ganancia neta de 64 mil dólares.

Por otra parte, la afectada demostró ser la legítima dueña del lote número 66 de Las Colinas, lo que fue ratificado en sentencia del 4 de agosto de 1999, ordenándose al Registrador Público de la Propiedad que procediera a cancelar los asientos registrales del título supletorio de la señora Juana Amanda Jácamo.

Por su parte, la «Sociedad Michdom» expresó sentirse agraviada por la referida sentencia, pues según la reclamante, estos se consideran dueños de al menos el lote número 67 de Las Colinas Sur, y quieren una cancelación parcial del título supletorio en mención. Tal situación hizo que el expediente viajara en apelación al Tribunal de Apelaciones de Managua, donde, «los casos duermen el sueño de los justos por lo menos de siete meses a un año, lo que significa que yo me veo impedida de vender mi terreno y hacer uso de mis derechos legítimos de propietaria».

Según la señora Zepeda, la demanda que se llevó en el Juzgado Cuarto Civil de Distrito fue tan insólita que el juez Medardo Mendoza Yescas ante la petición de la señora Juana Jácamo, lo que hizo fue mandar a oír a las partes poniendo una hoja de papel en el mural del juzgado. «Si yo soy dueña legítima, ¿creen ustedes que voy a andar leyendo cédulas en los juzgados?»

El problema está —indicó— en que pese a que la ley establece que una persona favorecida por un título supletorio lo que da es la posesión y no el dominio, la señora Juana Jácamo vendió inmediatamente a la empresa que luego hizo el negocio redondo con los dos lotes del título supletorio.

Sobre el origen de la ciudadana Juana Jácamo, la ingeniera Zepeda Gaitán relata que esa señora era la que vendía comida a los trabajadores que construían las casas en Las Colinas, «luego se afincó en un terreno con su venta y allí llegaba desde comienzos de los años setenta, pese a que supo que el lote número 66 lo compré en 1995».

«Doña Juana Jácamo vive en Esquipulas y es una persona humilde que fue utilizada por la empresa de bienes raíces para sacar el título supletorio,

como lo están haciendo en diferentes puntos del país», manifestó la señora, quien pide a la Corte Suprema de Justicia que ponga en orden a los jueces.

«Yo le digo a los jueces que sean conscientes de los actos de injusticia que están cometiendo al extender estos títulos supletorios a diestra y siniestra, ya que están enviando a ciudadanos honrados a incurrir en gastos y gestiones judiciales innecesarias», finalizó.

7. «Caso parque: apelación «dormida»

* *Corte Suprema debe investigar el juzgado y Registro sobre este escandaloso caso.*

* *Asesor legal de Alcaldía de Managua confirma otros casos de supletorios sobre casco urbano.*

El Nuevo Diario. Viernes, 8 de octubre del año 1999.

—Mario Mairena Martínez—

Se trata pues, del caso del parque de Villa Fontana, cuya titularidad fue reconocida a José María Tórrez a través de un título supletorio otorgado por la juez Segundo Civil de Distrito, Patricia Brenes Álvarez, una vez que la comuna capitalina no se opuso durante la tramitación del mismo.

Después de la sentencia, apareció como comprador del parque, Freddy González Ortega, quien también sirvió de testigo en el raro juicio, donde los testigos tenían que haber demostrado que eran vecinos colindantes de la propiedad solicitada, «y eso nunca lo probaron porque vivían lejos del lugar», dijo Javier Peña Pérez, Director General Legal de la Alcaldía de Managua.

Peña Pérez indicó que fue por END, que se enteró que la propiedad de dos manzanas y media había sido registrado a nombre de la empresa del señor Donald Spencer (quien fue el tercer comprador que registró la propiedad en mención el 6 de septiembre de este año), lo que calificó de grave, porque el caso se encuentra en apelación y la anotación preventiva mandatada por la juez Vida Benavente no ha sido cancelada.

En el mencionado despacho, la doctora Benavente, el 12 de noviembre de 1996 falló a favor de la comuna capitalina, haciendo ver que la propiedad en disputa fue entregada al Distrito Nacional (hoy Alcaldía de Managua) en 1972, mientras que el campesino José María Tórrez López había sacado su título supletorio en 1993.

Por tanto —expresa la sentencia— «se declara como mejor título el de la Alcaldía Municipal de Managua, contenido en escritura mencionada en las resultas y parte considerativa de esta sentencia, por lo tanto el señor Registrador de la Propiedad Inmueble de este departamento deberá cancelar el asiento respectivo del título supletorio».

La sentencia de la doctora Vida Benavente fue inmediatamente apelada por Freddy González Ortega, a la que se sumaron el ex juez Javier Eulogio

Hernández Salinas y el ahora difunto, Gerzer Molina, la que fue a parar en 1997 al Tribunal de Apelaciones, donde el caso quedó paralizado.

Cuando salió la primera publicación de END, el expediente pasó de magistrado en magistrado, esperándose que en los próximos días salga la sentencia que el departamento legal de la Alcaldía de Managua espera sea ajustada a Derecho, «porque si es adversa, sería violatoria a la Ley de Municipios que establece que los bienes de la comuna no se pueden vender».

El Director Legal de la Alcaldía de Managua dijo que de igual forma en que José María Tórrez y Freddy González Ortega se tomaron el parque de Villa Fontana, hace poco se dio otra situación similar en Las Colinas, donde una empresa de bienes raíces se había posesionado de dos lugares considerados áreas verdes y comunales.

«Tenemos otros casos en diferentes lugares del casco urbano de Managua, donde los jueces se han prestado a otorgar títulos supletorios y nos están metiendo en problemas», manifestó el doctor Javier Peña Pérez, quien coincide con la Procuraduría de Justicia de que es necesario parar tanta anomalía.

8. «Gobierno reivindica Cayos»

** Procuraduría del Medio Ambiente pedirá cancelación de inscripciones registrales.*

** Demanda incluye a los cayos que el griego ya había vendido, los que promocionó hasta por Internet.*

** Están frente a Laguna de Perlas y son parte del Patrimonio Nacional. El Nuevo Diario. Lunes, 23 de abril del año 2001.*

—Joaquín Torrez A.—

Esta noticia trata de la demanda que la Procuraduría del Medio Ambiente y los Recursos Naturales introdujo en un Juzgado de Puerto Cabezas con el objetivo de cancelar los asientos registrales de los cayos (son siete en total) que hace unos años compró el griego Peter Tsokos en la zona de Laguna de Perlas, en la costa caribe, amparado en unos títulos supletorios de propiedad que, según él, son válidos.

El mismo medio informativo enuncia que este señor, una vez que adquirió en propiedad los cayos, se dispuso a hacer negocios con ellos ofreciéndolos al mejor postor hasta en 400 mil dólares (los más baratos), por medio de un sitio en Internet. De los siete, vendió dos a unas familias de Estados Unidos e Inglaterra, una de las cuales tenía planes de fundar ahí una escuela para buzos.

El subprocurador de Medio Ambiente, De León, dice que la transacción que hizo Tsokos por medio de su abogado Peter Martínez Fox, es legal, ya que la compra se hizo por medio de unos títulos supletorios de esos terrenos que les vendieron unos lugareños. El problema es que los títulos supletorios sólo garantizan la posesión de tal terreno, pero no el que sea dueño.

Además, continúa diciendo el subprocurador, «...lo que hubo fue una mala interpretación de un tratado llamado “Harrison-Altamirano”, firmado en 1905, que les daba derechos de las tierras a los indígenas del Caribe. Este tratado le da derechos a los indígenas en tierra firme, pero no las islas, islotes y cayos, que como bien dice el Código Civil, que data desde 1904, no pueden ser vendidos porque son de dominio público del Estado».

Con esto, el subprocurador De León afirma que Tsokos tiene derecho a defenderse. El problema fue que hizo un mal negocio al haber comprado títulos sin haber analizado los antecedentes legales e históricos del Estado de Nicaragua, al que verdaderamente pertenecen los cayos.

9. «Campesinos exigen titulación de sus propiedades»

La Prensa. Jueves, 3 de julio del año 2003.

—*Mercedes Sequeiro*—

Esta noticia narra y describe la situación de 14 familias de la comarca Santa Marta, en la ciudad de Juigalpa, quienes exigen al gobierno que les tittle las propiedades, pues la Oficina de Titulación Rural quiere desalojarlos y ubicar a otras personas.

Según Valentín Mena Reyes, representante de las familias afectadas, éstas fueron ubicadas en esos terrenos entre 1988 y 1989 por el Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria (INRA) y cada una de las familias obtuvo en ese entonces una carta de asignación provisional. Con el tiempo, seis de esas familias sacaron un título supletorio, donde hacen constar que son dueños de 300 manzanas de terreno.

10. «Policía Investiga Tráfico de Lotes»

El Nuevo Diario. Sábado, 2 de agosto del año 2003.

—*Lizbeth García*—

La policía nacional está investigando la existencia de una banda que se dedica a traficar con lotes de terrenos ajenos, los que son vendidos varias veces usando para ello títulos supletorios y sentencias falsificadas.

Según fuentes policiales, la banda primero ubica las tierras en las zonas con mayor precio y proyección de desarrollo. Luego investigan si el dueño está o no fuera del país y la situación registral del bien inmueble para proceder a cometer el delito mediante documentación falsa.

Por dicha razón las autoridades judiciales ordenaron a los registradores del país no inscribir propiedades bajo el amparo de títulos supletorios en tanto no mostraren los interesados la correspondiente sentencia del juez civil.

Las pesquisas al respecto se iniciaron inmediatamente después de que la representante legal de don Roberto José Vega Pereira, Geraldine Martínez Baca, denunciara el estelionato y la falsificación de documentos públicos (un título supletorio y aparentemente una sentencia del Juez Cuarto Civil de Distrito) y del que su cliente fue víctima.

Vega Pereira, con testimonio de escritura pública de compraventa, demostró que desde 1967 es dueño de una propiedad de aproximadamente tres mil varas cuadradas, ubicada entre el 13,5 y 14 de la Carretera Sur, pero para su sorpresa, días atrás alguien ordenó la remoción de tierras en él.

Al indagar qué pasaba, don Roberto descubrió que su propiedad tenía un nuevo dueño: Marvin Aquiles Rodríguez Martínez, quien la adquirió por 42 mil córdobas de Flor de María Hernández Ramos.

11. «Denuncian lavado de tierras estatales. Diputado señala a mafia de abogados, topógrafos y técnicos»

La Prensa. Sábado, 8 de noviembre del año 2003.

—Consuelo Sandoval—

El diputado y segundo vicepresidente de la Asamblea Nacional, Orlando Tardencilla, denuncia una mafia de abogados, topógrafos y técnicos. Según el diputado, la mafia se aprovecha de las debilidades y deficiencias del Registro y del Catastro, y se dedican al lavado de tierras estatales no inscritas, o con problemas de registro. Añade que se han detectado títulos supletorios de propiedades de 800 y hasta 1.000 manzanas de terreno en lugares recónditos, las que luego son objeto de tráfico mercantil y transmisiones catastrales que van quedando perdidas entre los muchos documentos y el desorden del Registro de la Propiedad.

El *modus operandi* de estos individuos consiste en detectar las tierras del Estado no registradas (a través de la revisión de los libros del Registro y mapas catastrales). Una vez detectada el área de terreno que aparentemente no tiene dueño, solicitan un título supletorio, luego lo inscriben y empiezan a producirse transmisiones de la propiedad. Así lo señaló el diputado.

12. «Jueces confirman fraudes registrales»

La Prensa. Lunes, 22 de marzo del año 2004.

—Roberto Orozco—

El Registrador de la Propiedad en Bluefields y jueces de El Rama reconocen fraudes en los que han participado productores y abogados, generando conflictos que agudizan más el problema de la propiedad. Thomas Kelly,

Registrador de Bluefields, reconoce: «Por ejemplo, la sentencia y la firma y sello del juez que otorgó título supletorio en esa finca fueron falsificados», afirma. La propiedad referida por Kelly es la finca Los Cocos, ubicada en Wapí. Esta propiedad pertenecía a Hilda Sánchez, quien la entregó en dación en pago al Banco Nacional de Desarrollo (BANADES) por un crédito no pagado.

Según indagaciones de *La Prensa*, la historia registral de dicha finca se pierde porque una de las páginas del folio donde está inscrita fue arrancada para hacer desaparecer la hipoteca. Luego de esto, la propiedad fue inscrita con otro número registral utilizando título supletorio falso (se falsificó la firma y sello del juez de Nueva Guinea, Eduardo Carrillo).

Por su parte, la Juez Local Único de El Rama, Mayra Sevilla, aseguró que en esta situación están implicados abogados que se prestan a cometer estas ilegalidades, refiriéndose a notarios que se prestan a hacer títulos supletorios.

13. «Cualquiera Asalta Una Propiedad»

El Nuevo Diario. Martes, 15 de junio del año 2004.

—Eloísa Ibarra—

Esta noticia relata el caso de Paula Daniela Canales, quien no conoce el concepto de «seguridad jurídica», ya que un día fue desalojada con violencia de la propiedad donde nació al igual que sus hermanos, y donde su mamá (difunta) vivió treinta años junto a su cónyuge Alejandro Cucaré. Canales, hija de María Adilia Velásquez, vive desde hace más de tres años en una casucha que la Alcaldía de Managua le alquila en cien córdobas mensuales.

El desalojo fue realizado por el famoso juez Tercero Civil Local, Alfredo Rodríguez Salguera.

La afectada afirma que el juez Rodríguez tiene en posesión la propiedad de la cual fue desalojada y que llevó a la muerte de sufrimiento y pena moral a su madre. El *Nuevo Diario* tomó una fotografía de la propiedad y, en efecto, hay una abertura que une dicha propiedad a la casa del referido juez.

Ella no tuvo recursos económicos para hacerle frente al juicio que le montaron a su mamá y con el que lograron sacarlas de la propiedad.

Sin embargo, el dinero no parece suficiente para garantizar la «seguridad jurídica», pues funcionarios, empresarios y el propio Estado son víctimas de redes de usurpadores y ladrones de tierras, quienes usurpan o cambian identidad, hacen aparecer nuevos asientos catastrales, registrales o cambian las reglas del juego en el camino.

El magistrado Rosales Arguello dice que los títulos supletorios no deberían existir, y en caso de llegarse a mantener tendría que ser con requisitos específicos. Según el magistrado, esta figura se creó para resolver el caso de

que se quemaba la casa y la escritura, a falta de un segundo testimonio, o si se había muerto el abogado que había hecho la escritura.

Por su parte, dice Centeno que: «Los robatierras, que toda la vida han permanecido, roban a través de títulos supletorios», quien además afirma que las actuales autoridades de la Procuraduría ni siquiera se oponen en estos casos, pese a que es su obligación.

Es tan impresionante el abuso del título supletorio para robar tierras del Estado, que recientemente, reveló Centeno, coterráneos de Río San Juan, de San Carlos, le informaron de un extranjero que sacó un título supletorio que abarca de la bocana de Río Frío hasta Boca Ancha, y casi parte de la región de Guatusos, donde hay miles de manzanas de tierras.

14. «PGR Inicia Cruzada Por Propiedad»

El Nuevo Diario. Miércoles, 16 de junio del año 2004.

—Eloísa Ibarra—

La noticia trata del interés de la Procuraduría en encontrar una solución al problema de la propiedad.

«Es tal la inseguridad con la propiedad, que no sabemos si un hijo de vecino llegó al Juzgado con tres testigos y sacó un título supletorio, y aparece en el Registro con otro número registral, y a los años te demandan para sacarte de la propiedad», dice el Procurador General de la República, Víctor Manuel Talavera.

Sólo el día de ayer en END salieron publicados 22 edictos de solicitudes de títulos supletorios de propiedades pequeñas, medianas y grandes en zonas urbanas y rurales.

Talavera explicó que con los títulos supletorios hay diferentes formas de vedar la legalidad de una propiedad: cambiar los linderos y así ni la misma Procuraduría puede creer que no sea del Estado; o cuando se muere el heredero y por falta de pagar los impuestos de transmisión, resulta más barato el título supletorio, entonces quedaba una sola propiedad con dos títulos.

Reconoció que lo de los títulos supletorios se está saliendo de control y no sólo afecta al Estado, sino también al privado.

Indicó que aunque nadie le puede impedir a una persona solicitar un título supletorio, y pese a las críticas que puedan surgir, orientará a los procuradores de todo el país a que se opongan mientras no tengan la seguridad de que no afecta al Estado o a un particular.

Afirmó que es sumamente fácil burlar al Estado con los títulos supletorios, y por eso se están llevando propiedades sumamente valiosas, inclusive no saben si todo lo que son reservas están en manos de personas inescrupulosas o de grandes mafias involucradas en todos estos asuntos.

15. «Inician en Estelí ordenamiento de la propiedad»

La Prensa. Viernes, 18 de noviembre del año 2005.

—Martha Marina González—

Esta noticia destaca la intención que se tiene con el ordenamiento de la propiedad: terminar con los conflictivos y famosos títulos supletorios, con los que negocian muchos abogados inescrupulosos.

Los títulos supletorios han sido motivo de discordias entre individuos o grupos que reclaman propiedades y, los mismos han sido criticados porque, por medio de ellos, se han cometido muchos negocios ilícitos y han generado serios problemas que han venido a enredar más la madeja de la tenencia de la propiedad en Nicaragua.

Actualmente sacar un título supletorio tiene un costo de entre 1.500 y 5.000 córdobas, según el «cliente» tenga amistad o no con el abogado.

El costo también depende del «contacto» que tenga el abogado con las instituciones que deben emitir documentos que se registrarán en el proceso de emisión del título, como la Renta y el Catastro.

1. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA REFERIDA PROBLEMÁTICA

1.1. *Sobre la problemática jurídica*

El acápite anterior es una muestra pequeña de lo que ha ocasionado la figura del título supletorio y su indebida aplicación. No obstante, es una muestra lo suficientemente contundente como para poder destacar la problemática jurídica y social que ha surgido.

En el plano jurídico, los abogados y notarios públicos se han aprovechado de las debilidades del sistema y se han valido de la figura del título supletorio para utilizarla en fraude de la ley, pero peor aún, en fraude de las personas.

El título supletorio es una figura que nació como un intento de proteger y asegurar su titularidad a una persona que había celebrado un negocio enajenatorio, pero que por circunstancias previstas por la ley carecían de un título inscribible. Circunstancia esta que debía ser justificada, acreditando su derecho a través de la posesión (ejercicio efectivo del mismo). En nuestra realidad, lo anterior tiene poca o ninguna aplicación, pues en los juzgados se tramitan solicitudes de título supletorio sin necesidad de que se pruebe, al menos, la posesión del solicitante.

¿Acaso lo anterior no atenta contra la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario (104)? Por supuesto que sí. Y es que esta es una de las principales

(104) Seguridad que —como ya señalamos en su momento— se configura como un principio de carácter constitucional: artículo 25.2 Cn.

repercusiones jurídicas que acarrea este problema, una especie de incertidumbre de lo actuado a través de los mismos tribunales de justicia.

El hecho de que haya notarios que se presten a la falsificación de firmas y sellos de jueces para la confección de certificaciones en las que se otorgan títulos supletorios, es otro dato alarmante. La función notarial ha sido desvirtuada, en estos casos, y se ha desviado a terrenos de actuación que no le competen; ilegalidades estas que atentan contra la buena marcha del sistema, la seguridad jurídica y por ende, el añorado Estado de Derecho. Podemos afirmar, a raíz de esta problemática, que la nobleza de la actuación notarial ha sido defraudada merced a la *mala praxis* que a este respecto hemos encontrado, quedando la legalidad evadida, y los principios éticos olvidados.

Resulta también alarmante saber que las personas que se dedican a cometer estas ilegalidades, son capaces de desprender folios completos de los libros del Registro, ocasionando esto la pérdida de la historia registral de una finca, situación que deja en una posición difícil al Registro, ya que luego, las personas que se dedican a realizar estos actos, intentan a toda costa registrar la dicha propiedad con un título supletorio falso. Consecuentemente, la seguridad jurídica y la certeza de lo que en el Registro se publica, son vistas con desconfianza y se produce una situación jurídica indeseable.

Pero esto no es todo, ya que los delincuentes que realizan estos actos cobran entre 1.500 y 5.000 córdobas por «realizar la certificación». Esto es otro problema gravísimo, pues los notarios que hacen esto se están auto-investiendo de facultades jurisdiccionales, pues sólo un judicial es quien puede brindar una certificación otorgando un título supletorio.

Quienes prefieren realizar los trámites correspondientes en las instituciones llamadas a realizar documentos que son necesarios en el proceso de emisión del título supletorio, cobran de acuerdo a los «contactos» que tengan en dichas instituciones, cuestión que acarrea otro asunto indeseable: el tráfico de influencias.

Llama poderosamente la atención el caso de las catorce familias que en Juigalpa fueron ubicadas en fundos, otorgándoles una *carta de asignación provisional*. Lo más llamativo es que fue un ente del gobierno (INRA) el que ubicó a dichas familias hace 17 ó 18 años, mintiéndoles sobre la eficacia del documento en virtud del cual se les autorizaba habitar los terrenos con ánimo de dueño y no en nombre de otro. Así, el problema radica en que una *carta de asignación provisional* no es un documento traslativo de dominio, ni de ningún derecho real. Esto es, además, engañar a las personas y jugar con su buena fe, pues si realmente se les hubiese querido beneficiar otorgándoles un terreno, pudieron realizar verdaderos negocios traslativos de dominio, como por ejemplo, una donación.

Otro caso insólito es el del Doctor en Odontología de la ciudad de Nueva York, quien, sin reunir los requisitos necesarios, solicita se le otorgue un título

supletorio de una finca urbana. Lo peor es que su petición aparece publicada en *La Gaceta* con una naturalidad pasmosa. Esto conlleva un problema de mala tramitación, al no poder el solicitante ser beneficiado con el título supletorio por razones obvias, es más, ni siquiera debería haber un trámite para resolver su pretensión. Pero los trámites se realizan sin importar nada, lo cual atenta además contra la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

También resultan de todo esto otras situaciones insólitas, como la solicitud de título supletorio realizada por el Presidente de ENITEL en 1999, Jorge Solís Farias, sobre una finca costera, cuando este tipo de inmuebles tienen un carácter de no enajenables. Lo peor es que en el Juzgado en el que se tramitó dicha causa, se le dio paso a la solicitud, iniciando los procedimientos necesarios para publicar la solicitud y hacerla del conocimiento de todos. Es decir, que aun yendo contra las leyes de la República, el Juzgado dio trámite a dicha solicitud, lo que nos demuestra que en la práctica suceden todo tipo de ilegalidades.

1.2. Sobre la problemática social

En el acápite anterior, expresábamos algunas de las implicaciones que en el ámbito jurídico trae consigo la errada aplicación práctica de la figura del título supletorio en nuestro país, sin embargo, y como se desprende de la naturaleza social de la ciencia del Derecho, a la par de tales implicancias jurídicas, nos encontramos con su impacto en la sociedad. Dicho impacto, sin temor a pecar de exagerados, nos atrevemos a catalogarlo como un caos total.

Y es que no puede llamarse de otra manera al hecho de que, siendo una persona legítima propietaria de un inmueble, un día de tantos venga un desconocido a tramitar un título supletorio sobre su propiedad. Y lamentablemente eso es exactamente lo que está pasando.

Cómo es posible que el ciudadano nicaragüense no se pueda sentir seguro ni siquiera en aquélla que ha considerado, él y toda su familia, como su casa. En este sentido, uno de los casos que más nos llamó la atención se publicó en *El Nuevo Diario*, el 15 de junio de 2004, y cuyo titular advierte: «Cualquiera asalta una propiedad», y en el cual una mujer de nombre Paula Daniela Canales dice no conocer el concepto de «seguridad jurídica», ya que un día fue desalojada con violencia de la propiedad donde nació, al igual que sus hermanos, y donde su mamá vivió 30 años, antes de morir de sufrimiento y pena moral por semejante situación. La afectada dice vivir hace más de tres años en una vivienda muy humilde que la Alcaldía de Managua le arrienda en cien córdobas mensuales. Finalmente, afirma no haber contado con los recursos económicos para afrontar el juicio mediante el cual les despojaron de la propiedad.

Vemos reflejado con el ejemplo anterior, no sólo la afectación patrimonial que produce la pérdida de la propiedad, como un recurso económico, sino los daños morales que a la vida de las personas conllevan la impotencia y la frustración de ver perdido algo tan valioso como el techo donde se vive.

El título supletorio ha servido, entonces, de vehículo para prácticamente «arrebatar» sus fundos a personas que legítimamente tenían un derecho sobre ellos, pasando a otorgarles la titularidad sobre los mismos a personas que no tenían nada que ver con las propiedades despojadas. Nacen, de esta manera, conflictos entre las personas que se disputan un derecho, sirviendo efectivamente los títulos supletorios de motivo de discordia entre los grupos sociales que reclaman una propiedad, situación que se ha vuelto, poco a poco, un verdadero caos social.

En síntesis, la complicación que surge de la mala aplicación del título supletorio no se limita a tener implicaciones jurídicas, sino que sus consecuencias se extienden al ámbito social, cuestión esta que agudiza una problemática suficientemente indeseable y convierte en víctima a la población en general, sobre todo a los sectores más débiles, y hace transformarse en victimarios a todos aquellos individuos inescrupulosos —llámense jueces, abogados, notarios, topógrafos, registradores, o demás agentes implicados— que se han servido de la situación para restar seguridad a las personas hasta dentro de su misma propiedad.

VI. VALORACIÓN SOBRE LA PERTINENCIA DEL MANTENIMIENTO DE ESTA FIGURA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Muchas son las razones que nos mueven a realizar esta valoración sobre la necesidad de que la figura del título supletorio se mantenga o no en nuestro ordenamiento jurídico.

Dejamos claro desde ya que somos de la opinión que la figura que hemos estudiado debe ser eliminada de nuestro sistema jurídico, pues resulta ser la semilla de muchos problemas, lo que contribuye a crear inseguridad jurídica, cosa contraria a lo que todo sistema que se precie de digno debe aspirar.

A lo largo de este trabajo hemos visto que en cuanto a su regulación positiva, el título supletorio es desarrollado de una forma poco menos que regular, dejando vacíos legales, creando antinomias, siendo imprecisa e incorrecta, etc. En este sentido, el RRP presenta una problemática legislativa por las razones antes expuestas. De esta forma, pensamos que siendo una figura tan imperfecta, debe ser eliminada de nuestro sistema, pues la misma ha sido motivo de muchas conductas ilícitas e indeseables, que solamente contribuyen a crear inestabilidad y a brindar inseguridad.

Por otra parte, se debe valorar también que los motivos históricos que movieron a nuestro legislador a introducir la titulación supletoria, en nuestro ordenamiento, no fueron los mismos que motivaron al legislador español. Sin embargo, es notorio que la figura fue introducida en el RRC con la intención de que todas las fincas acudieran al Registro y éste pudiese brindar una publicidad absoluta de todas las fincas existentes en el territorio. No obstante, fuera de lo anterior, el contexto histórico que vivía España era diferente al que se vivía en Nicaragua, por lo cual debe desacreditarse —en lo que se refiere a esa razón— la necesidad de introducir la figura en nuestro sistema.

Además, los legisladores españoles previeron las consecuencias negativas que una figura como el título supletorio podría causarles a largo plazo, razón por la cual ellos decidieron que la titulación supletoria tendría un carácter transitorio y luego de un periodo de tiempo, debía desaparecer del ordenamiento. En nuestro ordenamiento no fue así, y es por eso que la legislación supletoria aún existe en nuestro país y está causando muchos problemas, siendo utilizada en fraude a la ley.

Nuestro RRP no señala nada acerca del carácter transitorio que debía tener el título supletorio, de sus artículos nada se puede inferir. Además, otro problema es que el RRP no cuenta con una Exposición de Motivos —como debería ser— en la que el legislador exponga los fundamentos de la inclusión de la figura y su mantenimiento hasta el día de hoy.

El título supletorio ha creado desorden, inseguridad y muchas otras situaciones indeseables para cualquier ordenamiento jurídico, razón por la cual valoramos como innecesario su mantenimiento en nuestra legislación y creemos que el Anteproyecto del Ley General de Registros Públicos que en la actualidad se discute en nuestra Asamblea Nacional, debe erradicar esta figura si no se quiere seguir incurriendo en un error que solamente ha traído perjuicios a nuestro país, asestando un fuerte golpe al derecho de dominio y a los derechos reales en general.

No es pertinente, por lo tanto, seguir dando vigencia a la titulación supletoria, pues en la actualidad, con los avances del notariado e instituciones como el Registro o el Catastro, difícilmente puede alegarse una titulación perdida o nunca formada, lo que hace innecesaria la permanente exposición al fraude y a las conductas ilícitas que dicha figura ha generado.

El tiempo nos ha demostrado que no hemos sabido utilizar una figura que pudo ser útil en su momento, pero no ahora. Debemos aprender de los errores y aprender de la experiencia ajena, pues en el caso de la legislación española, si bien es cierto tenía algunos defectos, sus legisladores supieron prever las consecuencias que ésta les traería y supieron utilizarla por el tiempo adecuado. Ellos lo entendieron.

Esperamos que nuestro legislador actual sepa valorar todas las circunstancias para que no tengamos que seguir cayendo en los mismos errores.

Finalizamos el modesto esfuerzo que este trabajo ha significado, con la esperanza de que haya gozado de la aceptación del lector. Esperamos, también, que sean disculpados los errores en que hayamos podido incurrir, pero más que disculpados esperamos que hayan sabido ser corregidos por la sapiencia del lector que se ha mantenido ocupado entre estas páginas. Concluimos con una cita que deseamos sea entendida como la ilusión que nos invade de poder aprender de los errores y de la experiencia ajena. Así: «*Envidiamos a los que han sabido encontrar luz donde nosotros palpamos tinieblas, y han logrado adquirir convicciones robustas sobre puntos que son para nosotros motivo perenne de vacilaciones y de dudas*» (GALINDO Y ESCOSURA) (105).

VII. CONCLUSIONES

- La titulación supletoria no es una de las novedades introducidas por nuestro Código Civil de 1904, como se ha creído, sino que dicha figura ya había sido regulada por el Reglamento del Registro Conservatorio de 1877.
- El título supletorio fue creado para que, a través de él, todas las fincas entraran al Registro y, por ende, salieran de la clandestinidad, como una forma de brindar mayor protección al derecho de dominio.
- A través de la figura estudiada no se acredita el mero hecho de la posesión, se acredita el derecho de dominio, para lo cual el propietario debía probar el ejercicio efectivo de su derecho.
- El sujeto llamado por la ley para tramitar un título supletorio es única y exclusivamente el propietario legítimo del bien cuya titularidad se pretende inscribir.
- Nuestro ordenamiento jurídico es defectuoso en cuanto a la regulación de la materia, lo que ha dado paso a una mala tramitación y a la realización de actos fraudulentos y lesivos de la seguridad jurídica.
- El título supletorio atenta contra la estabilidad del Registro de la Propiedad y la seguridad de los derechos reales, en general.
- Las consecuencias jurídicas y sociales que causa tal problemática son numerosas, lo cual resulta perjudicial para el tráfico jurídico inmobiliario.
- Consideramos que el título supletorio debería desaparecer de nuestra legislación, pues en la actualidad no encuentra fundamento su vigencia, si se tienen en cuenta los avances del notariado y la modernización de instituciones como el Registro y el Catastro.

(105) MORREL Y TERRY, J., *Comentarios...*, 1934, pág. 544.

RESUMEN

TÍTULO SUPLETORIO EN NICARAGUA

En este trabajo los autores analizan la figura del título supletorio en Nicaragua. Por tal se entiende la autorización judicial para inscribir en el Registro de la Propiedad al interesado que acredite la propiedad (no la posesión) sin existir oposición de terceros.

Es un expediente ante el juez que insta el propietario que carece de título o bien que tiene un título que no se puede inscribir por adolecer de defectos insubsanables. A través del título supletorio se facilita el acceso de las fincas al Registro y la lucha contra la clandestinidad. Los autores, sin embargo, critican el abuso que se está haciendo en Nicaragua de esta figura, utilizada fraudulentamente, que produce el efecto contrario al pretendido y propugnan su abolición en el futuro.

ABSTRACT

SUPPLEMENTARY TITLE IN NICARAGUA

In this paper the authors analyse the concept of the supplementary title in Nicaragua. A supplementary title is a court's authorisation to have property registered as belonging to a person who shows proof of ownership (not possession) where there is no third-party opposition.

It is a proceeding carried out before a judge, filed by a property owner who has no title or whose title cannot be registered because of irremediable flaws. Supplementary titles facilitate access to registration for property and the fight against clandestine transactions. The authors, however, criticise how in Nicaragua supplementary titles are being abused and used fraudulently to produce the opposite of the intended effect, and they advocate the future abolition of supplementary titles.

(Trabajo recibido el 11-06-08 y aceptado para su publicación el 10-07-08)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 18-4-2008
(*DOGC* 27-5-2008)
Registro de la Propiedad de Gavá

DONACIONES *MORTIS CAUSA*: INSCRIPCIÓN.

La Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas acoge en esta Resolución la doctrina sentada en su día por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en relación con las donaciones *mortis causa*, recalcando que la condición consistente en que el donatario sobreviva al donante y que éste antes no la haya revocado son esenciales en el propio negocio, y no meros elementos accidentales. En consecuencia, sólo las donaciones *mortis causa* que transmiten de inmediato la propiedad bajo la condición resolutoria de premo-riencia del donatario o de revocación del donante pueden acceder al Registro. En las demás no hay transmisión de titularidad jurídico-real alguna, sino meras expectativas que no resultan registrables en los términos del artículo 2 de la LH.

Corrección de errores de la Resolución de 22 de mayo de 2008
(*BOE* 8-7-2008)
Registro de la Propiedad de Belmonte (no Montánchez)

LIBRO DE ACTAS: DILIGENCIA.

La diligencia de un libro de actas para una comunidad de propietarios que ni está inscrita, ni tampoco prevista registralmente su existencia, es posible, por la nota marginal se sustituirá por la constancia de los datos en el libro auxiliar abierto al efecto.

Resolución de 4-6-2008

(BOE 1-7-2008)

Registro de la Propiedad de Fraga

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA. LEGADO: IDENTIDAD COSA LEGADA.

Es competencia de la Dirección General la resolución de un recurso gubernativo que, aunque versa sobre Derecho Foral catalán, se refiere a una nota de calificación emitida en un Registro localizado fuera de Cataluña. Ha de comprobarse la identidad de la cosa legada, pero no es exigible que en el testamento figure una descripción completa de la misma.

Resolución de 5-6-2008

(BOE 2-7-2008)

Registro de la Propiedad de Cangas

CONVENIO REGULADOR: DERECHO DE USO. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Aunque es cierto que la especial naturaleza familiar del derecho de uso sobre la vivienda establecido en un convenio regulador obliga a matizar la aplicación de las normas registrales, el principio de especialidad sí que impone que se aclare si se está constituyendo ese derecho o un usufructo temporal sobre la vivienda.

Resolución de 19-6-2008

(BOE 22-7-2008)

Registro de la Propiedad de Aldaia

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE PRESENTACIÓN.

Si ha transcurrido el plazo de un mes previsto legalmente para la presentación del recurso, éste ha de ser inadmitido. El referido plazo ha de contarse de fecha a fecha.

Resolución de 20-6-2008

(BOE 15-7-2008)

Registro de la Propiedad de Melilla

HERENCIA: CERTIFICADO RGAUV.

Apareciendo en el certificado de Últimas Voluntades un testamento de fecha posterior al que sirve de base a la escritura de partición de herencia existe un defecto que impide la práctica de la inscripción.

Resolución de 11-7-2008

(BOE 30-7-2008)

Registro de la Propiedad de Ramales de Victoria

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUPTO. JUICIO DECLARATIVO.

Aunque es cierto que con carácter general se utiliza el expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido, ello no es óbice para que también se pueda acudir al juicio declarativo con adecuada citación de los titulares registrales y demás interesados.

Resolución de 24-7-2008

(BOE 7-8-2008)

Registro de la Propiedad de Falset

HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE SUS DIFERENTES CLÁUSULAS.

La calificación registral de las escrituras de constitución de hipoteca, de acuerdo con lo señalado en el vigente artículo 12 de la LH, ha de ceñirse a las cláusulas de naturaleza real. Las de vencimiento anticipado y las demás de carácter financiero serán transcritas tal cual en el Registro sin calificación previa. Las ajenas al contenido financiero ni se calificarán ni se inscribirán.

Resolución de 25-8-2008

(BOE 16-9-2008)

Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera

OBRA NUEVA: INSCRIPCIÓN SIN LICENCIA. CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Para la inscripción de una ampliación y modificación de obra nueva es bastante que se acredite la finalización de la misma en fecha anterior al plazo de prescripción de las acciones urbanísticas, mediante la aportación de una certificación catastral de la que se infiera esa circunstancia, sin que se planteen DUDAS respecto a la identidad de la finca, aunque no haya una absoluta coincidencia entre título y datos catastrales.

Resolución de 26-8-2008

(BOE 16-9-2008)

Registro de la Propiedad de Almería, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. RECURSO GUBERNATIVO.

No es posible practicar la inscripción de un documento otorgado sin la intervención de los actuales titulares registrales aunque se invoque un negocio previamente celebrado con el anterior titular, causante de los actuales. En el recurso no pueden tenerse en cuenta documentos no aportados a la hora de la calificación.

Resolución de 26-8-2008
(BOE 16-9-2008)
Registro de la Propiedad de Álora

EXTRANJEROS: RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.

Se puede practicar la inscripción de una venta realizada por una señora británica, casada y titular de una finca inscrita a su nombre con sujeción a su régimen económico, manifestando el Notario que le consta por notoriedad que el régimen económico es el de separación de bienes. No contradicha tal afirmación por el Registrador ha de pasar por ella.

Resolución de 27-8-2008
(BOE 16-9-2008)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. TITULARIDAD REGISTRAL.

El uso de la vivienda familiar atribuido en un procedimiento de divorcio, no es un derecho real, sino de carácter familiar. En consecuencia, el titular del mismo es el cónyuge a cuyo favor se atribuye, aunque los beneficiarios sean los hijos. Basta por tanto practicar la inscripción a favor de aquél.

Resoluciones de 27-8 y 1-9-2008
(BOE 16-9-2008)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 12, y Jávea

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO TRAMITADO POR UN AYUNTAMIENTO EN EL QUE SE ORDENA EL EMBARGO DE BIENES RADICANTES EN OTRO MUNICIPIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: COMPETENCIA DEL ÓRGANO.

Con arreglo al artículo 8 de la Ley de Haciendas Locales carece un Ayuntamiento de competencia para realizar actuaciones de recaudación ejecutiva respecto de bienes radicantes en otros municipios. En consecuencia, no cabe anotar el embargo trabado en expediente administrativo seguido por un Ayuntamiento sobre una finca ubicada en otro término municipal, siendo este extremo —competencia del órgano administrativo que expide el documento— de aquéllos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos.

Resoluciones de 28 y 29-8-2008
(BOE 16-9-2008)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 9

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Figurando inscrita una finca a nombre de unos cónyuges senegaleses y con sujeción a su régimen económico-matrimonial, en tanto no se acredite que tal opción está prevista en el Derecho senegalés, no cabe anotar un embargo trabado en un procedimiento seguido contra uno de ellos y simplemente notificado al otro, al modo previsto en el artículo 144.1 del RH.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DIES A QUO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE RETRACTO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El retracto legal es un límite al derecho de propiedad en el sentido de que constriñe el poder de disposición del propietario en cuanto a la persona del adquirente.

La ley establece una preferencia para adquirir una cosa, en caso de enajenación de ésta, a favor de ciertas personas.

Es, pues, esencial el *concepto de enajenación*, a partir de la cual se perfila el retracto, como poder que tiene el retrayente sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero (así, sentencia de 9 de marzo de 1999), conforme dispone, con confusa terminología, el artículo 1.521 del Código Civil y el artículo siguiente, 1.522, que contempla el retracto de comuneros.

En ambos artículos y en la abundante jurisprudencia recaída sobre el retracto en general y el retracto de comuneros en particular, destacan los conceptos de *transmisión* y de *adquisición* de la cosa retraída, que son determinantes del ejercicio de la acción de retracto y del plazo de caducidad.

La cuestión que se plantea en casación es si se cumplió o no el plazo, es decir, si conforme al artículo 1.524 del Código Civil *se ejercitó la acción de retracto de comuneros dentro de nueve días desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta*.

(1) STS de 14 de diciembre de 2007, recurso 4798/2000. Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. Número de sentencia: 1336/2007. Número de recurso: 4798/2000. Diario *La Ley*, núm. 6940, Sección Jurisprudencia, 7 de mayo de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 202414/2007.

Destaca el concepto esencial de venta como causa de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad a partir de la cual puede ejercerse el retracto, no antes; ni después de nueve días, claro está.

II. NACIMIENTO DEL PLAZO DESDE LA CELEBRACIÓN DE LA SUBASTA

La sentencia del Juzgado estimó el retracto por razón de entender que el plazo de nueve días nace desde la celebración de la subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca, como así dice la sentencia de esta Sala, de 11 de julio de 1992, reiterada por la de 8 de junio de 1995, lo cual, efectivamente, se cumplió en el caso presente. Es de destacar que parte de subasta, evidentemente, y de adjudicación, y si no la hay porque no es procedimiento judicial, escritura pública.

Posteriormente, la SAP de la Sección 7.^a de Alicante con sede en Elche, de 28 de septiembre de 2000, objeto del presente recurso de casación, revoca la anterior, porque entiende que *la acción había caducado* y lo fundamenta en que la «actora tuvo conocimiento total y exacto de la celebración de la subasta» y, tras la valoración de la prueba, afirma que la sociedad retrayente «tuvo cumplido y cabal conocimiento de que la subasta de las fincas se iba a celebrar...», que a la misma se «le notificó mediante acuse de recibo desde la diligencia de embargo hasta la providencia, decretando la venta de bienes en pública subasta», e incluso que «la Agencia solicitó de la actora información sobre las fincas objeto de retracto» y que hubo conversaciones «tras haber tenido conocimiento el señor Valentín de que las fincas litigiosas iban a salir a subasta» y «cabe inferir ese conocimiento de la relación existente...»

Sentencia que parte de la idea equivocada, tal y como lo entiende la Sala Primera del Supremo, de que la acción de retracto tiene el *dies a quo* del breve plazo de caducidad en el conocimiento de la celebración de la subasta; concretamente, conoció la sociedad demandante el expediente en que se produjo el embargo, la tasación de las fincas objeto del mismo, el anuncio de la subasta y la celebración de ésta y, asimismo, hubo conversaciones en torno a ella. *Pero en ningún momento habla del conocimiento de la escritura de compraventa que es la verdadera venta, no antes, como dice el artículo 1.524 del Código Civil y la jurisprudencia que insiste* (sentencias de 11 de julio de 1992 y 8 de junio de 1995) en que la acción de retracto nace desde la subasta con aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante. En ningún momento se dice en la sentencia que conociera no ya la aprobación judicial, ya que no es un procedimiento judicial, sino el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de 29 de diciembre de 1998 y el único dato del conocimiento de la venta es la notificación de la adjudicación y compraventa en escritura pública de fincas hecha el 1 de febrero de 1999.

Es, pues, éste, el *dies a quo* y, por tanto, se ha ejercitado en plazo la acción de retracto. No podía hacerlo antes, porque no se había producido la transmisión y por tanto, no se había dado aún el *dies a quo*.

Toda esta doctrina se resume también en la sentencia de 7 de diciembre de 1998, que mantiene que «el *dies a quo* a partir del que puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de consumación de la compraventa: Si la transmisión se hace por escritura pública, la perfección y consumación coinciden en el acto de la escritura pública por la *traditio ficta* que ésta comporta; si se hace por Auto de Adjudicación de subasta judicial, ésta es la perfección

pero la consumación se produce por la entrega o la parte de testimonio del Auto: así la sentencia de esta Sala, de 1 de septiembre de 1997, que trató de un tema de tercería de dominio y estudió muy a fondo el concepto de consumación de la transmisión dominical producida por subasta judicial, aunque no en ejecución hipotecaria; con gran precisión declara con carácter general que «la consumación de la enajenación se produce... con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos», y que «la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2 del Código Civil» (2).

RESUMEN

ACCIÓN DE RETRACTO

La acción de retracto nace desde la subasta con aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante. La escritura de compraventa es la verdadera venta (art.1.524 del Código Civil). El único dato del conocimiento de la venta es la notificación de la adjudicación y compraventa en escritura pública de fincas hecha el 1 de febrero de 1999. Y éste es el dies a quo. Antes no podía ejercitarse la acción de retracto porque no se había conocido la transmisión.

Tratándose de un procedimiento judicial, el dies a quo será la fecha de notificación del auto de adjudicación; en caso de transmisión como consecuencia de subasta en un expediente administrativo de apremio, el dies a quo será la fecha de notificación de la escritura pública de compraventa.

ABSTRACT

ACTION TO EXERCISE

Action to exercise a retrospective right of first refusal after an auction can be taken as of judicial approval of the winning bid and award to the winning bidder. The deed of sale is the true sale (Civil Code, art. 1524). The only proof of knowledge of the sale is the document giving notice of the award of properties and sale of same by deed, made on 1 February 1999. And this is the dies a quo. Action to exercise the retrospective right of first refusal could not be taken before that date, because until that date there was no knowledge of the transfer.

In a judicial procedure, the dies a quo will be the date of notice of the decision awarding the property; in the case of transfer as a consequence of auction in an administrative proceeding for collection, the dies a quo will be the date of notice of the deed of sale.

(2) Vid. STS de 7 de diciembre de 1998. AC 284/1999.

2. Familia

INEXISTENCIA DE PAREJA DE HECHO EN SENTIDO JURÍDICO EN CASO DE CONVIVENCIA DURANTE CINCO MESES (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

La convivencia *more uxorio* puede ser definida como el régimen vivencial de coexistencia estable, permanente en el tiempo, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, generador de una comunal vida amplia de intereses y fines.

Los presupuestos necesarios para la apreciación de la existencia de la pareja de hecho, como indica la SAP de Málaga (Sección 4.^a), de 26 febrero de 2004, son:

- que se trate de convivencia *more uxorio*, esto es, la voluntad más allá del mero sentimiento de afecto recíproco específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes, no precisando tal voluntad formalidad alguna, pero sí renovarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia conyugal;
- que exista una convivencia diaria, con exclusión de las temporales y ocasionales;
- que se trate de convivencia estable, es decir, prolongada en el tiempo;
- que se trate de convivencia pública y notoria.

II. REQUISITO DE LA ESTABILIDAD DE LA RELACIÓN

Algunas regulaciones autonómicas establecen determinados plazos a fin de concretar este requisito de estabilidad de la relación:

(1) Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.^a, sentencia de 4 de diciembre de 2007, recurso 49/2007. Ponente: SANTOS PEÑALVER, Mariano. Número de sentencia: 58/2007. Número de recurso: 49/2007. Diario *La Ley*, núm. 6967, Sección Reseña de Jurisprudencia, 13 de junio de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 295668/2007.

Antecedentes de Hecho: El *Juzgado de Primera Instancia* estimó la excepción de falta de legitimación *ad processum* en relación con la petición principal de división de la cosa común formulada por el demandante frente a su ex pareja, y desestimó íntegramente la petición subsidiaria de enriquecimiento injusto. La *AP de Málaga*, tras considerar que jurídicamente no existe pareja de hecho por no concurrir el requisito de la estabilidad de la unión e indicar que la acción procedente respecto de los bienes muebles que el actor dice que adquirió y que dejó en el domicilio de la demandada no es la de enriquecimiento injusto, sino la reivindicatoria, estima parcialmente el recurso de apelación en relación con la partida reclamada relativa al importe de la instalación de parquet en el suelo de la vivienda de la recurrida, y condena a ésta a abonarle la mitad del precio satisfecho al apreciar que se ha producido un enriquecimiento sin causa a su favor.

- La Ley catalana de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, y la Ley aragonesa de Parejas Estables no Casadas, de 26 de marzo de 1999, *exigen un periodo mínimo ininterrumpido de dos años*.
- La Ley Foral Navarra para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables, de 3 de julio de 2000; la Ley valenciana de las Uniones de Hecho; la Ley del Principado de Asturias de Parejas Estables, de 23 de mayo de 2002; Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de 20 de marzo 2003; la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 16 de mayo de 2005; la Ley de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, de 19 de diciembre de 2002; la Ley de regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, de 6 de marzo de 2000, *requieren un plazo mínimo de un año*.
- Ciertamente el tiempo no puede considerarse como elemento esencial definidor de la existencia de la pareja de hecho, y así *prescinden de él*, para la configuración de las uniones de hecho, una parte de la legislación autónoma representada por la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad de Andalucía, de 16 de diciembre de 2002; la Ley de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 11 de julio de 2000; la ley de Uniones de Hecho en Castilla y León, de 27 de noviembre de 2002; la Ley de Reforma de la Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, de 28 de junio de 2007, o la Ley reguladora de las parejas de hecho del País Vasco, de 7 de mayo de 2003. Sin embargo, este sector legislativo coincide en *exigir, para el reconocimiento de la pareja de hecho, una manifestación de la voluntad de los integrantes de la pareja expresada formalmente ante el organismo público competente*.

En resumen, el *fundamento* de la pareja de hecho radica en la convivencia, en una relación de afectividad con intención y vocación de permanencia.

En el caso de autos sólo se acredita la convivencia en el apartamento de uno de sus integrantes durante cinco meses. El actor convivió como pareja sentimental con la demandada durante cinco meses, además, la convivencia tuvo lugar en el domicilio privativo de la demandada. Por lo que falta el requisito básico exigido para su consideración de pareja en sentido jurídico.

III. RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA PAREJA DE HECHO

El hecho de iniciarse una unión matrimonial no lleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común), pongan de manifiesto su inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

En el caso que estudiamos no hay voluntad expresa o tácita de hacer comunes los bienes cuyo importe reclama el actor. Por ello no puede prosperar la pretensión de reclamación de su importe con fundamento en la acción de división de cosa común, pues ninguna comunidad de bienes se ha constituido sobre los mismos.

Entre ellos no existió una confusión de patrimonios ni actuación económica conjunta, y carecen de descendencia en común, además de la *falta de la nota de estabilidad*, ya comentada, exigida para apreciar jurídicamente la existencia de la institución de la pareja de hecho.

IV. EJERCICIO DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

La parte actora ejercita erróneamente la *acción de división de cosa común*, en cuanto que con ignorancia de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, sostiene la adquisición privativa de los muebles litigiosos y la permanencia en su dominio de los mismos, postulando el abono íntegro de su importe por el otro conviviente y traspaso de la propiedad de los bienes a éste, pretensión ajena a la acción regulada en los artículos 400 y siguientes del Código Civil.

No cabe el ejercicio de esta acción respecto de los bienes muebles que el actor dice haber comprado y dejado, tras la ruptura de la relación sentimental, en el domicilio de su ex pareja. Supondría forzar una compraventa no deseada por la parte contraria y dejar unilateralmente a una de las partes la ejecución del contrato en cuanto fijaría a su arbitrio el precio de venta.

La acción procedente es la *reivindicatoria*, sin perjuicio de lo que resulte ante la imposibilidad de la devolución.

Sí prospera, en cambio, aquella acción respecto de la partida reclamada referida al importe de la instalación de parquet en la vivienda de la demandada, que vamos a desarrollar seguidamente, pues se acredita que el actor compró el parquet y abonó el precio de la instalación, por lo que al ser imposible retirarlo sin afectar a su estado ni perjudicar la vivienda, se constata un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada.

V. ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La institución del enriquecimiento injusto, carente de regulación legal específica, ha sido elaborada por la jurisprudencia, como principio general de derecho que requiere para su apreciación la concurrencia de los siguientes *requisitos*:

- existencia de un enriquecimiento;
- un correlativo empobrecimiento;
- la conexión entre empobrecimiento y enriquecimiento, que puede deberse, ya a servicios prestados, a acontecimientos naturales o sociales, o incluso a hechos fortuitos, de manera que lo único exigible es que el empobrecimiento se pueda reconocer en el patrimonio al que se ha trasladado;
- falta de causa que justifique el enriquecimiento;
- inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa.

Su carácter es, además, subsidiario, surgiendo exclusivamente cuando no haya otro medio de defensa del derecho lesionado (2).

(2) Esta nota de subsidiariedad ha sido recogida por la doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la STS de 19 de febrero de 1999, en donde se dice que «la acción

Se reclama el importe de la instalación de parquet en el suelo de la vivienda de la recurrida (cuyo importe es de 3.494 €), pues es imposible retirarlo sin afectar esencialmente al estado del suelo, ni perjudicar la propia vivienda de la demandada, por lo que *se ha producido un enriquecimiento sin causa* a favor de ésta. Se cumplen los requisitos arriba expuestos:

- un enriquecimiento del patrimonio de la demandada derivado de la instalación del parquet en su vivienda, siendo importante destacar que durante la instalación del parquet la demandada conservaba el uso y disfrute de la vivienda, por lo que la colocación del nuevo suelo fue expresamente aceptada por ella;
- un empobrecimiento del demandante representado por el abono del precio de la instalación del parquet;
- nexo causal entre el enriquecimiento de la demandada y el empobrecimiento del actor, pues el precio fue satisfecho por el actor trasladándose el dominio de la instalación por él adquirida a la demandada (recordemos que el artículo 334-3.º del Código Civil señala que los bienes muebles unidos a un inmueble de una manera fija, sin que puedan separarse de él sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, se incorporan al mismo);
- ausencia de causa en el desplazamiento patrimonial, en cuanto el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia afectiva constituya a quienes optan por ella la obligación de prestarse determinadas atenciones, como mejorar la vivienda del conviviente en donde se mantiene la relación sentimental;
- y, no existe precepto legal que excluya para este caso la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa. No se aplica el artículo 454 del Código Civil, pues aún cuando la colocación del parquet en la vivienda constituya un gasto de puro lujo no susceptible de abono en el supuesto de la imposibilidad de ser retirado sin menoscabo del inmueble, sin embargo, la prohibición del precepto no es aplicable al haber sido el gasto ejecutado durante la posesión del inmueble por la dueña, quien mantuvo su uso y disfrute.

VI. CUANTIFICACIÓN DE LA REPARACIÓN DEL PERJUICIO

En cuanto a la reparación del perjuicio debe tenerse en consideración el propio disfrute del bien por el recurrente que se benefició del mismo durante el tiempo que duró la relación sentimental, así como la depreciación del bien por el transcurso del tiempo y su uso, en el que como dijimos participó el actor.

de enriquecimiento deba entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la Ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento».

Criterio reiterado en SSTs de 30 de noviembre de 2005, 8 de mayo de 2006, o de 31 de enero de 2007, destacándose en ellas que no existe contradicción con otras sentencias del mismo Tribunal que declaran la no subsidiariedad, pues tal pronunciamiento nada tiene que ver con los litigios que resolvieron, no siendo *ratio decidendi* de sus fallos, sino mero *obiter dictum*.

Cuestión interesante, que tiene en cuenta el juzgador, es la valoración de la imprevisión del propio recurrente representada por su libre decisión de efectuar a su costa obras de mejora en la vivienda propiedad de la persona con la que inicia una relación sentimental, en los primeros comienzos de la misma.

En definitiva, la Audiencia considera equitativo cifrar la reparación de los perjuicios sufridos por el recurrente en la mitad del precio satisfecho, esto es, mil setecientos cuarenta y cuatro euros con veintidós céntimos.

RESUMEN

PAREJAS DE HECHO. INEXISTENCIA

El requisito de estabilidad de la relación es esencial en el caso de las parejas de hecho. Su fundamento se halla en la intención y vocación de permanencia. Los convivientes deben pactar expresamente un régimen para poner de manifiesto su voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes durante la unión de hecho. Si no hay pacto expreso o hechos concluyentes, no cabe ejercitar la acción de división de cosa común, pues ninguna comunidad de bienes se ha constituido sobre los mismos.

ABSTRACT

DOMESTIC PARTNERSHIPS. NON-EXISTENCE

Relationship stability is an essential requirement for domestic partnerships. The foundation of a domestic partnership is the partners' intention and natural inclination to remain together permanently. The partners must expressly accord a system for stating their unequivocal wish to share all or some of their assets during their union. If there is no express accord or conclusive facts pointing to such an accord, the partners cannot take action for the division of their jointly-owned assets, because no joint ownership of assets has been created.

1.3. Derechos reales

EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN: ESTUDIO DE SUS CARACTERES ESPECIALES

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EL USUFRUCTO: EL PRINCIPIO *SALVA RERUM SUBSTANTIA*

El usufructo como derecho real limitado de goce contiene como facultades principales el uso y disfrute de la cosa sobre la que se ha constituido dicho real limitativo de dominio.

De este modo, el propietario que otorga un derecho de usufructo sobre su bien, se desprende de dichas facultades, quedándose como nudo propietario

del mismo. El usufructuario tiene a su favor únicamente la facultad de usar la cosa y obtener los frutos que de la misma se obtengan (*ius utendi et fruendi*), teniendo la obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa para restituirla al nudo propietario, en el mismo estado en el que se le entregó, al terminar el plazo del usufructo.

La obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa —el principio *salva rerum substantia*— (art. 467 del Código Civil), es una de las características del mismo, que impide que el usufructuario lleve a cabo actos que supongan la alteración de la forma, lo que implica modificación de las condiciones de la cosa, por ejemplo, su destino o finalidad (STS de 27 de junio de 1969), así como de la sustancia, lo que se concreta en la prohibición de consumir, deteriorar o destruir la cosa (STS de 19 de enero de 1962), o, matizamos nosotros, enajenarla a favor de un tercero, lo que impediría su restitución al nudo propietario. Señala, igualmente, Díez PICAZO (1), que este límite en el uso de la cosa es una idea meramente económica, que supone la prohibición de todos aquellos actos que produzcan una disminución de la potencia fructífera de la cosa, lo que por contra supone el deber de explotarla adecuadamente.

Como señala la doctrina más moderna (2), el principio *salva rerum substantia*, más que una obligación, es un límite que se pone a las facultades del usufructuario, pues el usufructo consiste, más bien, en el derecho a usar y disfrutar, y no tanto en el deber de conservar.

Pues bien, este límite en el uso y disfrute de la cosa, que al principio era esencial en el concepto del usufructo, es de carácter dispositivo, pues como prevé el propio artículo 467 del Código Civil, que lo establece, puede prescindirse del mismo. Afirma este artículo que «el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa».

Es decir, si la ley o las partes así lo establecen, puede constituirse un usufructo sin dicha obligación o límite al usufructo, lo que da lugar a unos tipos de usufructos especiales como son el usufructo de bienes consumibles y deteriorables, o el usufructo con facultad de disposición de la cosa, ya que en ambos casos, el usufructuario no debe respetar el límite de conservar su forma y sustancia, pues puede consumir o enajenar la cosa usufructada.

II. USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN

1. CONCEPTO Y ADMISIÓN

Como acabamos de explicar, es posible que se establezca un usufructo en el que se permita al usufructuario disponer o enajenar a favor de un tercero la cosa dada en usufructo.

Se trata de un tipo especial de usufructo, admitido por la Ley, en el que la facultad de disposición no contradice la propia naturaleza del usufructo,

(1) Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 337.

(2) En este sentido: ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, ed. Bosch, Barcelona, 1991; Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, págs. 337-338; JORDANO BAREA, «El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena», en *ADC*, 1948, pág. 980 y sigs.

pues como ya hemos dicho, lo característico de este derecho es el derecho a disfrutar de los bienes ajenos y no tanto la obligación de conservar la cosa, que pasa a convertirse en una obligación accesorio, que no es de esencia del usufructo. En este sentido, la STS de 3 de febrero de 1999 subraya la importancia del derecho al goce en el usufructo en detrimento del deber de conservación. La STS de 3 de marzo de 2000 afirma, igualmente, que este usufructo es un verdadero derecho real de usufructo, que «no supone la adquisición, ni siquiera temporal, del dominio, ni da lugar a un derecho nuevo o distinto del usufructo. Se añade al *ius fruendi* un *ius disponendi*, pero, como resalta mejor la doctrina, este simple acoplamiento o yuxtaposición de un poder dispositivo no implica que el usufructo deje de ser lo que es, un *ius in re aliena* que grava los bienes que pertenecen en nuda propiedad a otra persona».

Existe mucha jurisprudencia del TS y de la DGRN que admiten la posibilidad del usufructo con facultad de disposición, y lo configuran como «una figura jurídica borrosa, discutida y discutible, que se caracteriza por facultar al usufructuario para enajenar entre vivos los bienes objeto del usufructo en caso de necesidad, de tal modo que si no se ejercita total o parcialmente el derecho de disposición, una vez extinguido el usufructo se entregan a las personas que habían ostentado la nuda propiedad y consolidado el dominio pleno por virtud de dicha extinción, los bienes de que no se dispuso» (STS de 3 de marzo de 2000). En este sentido, y admitiendo la posibilidad de este usufructo, encontramos, entre otras, las siguientes sentencias: SSTs de 9 de junio de 1948; 28 de mayo de 1954; 24 de febrero de 1959, 19 de enero de 1962; 9 de diciembre de 1970; 14 de octubre y 23 de noviembre de 1971, 9 de octubre de 1986; 4 de mayo de 1987; 2 de julio de 1991; 9 de marzo de 2000; 6 de abril de 2006; y RRDGRN de 23 de julio de 1905; 29 de noviembre de 1911; 9 de marzo de 1942; 8 de febrero de 1950 y 8 de diciembre de 1959.

2. JUSTIFICACIÓN

Este tipo especial de usufructo se justifica, tal y como dice LACRUZ BERDEJO (3), cuando la función económico-social a que atiende el usufructo no puede cumplirse, porque los frutos o rendimientos que obtiene el usufructuario «no alcanzan a proporcionar al favorecido medios de vida acordes con su necesidad o rango». En estos casos, el constituyente del usufructo autoriza al usufructuario a enajenar el bien usufructado para poder hacer frente a sus necesidades.

También puede constituirse este usufructo para conseguir un fin concreto y determinado; en este caso, sólo será posible su ejercicio cuando concurren esas circunstancias previstas, desapareciendo dicha facultad una vez conseguido el propósito.

3. CONSTITUCIÓN

El usufructo con facultad de disponer se puede constituir *inter vivos*: una persona dona unos bienes, reservándose el usufructo con facultad de disponer

(3) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pág. 70.

de los mismos; o bien *mortis causa*, por vía testamentaria, cuando se instituye un heredero usufructuario que puede disponer de los bienes hereditarios.

De estas dos modalidades, es mucho más frecuente el usufructo con facultad de disponer testamentario; y la posibilidad de su constitución *inter vivos*, pero en un negocio de carácter oneroso es rechazada por la doctrina porque «nadie puede ser árbitro del cumplimiento de sus propias obligaciones» (4).

4. LÍMITE A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN: «EL CASO DE NECESIDAD»

Como ha quedado explicado en su justificación, normalmente se concede la facultad de disposición de los bienes cuando el usufructuario necesita enajenarlos para satisfacer sus necesidades vitales, es lo que se llama «en caso de necesidad». Sólo se faculta a enajenar los bienes cuando exista una verdadera necesidad, constituyéndose ésta, por tanto, en el límite para ejercitar tal facultad.

Se trata de un verdadero límite y no de una condición de ejercicio de la facultad, tal y como ha reconocido el TS en STS de 9 de octubre de 1986, que afirma que el límite a la disposición es el abuso del usufructuario en su ejercicio; confirman esta misma idea las SSTs de 4 de mayo de 1987 y 2 de julio de 1991.

El problema que se plantea es ahora el de interpretar cuándo existe «necesidad», es decir, qué se entiende por caso de necesidad, pues todo lo que no lo sea producirá la ineficacia del negocio dispositivo, al ser aquélla límite de la disposición.

La STS de 9 de marzo de 2000 da un concepto de la «necesidad», pues considera que este tipo de usufructo está supeditado a «estado de necesidad —absoluta, mayor o menor y de justificación obligada o no— que siempre hace referencia a insuficiencia de medios propios y remedio en los de ajena pertenencia, con la consecuencia de que sólo lo dispuesto que exceda del patrimonio del necesitado puede imputarse al capital usufructuado enriquecido con una facultad de disposición en tales casos».

Hay veces que «la necesidad» puede ser apreciada y probada efectivamente, bien por determinadas personas o bien por el hecho claro de que se han gastado previamente todos los recursos del usufructuario; en estos casos no hay duda de la efectividad de la disposición, a pesar de que el TS considera que no es necesaria una prueba específica de ésta. Otras veces, las cláusulas del usufructo remiten «la apreciación de la necesidad a la conciencia del propio usufructuario», y en estos casos, el TS ha manifestado que no se puede actuar como si no existiera la exigencia de la necesidad, pues ésta debe ser entendida como «una restricción o limitación ineluctable» (SSTs de 9 de octubre de 1986, 4 de mayo de 1987, 2 de julio de 1991, 3 de marzo de 2000 y 6 de abril de 2006). En concreto, la STS de 2 de julio de 1991 dice que: «Ciertamente cuando al usufructuario se le otorgan facultades de disposición de los bienes para caso de necesidad, libremente apreciada por él, se le está imponiendo una limitación que ha de respetar, consistente en que exista la necesidad, y de ahí que los llamados por el testador a su herencia en cuanto a los bienes que quedaron a la extinción del usufructo poseen legitimación, en

(4) LACRUZ BERDEJO, J. L., «Elementos de Derecho Civil», III, *ob. cit.*, pág. 71.

defensa de sus derechos, para solicitar que se declaren nulas las enajenaciones que el usufructuario haga en fraude de sus derechos o simuladamente».

Se podrá, por tanto, impugnar el negocio dispositivo que se realice de mala fe o simulando una necesidad inexistente (SSTS de 3 de julio de 1957 y 24 de febrero de 1954, 2 de julio de 1991, 3 de marzo de 2000, y 6 de abril de 2006), en concreto la STS de 3 de marzo de 2000 señala que «la Jurisprudencia se ha inclinado por entender que la denuncia del acto dispositivo por falta de necesidad puede operar..., por la vía del ejercicio abusivo del derecho (art. 7 del Código Civil) o del dolo o mala fe, de tal manera que, si falta la causa jurídica lícita (de la necesidad), se produce una burla antijurídica de los legítimos intereses de los nudos propietarios». Y, entonces, corresponderá probar la falta de necesidad a quien alegue la conducta abusiva, que son, normalmente, los nudos propietarios, como hecho constitutivo de la acción por la que se pretenda dejar sin efecto el negocio dispositivo (SSTS de 9 de octubre de 1986, 23 de noviembre de 1971 y 4 de mayo de 1987, 3 de marzo de 2000 y 6 de abril de 2006); y esto es así, como corrobora la STS de 9 de octubre de 1985, «porque además, de otro modo, supondría imponerle una restricción con la que el causante no ha querido gravarle» (doctrina repetida por las SSTS de 3 de marzo de 2000 y 6 de abril de 2006).

Por otra parte, hay que decir que la facultad de disposición se debe interpretar siempre restrictivamente, y sólo puede ejercitarla a quien se haya concedido, y en los términos que se establecieron. La extralimitación o contravención de sus condicionantes podrá dar lugar, asimismo, a la impugnación del negocio.

5. EL USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPONER Y EL FIDEICOMISO DE RESIDUO

Cuando la facultad de disponer se conceda de forma amplia, incluso ilimitada, sin establecer límites o condiciones a la misma, el usufructo con facultad de disponer (*mortis causa*) se asemeja mucho al fideicomiso de residuo. Institución en virtud de la cual el testador designa heredero y dispone que, los bienes de que no haya dispuesto el heredero, pasen a su muerte a otro sucesor, el fideicomisario. No existe, por tanto, la obligación de conservar típica de la sustitución fideicomisaria en el que el fiduciario conserva los bienes hasta su transmisión al heredero.

Sin embargo, el TS, siguiendo la doctrina de la DGRN, se ha preocupado de recordar que «no cabe identificar ambas figuras, porque en el usufructo con facultad de disposición el titular tiene un *ius in re aliena*, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes limitado por la prohibición de disponer *mortis causa*, y además porque cuando el testador desmembra el usufructo y la nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo o indirecto respecto del mismo bien, sino que distribuye entre distintas personas de modo inmediato las facultades integrantes del dominio» (STS de 9 de octubre de 1986), y en el mismo sentido, SSTS de 9 de diciembre de 1970 y RDGRN de 8 de enero de 1957, 9 de octubre y 2 de diciembre de 1986.

RESUMEN

USUFRUCTO CON FACULTAD DE
DISPONER

El usufructo se caracteriza por el límite de conservar la forma y sustancia en el uso y disfrute de las cosas usufructadas, *salva rerum substantia*. Sin embargo, esta limitación puede obviarse cuando así se establece en el título constitutivo, originando distintos tipos de usufructos especiales. Entre ellos se encuentra el usufructo, en el que se concede al usufructuario la facultad de disponer, de enajenar el bien usufructado. Se analiza en este artículo la posibilidad de su admisión, su justificación, sus límites y, en definitiva, todos sus requisitos especiales, que le configuran como un usufructo de carácter extraordinario.

ABSTRACT

USUFRUCT WITH DISPOSAL POWER

A usufruct is characterised by the fact that it sets limits concerning form and substance in the use and enjoyment of the thing in usufruct, *salva rerum substantia*. However, this limitation can be avoided when the document creating the usufruct system so states. Different types of special usufructs can thus be created. One such usufruct is that in which the usufructuary is granted the power to dispose of the property in usufruct. This article analyses the possibility of this system's admission, its justification, its limits and, in short, all its special requirements, which make it an extraordinary type of usufruct.

1.4. Sucesiones

PARTICIÓN HECHA POR CONTADOR-PARTIDOR DATIVO.
FACULTADES Y EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR ÉL REALIZADA

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil. UNED

1. REGULACIÓN

El artículo 1.057, párrafo segundo del Código Civil, establece: «No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de peritos. La partición, así realizada, requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios».

2. PLANTEAMIENTO

El contador-partidor designado por el testador suele ser una persona de su confianza a la que encomienda la partición de sus bienes con el fin de evitar

o aminorar los posibles conflictos entre los herederos con ocasión de la adjudicación de los bienes del causante.

La figura del contador-partidor dativo fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reformó el Código Civil y que entró en vigor el 8 de junio del mismo año.

La finalidad práctica fundamental de esta figura es la de mitigar el rigor de la exigencia de unanimidad en las particiones convencionales ya que, con anterioridad a la reforma, era suficiente con que un heredero no estuviese de acuerdo para que tuvieran que acudir al juicio de testamentaría (1).

3. REQUISITOS

El artículo 1057.2 del Código Civil exige que no haya testamento, que, a pesar de haberlo, no se haya designado contador-partidor o que, aun cuando se hubiera designado, estuviera vacante el cargo, entonces se ofrece la posibilidad de que el Juez nombre un contador-partidor si lo solicitan un número de herederos y legatarios que representen al menos la mitad del haber hereditario. Desde luego, una vez nombrado, sus decisiones serán vinculantes para todos los herederos y legatarios, tanto para los que lo solicitaron como para el resto (2).

Además de los requisitos mencionados, es necesario que el testador no haya prohibido expresamente la existencia del contador-partidor dativo, ya que si lo hubiese hecho habrá de respetarse su voluntad.

Por último, la partición así realizada requiere la aprobación de todos los herederos y legatarios o, en su defecto, aprobación judicial, lo que no quiere decir que se trate de una partición judicial. Más bien se trata de una partición convencional, que presenta especialidades en cuanto a su forma de designación (3).

4. LA CLÁUSULA DE PROHIBICIÓN DE INTERVENCIÓN JUDICIAL

Como se ha expuesto en el apartado anterior, es la autoridad judicial quien nombra al contador-partidor y quien ha de refrendar su actuación cuando no hay unanimidad entre herederos y legatarios. Este requisito ha hecho que tanto la doctrina como la jurisprudencia se planteen si en aquellos casos en los que el testador ha incluido una cláusula prohibiendo la intervención judicial en la partición debe considerarse que afecta, también, a la propia existencia del contador-partidor dativo.

Parece que esta cláusula de carácter general impediría que pudieran solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un contador-partidor dativo (4), si bien esta prohibición tiene una limitación temporal, como establece

(1) M. PASQUAU LIAÑO, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por J. L. ALBÁCAR LÓPEZ y J. DE CASTRO GARCÍA, tomo III, Trivium, 1991, pág. 1211.

(2) J. M.^a ABELLA RUBIO, *La partición de la herencia*, dirigido por X. O'CALLAGHAN, Madrid, Ed. Areces, 2006, pág. 209.

(3) C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civi. Sucesiones*, tomo VII, 4.^a ed., Madrid, Pons, 2005, pág. 410.

(4) B. GONZÁLEZ ACEBES, *El contador partidor dativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 48.

la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 1994, y no cabe extenderla a otros supuestos.

5. IMPUGNACIÓN DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES REALIZADAS POR EL CONTADOR-PARTIDOR DATIVO

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2008, no admite la impugnación de las operaciones particionales del contador-partidor judicialmente designado por entender que no cabe pretender en casación una nueva y distinta partición entre los coherederos eligiendo una de las posibles entre las que pudieran haberse realizado por el contador-partidor. Ya el Juzgado de Primera Instancia había desestimado la demanda que impugnaba dichas operaciones particionales y otorgaba su aprobación a las mismas. La Audiencia confirmó el fallo del Juzgado.

El alto Tribunal, en la sentencia que nos ocupa, deja bien claro que el recurso de casación ha de reservarse para aquellos supuestos en los que se producen infracciones legales en las instancias y no puede utilizarse para realizar una nueva partición entre los herederos con el fin de que se atribuya a los demandantes un bien determinado de la herencia.

Ya la sentencia del Supremo, de 6 de octubre de 2000, rechazó la pretensión de algunos coherederos que querían mantener sus propios criterios de partición por entender que eran más justos y equitativos, lo que, en palabras del Supremo, equivalía a servirse del recurso de casación como medio para que sea este Tribunal quien, finalmente, hiciese la partición. Así lo entendió, también, el Tribunal Constitucional (STC 37/1995) al decir que mantener semejante pretensión implica desconocer el rango constitucional y legal del órgano de casación por encomendársele revisar la aplicación del Derecho dejando intocados los hechos.

En numerosas ocasiones ha manifestado el Supremo que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia del pleito, analizando de nuevo todo el material probatorio, entre otras en la sentencia de 29 de enero de 2008, objeto de análisis en un número anterior de esta misma Revista.

CONCLUSIÓN

El recurso de casación no puede utilizarse como una tercera instancia que enjuicie de nuevo los hechos. Ha de reservarse para los supuestos en los que se hayan producido infracciones legales en las instancias, no cabiendo, en consecuencia, pretender una nueva y distinta partición entre los coherederos eligiendo una de las posibles, entre las muchas que pudo haber realizado el contador-partidor dativo, por el simple hecho de querer que se les adjudique un bien determinado de la herencia.

RESUMEN

PARTICIÓN

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la partición de la herencia realizada por contador-partidor dativo. Posibilidad de impugnar en casación la partición realizada por el contador-partidor.

ABSTRACT

PARTITION

Critical analysis of Supreme Court case law on the partition of an estate by a dative partitioner. Possibility of challenging the partition and seeking its annulment.

1.5. Obligaciones y Contratos

*LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO
DE LOCAL DE NEGOCIO CELEBRADOS AL AMPARO
DE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR Y VIGENTES A LA ENTRADA
EN VIGOR DE LA LAU ACTUAL DE 1994: BREVE EXAMEN
DE SUS DISPOSICIONES TRANSITORIAS*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

Han suscitado múltiples problemas desde el punto de vista práctico los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados al amparo de la ley anterior y que se encuentran vigentes en la LAU actual, lo cual nos lleva a examinar sus Disposiciones Transitorias, que tienen una gran trascendencia en esta materia, ya que nos llevan a entender cómo podemos aplicar la legislación actual a situaciones jurídicas nacidas al amparo de leyes anteriores, idea refrendada por la gran cantidad de arrendamientos existentes en la actualidad concertados bajo el TR de 1964.

La LAU de 1994 ha optado por una vía intermedia entre la liberalización y el mantenimiento de rentas antiguas, respetando los contratos ya existentes. En términos generales, podemos decir que los arrendamientos existentes se prolongan mientras viva el actual arrendatario para los arrendamientos de vivienda, permitiéndose una subrogación y en ocasiones dos después de la entrada en vigor de la ley actual, mientras que para los arrendamientos de local de negocio se establece una duración limitada y en función de que el arrendatario acepte la actualización de renta en los términos que vamos a analizar.

Las Disposiciones Transitorias generan una dualidad en la regulación arrendaticia que nos hace distinguir dos regímenes jurídicos: uno el aplicable a los contratos celebrados bajo el régimen del TR de 1964, y otro para los celebrados después de la entrada en vigor de la Ley 29/94, dicotomía que ha generado numerosos problemas, tanto desde el punto de vista práctico como jurisprudencial (siendo diferentes y contradictorios los pronunciamientos existentes en la materia). Vamos a analizarlo distinguiendo los siguientes puntos.

II. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO CELEBRADOS ANTES DEL 9 DE MAYO DE 1985

Los arrendamientos de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la ley actual de 1994, se rigen por las normas del TR de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, relativas al arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones introducidas en la Disposición Transitoria 3.^a, conforme a la cual vamos a distinguir los siguientes puntos:

1. EXTINCIÓN Y SUBROGACIÓN

- A) Si el contrato está en situación de prórroga legal en la fecha de entrada en vigor de la LAU de 1994, hay que distinguir dos situaciones según el arrendatario sea persona física o jurídica:

— Si el arrendatario es persona física, el contrato se extingue por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local. No procede esta subrogación en el caso de que se hayan producido dos transmisiones *ex* artículo 60 TR del 64. En defecto de cónyuge supérstite que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si no hubieran pasado veinte años desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local, hasta que se cumpla dicho plazo de veinte años. Esta segunda subrogación no cabe si ya se hubiera producido una primera transmisión.

El arrendatario actual y su cónyuge subrogado pueden traspasar el local de negocio en los términos previstos en el artículo 32 del TR de 1964, y el arrendamiento podrá continuar por diez años a contar desde la realización del traspaso o por el número de años que queden desde el momento en que se realice el traspaso hasta computar veinte años a contar desde la aprobación de la ley. Se tomará como fecha del traspaso a tales efectos, la de la escritura pública que exige el mencionado artículo 32 del TR de 1964.

— Si el arrendatario fuera una persona jurídica, hay que distinguir también dos supuestos: si en el local se desarrollan actividades comerciales, el arriendo durará veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley, salvo que el local tenga más de 2.500 metros cuadrados en que durará cinco años; si en el local no se desarrollan actividades comerciales, la extinción se producirá según los plazos establecidos por la ley, en función de las tarifas que correspondan a la actividad en el Impuesto de Actividades Económicas. Estos plazos se incrementan en cinco años, si el local hubiera sido traspasado en los diez años anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley.

- B) Los contratos en los que no haya transcurrido todavía el plazo de duración pactado, al tiempo de entrada en vigor de la ley, durarán hasta el vencimiento del plazo pactado o si éste fuere menor, por un tiempo igual al que le correspondería de haber estado en situación de prórroga.

En este caso y en el anterior, la tácita reconducción se regirá por lo dispuesto en el artículo 1.566 del Código Civil y serán aplicables al arrendamiento renovado las normas de la ley del 94 relativas a los arrendamientos de fincas urbanas para uso distinto al de vivienda.

2. DERECHOS DEL ARRENDADOR

A) *Actualización de rentas*

El régimen transitorio trata de desbloquear la situación de las rentas congeladas, estableciendo un sistema de revisión gradual para acercarlas a las de mercado; quedan exceptuados los arrendatarios de bajo nivel de renta, en cuyo caso el Gobierno arbitrará un mecanismo de compensación fiscal a favor de los arrendadores que se vean afectados por tal situación (1).

Tal propósito de adecuar las rentas antiguas a la realidad queda manifestado en la regla primera de la Disposición Transitoria 3.^a-6, al señalar que la renta pactada inicialmente en el contrato que dio origen al arrendamiento deberá mantener con la actualizada la misma proporción que el índice general de precios al consumo o índice general del sistema de costo de vida del mes anterior a la fecha del contrato con respecto del índice correspondiente al mes anterior de la fecha de cada actualización.

El arrendador podrá ejercer la facultad de actualización previo requerimiento fehaciente al arrendatario, una vez cumplido un año de vigencia del contrato tras la entrada en vigor de la ley. La actualización será anual, acompañando certificado del Instituto Nacional de Estadística.

En cuanto a la forma de hacer la notificación y a la fehaciencia de la misma, parte de la doctrina considera admisible no sólo la notificación notarial sino también la celebrada por acto de conciliación, entendiendo que el carácter de fehaciencia hace referencia a la intervención de funcionario público, judicial o extrajudicial que sea suficiente para dar autenticidad a la misma (2).

Esta actualización de rentas se aplica a todos los locales de negocio, cuyos contratos de arrendamiento fueron celebrados antes del 9 de mayo de 1985 sin distinciones, no cabe que el arrendatario se oponga en función de la cuantía de los ingresos pero sí pueden ejercitar la opción de no revisión de renta en cuyo caso el contrato se extinguirá a los cinco años de entrada en vigor de la ley.

(1) Algunos autores han planteado la posible inconstitucionalidad de esta solución, diciendo que la compensación no sólo tendría que ser fiscal, sino en dinero efectivo (pues los propietarios no tienen por qué soportar los costes fiscales).

(2) En este sentido, destacamos la sentencia de 2 de julio de 1970. La SAP de Pontevedra, de 20 de enero de 1997, considera que la notificación no tiene que ser necesariamente judicial o notarial, sino que lo importante es que no exista duda alguna de su realidad, acreditando que llegó a conocimiento del arrendatario con claridad y así entendido se considera admisible también la realizada por correo certificado con acuse de recibo.

Respecto a la posible compatibilidad entre la actualización contractual y la legal, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que ambas no se excluyen entre sí, dando como argumento de derecho positivo la existencia de otra regla de actualización contenida en la Disposición Transitoria 2.^a-11.4.^a, según la cual cuando se hubiera alcanzado el 100 por 100 de la actualización legal se podrá actualizar de acuerdo con lo pactado. Siguen este criterio las sentencias de la AP de Valladolid, de 3 de mayo de 1996; la de Alicante, de 2 de diciembre de 1996, y la de Madrid, de 18 de febrero de 1999, entre otras, considerándose postura jurisprudencial consolidada la compatibilidad del sistema legal de actualización de rentas con el paccionado (3). Ahora bien, lo que no cabe es acumular ambas, así destacamos la SAP de Asturias, de 13 de diciembre de 1996, y en el supuesto de que sea superior el sistema pactado entiendo que se aplica con preferencia sobre el legal.

La actualización de rentas es una facultad, no una obligación impuesta al arrendador, por tanto puede no actualizarla un año en función de los acuerdos a los que haya llegado con el arrendatario y por ello no perderá su derecho siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción de quince años.

B) *Otros derechos del arrendador*

Para las anualidades del contrato que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley del 94, el arrendador tendrá los siguientes derechos:

- Una serie de beneficios en el Impuesto sobre el Patrimonio.
- La posibilidad de exigir al arrendatario el importe del IBI que corresponda al inmueble arrendado.
- Podrá repercutir al arrendatario el importe de las obras de reparación (4) necesarias para mantener la vivienda en estado de poder servir al uso convenido, así como el coste de los servicios y suministros de que disfrute la vivienda.

3. DERECHOS DEL ARRENDATARIO

A) *Indemnización por extinción*

El arrendatario tendrá derecho a una indemnización de cuantía igual a 18 mensualidades de la renta vigente a la extinción del arrendamiento cuando antes del transcurso de un año desde la extinción, cualquier persona comience a ejercer en el local la misma actividad o una actividad afín a la que aquél ejercitaba. Se consideran afines las

(3) En contra de lo expuesto, la SAP de Orense, de 5 de noviembre de 1996, entiendo que no procede la actualización prevista en la ley cuando existe pacto entre las partes sobre el modo de efectuarla.

(4) La SAP de Valladolid, de 30 de octubre de 1996, señala que la reparación por obras, de acuerdo con el texto legal, sólo es posible para las anualidades posteriores a la entrada en vigor de la ley.

actividades típicamente aptas para beneficiarse de la clientela captada por el arrendatario (5).

B) *Tanteo y retracto*

Extinguido el contrato de arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho preferente a continuar en el uso del local arrendado si el arrendador pretendiese celebrar un nuevo contrato con distinto arrendatario antes del transcurso de un año a contar desde la extinción legal del arrendamiento. A tal efecto, el arrendador deberá notificar fehacientemente al arrendatario su propósito de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento, indicando todas las condiciones exigidas por la ley (renta, condiciones esenciales, identificación del nuevo arrendatario). Este derecho preferente deberá ejercitarse por el arrendatario en el plazo de treinta días naturales a contar desde el siguiente a la notificación hecha por el arrendador, procediendo en este plazo a la firma del contrato.

El arrendador, transcurrido dicho plazo sin que el arrendatario hubiese firmado el contrato propuesto, deberá formalizar el nuevo contrato de arrendamiento en el plazo de 120 días naturales a contar desde la notificación al arrendatario.

Podemos entender que la contestación del arrendatario, al igual que la notificación anterior del arrendador, tiene carácter vinculante, de modo que una vez emitida no se puede desistir de la declaración de voluntad realizada, todo ello en favor de la seguridad del tráfico jurídico.

Esta norma contempla un derecho que hasta entonces no había sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico, ya que los derechos de tanteo y retracto que habían sido regulados en el Texto Articulado de la LAU procedían en los casos de venta del local arrendado o de traspaso de local de negocio, pero no en base a un nuevo contrato que fuera a realizar el arrendatario.

Si el arrendador no hubiese hecho la notificación u omitiera en ella cualquiera de los requisitos exigidos, la persona del nuevo arrendatario o las restantes condiciones esenciales del contrato, tendrá derecho el arrendatario cuyo contrato se extinguió a subrogarse por ministerio de la ley en el nuevo contrato de arrendamiento en el plazo de sesenta días naturales, estando legitimado para ejercitar la acción de desahucio por el procedimiento establecido para el ejercicio de la acción de retracto.

El arrendador está obligado a remitir al arrendatario cuyo contrato se extinguió, copia del nuevo contrato celebrado dentro del año siguiente a la extinción, en el plazo de quince días desde su celebración.

Dado el tenor literal del precepto, entiendo que los plazos mencionados son de caducidad y que por tanto no admiten interrupción, a diferencia de si fuesen de prescripción.

(5) Es requisito, para aplicar esta Disposición Transitoria, que el contrato se extinga, pero no se indica la causa de la extinción, entiendo que si dicha extinción fuera imputable al arrendatario, no procedería la indemnización por analogía con el artículo 34, y atendiendo a la finalidad ínsita en la norma.

El ejercicio de este derecho preferente es incompatible con la percepción de la indemnización anteriormente indicada, pudiendo el arrendatario optar entre uno y otro.

III. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO CELEBRADOS A PARTIR DEL 9 DE MAYO DE 1985

Los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la ley, se rigen por el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/1985, de 30 de abril, y por lo dispuesto en el TR de 1964. En el caso de tácita reconducción conforme al artículo 1.566 del Código Civil, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la LAU actual, relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Esta norma se aplica también a los contratos de arrendamiento asimilados al de inquilinato y al de local de negocio que se hubieran celebrado a partir del 9 de mayo de 1985 y que subsistan en la fecha de entrada en vigor de esta ley (Disposición Transitoria 1.^a).

Por tanto, podemos señalar las siguientes conclusiones:

1. Hasta el momento de la tácita reconducción, estos contratos se rigen por el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/1985 y por la LAU de 1964.
2. La tácita reconducción se producirá o no, según las partes lo hayan establecido.
3. El arrendamiento renovado se rige por las normas de la LAU actual relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.
4. En el caso de arrendamiento de local de negocio, a diferencia del de vivienda, no se establece plazo para la tácita reconducción, ya que tampoco lo establece la ley para los arrendamientos que no sean de vivienda.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

En este trabajo hemos analizado la problemática de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados al amparo de la legislación anterior y vigentes a la entrada en vigor de la LAU actual.

El ámbito objetivo de sus Disposiciones Transitorias contempla el régimen jurídico aplicable a los mismos; se pretende examinar su duración y subrogación, distinguiendo según que el contrato esté o no en situación de prórroga

ABSTRACT

LEASE OF BUSINESS PREMISES

This paper analyses the problem of leases for business premises made under legislation prior to and in force at the entry in force of the current Urban Lease Act.

The objective realm of the ULA's transitional provisions envisages the rules applicable to such leases: There is to be an examination of the leases' duration and subrogation (with a distinction being made depending on whether or not the contract is under legal extension and whether the tenant

legal y según el arrendatario sea persona física o jurídica, la actualización de rentas y los derechos de las partes que intervienen en el contrato, aspectos todos ellos que tienen una gran trascendencia desde el punto de vista práctico.

is an individual or a legal person), the updating of rent and the rights of the parties to the contract. All these points are of great importance from the practical standpoint.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES PUEDE OCASIONAR RESPONSABILIDAD SI ALGUNA DE LAS PARTES HA ACTUADO DE MALA FE

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

Profesora titular de Derecho Civil. UNED

I. INTRODUCCIÓN

Es relativamente frecuente en nuestra jurisprudencia encontrar Resoluciones sobre la responsabilidad derivada de la ruptura de las relaciones entre dos partes en la fase de negociaciones, cuando aún no se ha concretado el contenido exacto de la misma, ni se ha llegado a un acuerdo, es decir, dentro de los denominado «tratos preliminares».

La doctrina científica, al tratar los diversos periodos en la formación del contrato, ha distinguido entre la fase en la que sólo han existido conversaciones, bien personales, o a través de intermediario, elaboración de proyectos, ofertas y contraofertas, estudios, en la que las partes aunque ven la posibilidad de obligarse en un futuro, no demuestran de forma patente su intención de obligarse; de aquella otra fase en la que las partes ya establecen pactos en los que asumen directa y formalmente la perfección de un futuro contrato, el precontrato.

Los tratos preliminares no obligan a las partes, por lo que no generan responsabilidad, *a priori*, ya veremos como esto no es exactamente así, mientras que el precontrato, que requiere que se precisen todos los elementos esenciales del contrato que se va a celebrar, sí crea un vínculo obligatorio entre las partes.

II. CONCEPTO Y DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS

Como afirma Díez PICAZO, los tratos preliminares son los actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato, planteando desde la teoría y la práctica múltiples problemas al originar una serie de cuestiones de diversa solución (1).

(1) Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción. Teoría del contrato*, 7.^a ed., pág. 254.

Se puede afirmar, por lo tanto, que durante el periodo en el que duran esas conversaciones, que incluso pueden ir acompañadas de documentos escritos (2) en los que se haga un estudio de la posibilidad de llevar a cabo una o varias ofertas relacionadas con las mismas, no nace entre las partes relación alguna y, por lo tanto, no surge ninguna relación obligatoria (3) entre ellas, relación que sí surge en el denominado precontrato, e incluso en la oferta contractual. Es opinión generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia que el precontrato, como ha afirmado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, no constituye una fase de los tratos preliminares sino el final de los mismos (4). Sin entrar en las diversas teorías sobre la figura del precontrato y el contrato definitivo, la doctrina mayoritaria considera que en el precontrato se deben dar las dos premisas siguientes: 1.^a Que todos los elementos y estipulaciones del contrato definitivo deben encontrarse presentes en el propio contrato para que pueda hablarse de precontrato y no de tratos preliminares, y 2.^a Que la puesta en ejecución del contrato definitivo no requiere la emisión de un nuevo consentimiento al haberlo expresado ya las partes (5). Así lo manifiesta el TS en la sentencia de 30 de enero de 2008 al afirmar que: «...no se trata de un precontrato porque le faltan los elementos mínimos para poder ejecutarse: no se concreta el objeto (no se determina con exactitud el terreno, los materiales y «demás que se acuerden», dice el pacto, 2) no se fijan los presupuestos de las sociedades (estatutos, presidencia, órgano de administración, dirección..., ni siquiera el tipo de sociedad), y tampoco otros elementos (como coste financiero que «razonablemente» incurra). Es decir, se trata de un convenio o acuerdo (incluso con mandatarios verbales, cuya existencia se discute) que tiene por objeto la continuación (como efectivamente se produjo) de acuerdos (que no se obtuvieron) y que, si ambos actúan de buena fe y llegan a posteriores acuerdos, queda cumplido este primer convenio a modo de proyecto o acuerdo de bases, pero si no se obtienen, no se puede exigir su cumplimiento ni indemnización de daños y perjuicios. En definitiva, no es un precontrato ni mucho menos un contrato y no se ha acreditado la existencia de culpa *in contrahendo* por ninguna de las partes» (6).

III. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

Al ser una figura procedente de la doctrina y la jurisprudencia, debido a su falta de regulación (7), existen diversas posiciones doctrinales respecto

(2) Las denominadas minutas, que como afirma MENÉNDEZ MATO, «durante el desarrollo de los tratos pueden realizarse determinadas actividades escritas, como son las “minutas” que conservan la misma finalidad y naturaleza jurídica que poseen las negociaciones verbales, careciendo, por ello, de contenido obligatorio». MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, 1998, pág. 86.

(3) Aunque, como se verá al tratar el tema de la responsabilidad, parte de la doctrina considera que sí existe una relación entre las partes.

(4) STS de 11 de abril de 1992, 10 de junio de 1996 ó 3 de junio de 1998.

(5) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. Tomo III, *Contratos*, 10.^a ed., pág. 82.

(6) Ponente: Excmo. Señor don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

(7) Sin embargo, sí parece que la tendencia europea es regular la responsabilidad nacida de esas negociaciones preliminares, ahora bien, sin coartar la voluntad de las partes. Se considera que nace responsabilidad cuando se ha actuado de mala fe. Se considera que se debe reparar el máximo daño sufrido por la parte que actuó de buena fe.

de la naturaleza de la responsabilidad derivada de la ruptura de los tratos preliminares.

Como afirma CABANILLAS SÁNCHEZ, la responsabilidad precontractual hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe, es decir, cuando ha habido una actuación dolosa, o cuanto menos culposa.

En la doctrina española existen posiciones diversas, aquellos que consideran que estamos ante una responsabilidad contractual, quienes ven una especie de responsabilidad con matices propios y que no puede identificarse exactamente ni con la contractual ni con la extracontractual y, por último, los que defienden que se trata de una responsabilidad extracontractual (8).

La cuestión de la naturaleza de la responsabilidad, derivada de la ruptura de los tratos preliminares, no es baladí, pues existen notables diferencias en el tratamiento de la responsabilidad contractual y la extracontractual, referente principalmente a plazos, contenido de la indemnización y carga de la prueba.

La teoría dominante en la doctrina española es la de la responsabilidad extracontractual (9), basándose principalmente en la vulneración de la buena fe y en la confianza que debería existir entre las partes, sin olvidar los principios básicos de la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil. Así lo declaró la STS de 16 de mayo de 1988 al afirmar que: «...la culpa *in contrahendo*, al faltar la relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*. A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española».

La STS de 16 de diciembre de 1999, expuso con gran claridad los presupuestos básicos de la responsabilidad extracontractual en un caso de ruptura de tratos preliminares, declarando que: «...no hay lugar a dudas de que dan los dos requisitos necesarios para que surja la responsabilidad extracontractual, como son: a) una acción negligente y que referida a dichos tratos preliminares, que está constituida por una falta de lealtad cuyo núcleo fue una ruptura unilateral por parte de las entidades ahora recurrentes del proyecto

(8) MEDINA ALCOZ, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad contractual», en *RDP*, mayo-junio de 2005, pág. 8.

(9) Es, desde mi punto de vista, acertada esta posición y, como afirma CABANILLAS SÁNCHEZ: «La violación de cualquiera de los deberes precontractuales, derivados del principio de la buena fe, define la antijuridicidad de la conducta, con la obligación de reparar el daño causado de acuerdo con el artículo 1.902 del Código Civil. Al imponerse un comportamiento, según la buena fe, y vulnerarse alguno de los deberes que de la misma derivan, el resultado lesivo es injusto, siendo plenamente aplicable el artículo 1.902. La noción tan extraordinariamente amplia del ilícito civil que aparece en el artículo 1.902 del Código Civil, sin tipicidad del daño, hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad contractual, siendo evidente que no hay contrato en el periodo contractual ni una auténtica relación obligatoria semejante a la que se deriva del contrato. Es, desde luego, indudable que el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato; sin embargo, atribuir carácter contractual a esa relación parece un tanto excesivo». CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *RCDI*, núm. 628, mayo-junio, pág. 752.

inicial de los demandados en la instancia, y b) unos perjuicios, que también, dada la fenomenología de dichos tratos preliminares, deben mensurarse desde un punto de vista del interés negativo, como así se hace y así se cuantifica en la sentencia recurrida» (10).

III. CONCLUSIONES

Tras el análisis de jurisprudencia, y sobre todo, de la doctrina científica sobre la materia, considero que es acertada la tendencia europea de considerar que en esa fase previa de negociaciones y conversaciones no surge ningún tipo de relación entre las partes. Si fuese de otra manera, se delimitaría el ámbito de la contratación, sobre todo en aquellos contratos que por su complejidad, la fase preparatoria es larga y laboriosa. Ahora bien, está justificado el nacimiento de responsabilidad cuando una de las partes ha actuado de mala fe, causando un perjuicio a la otra. Lo difícil es la prueba de esa actuación, pero si se demuestra que en ese periodo de formación progresiva del contrato, en el que las partes no quedan obligadas, y que lo único que ha habido han sido conversaciones y negociaciones con la finalidad de desviar o dilatar en el tiempo una situación para aprovecharse de ella, la parte que ha actuado de buena fe tiene que ser protegida. El instrumento que se ha considerado más idóneo por la jurisprudencia ha sido el derivado de la responsabilidad extracontractual, basada en el mandato del artículo 1.902 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, «El ámbito de la responsabilidad precontractual *culpa in contrahendo*», en *RCDI*, núm. 628, mayo-junio de 1995.
- DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción. Teoría del contrato*, 7.^a ed.
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*. Tomo III. *Contratos*, 10.^a ed., 2007.
- MEDINA ALCOZ, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», en *RDP*, núm. 5-6, mayo de 2005.
- MENÉNDEZ MATO, *La oferta contractual*, 1998.

RESUMEN

TRATOS PRELIMINARES

Los tratos preliminares no suponen la existencia de una relación contractual. La jurisprudencia distingue entre tratos preliminares, de una parte, y el precontrato o el contrato de otra. Se

ABSTRACT

PRELIMINARY BARGAINING

Preliminary bargaining does not mean there is a contractual relationship. Case law distinguishes between a preliminary bargain on the one hand and a draft or definitive contract on

(10) Ponente: Excmo. Señor don Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA.

considera que si ha habido mala fe en una de las partes, tendente a poner impedimentos en el desarrollo de la relación negocial, surge responsabilidad. Partiendo de esa base, existen diversas teorías sobre el tipo de responsabilidad. Hay quienes consideran que estamos ante una responsabilidad contractual; en otro sentido, quienes entienden que se trata de una responsabilidad extra-contractual e incluso algún sector doctrinal opina que se trata de un tipo de responsabilidad de carácter autónomo. En el ámbito europeo, la tendencia camina a una ausencia de responsabilidad en la fase de negociaciones, siempre que se haya actuado de buena fe.

the other. If there has been action in bad faith by one of the parties, tending to place impediments in the course of the negotiation relationship, liability is considered to arise. Starting from this statement, there are a number of theories about what kind of liability is involved. There are those who consider it to be contractual liability; alternatively, there are those who feel it to be extra-contractual liability, and there is even a sector of doctrine that believes it to be a type of liability that is autonomous in nature. The European trend is toward finding no liability in the negotiating phase, provided that the parties have acted in good faith.

2. MERCANTIL

TRANSMISIÓN DE CUOTAS SOCIALES EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE DICIEMBRE DE 2007

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur»
(Digesto 17,2,64).*

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO Y EL FALLO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9046) resuelve un recurso de casación sobre la plena eficacia de la transmisión de unas cuotas de socios de una sociedad civil, calificada como sociedad mercantil irregular, reconociendo, pues, el derecho de propiedad sobre dichas cuotas por el adquirente de las mismas, sin necesidad de que dicha adquisición llevara implícita la obligación del comprador de realizar una puesta a disposición de vehículos y tarjetas de transporte que, según la recurrente, debían acompañar a los títulos.

El presente recurso trae causa de la demanda interpuesta en su día por el adquirente de las citadas cuotas de socio en cuyo suplico solicitaba lo siguiente: 1.º *Que Bruno es legítimo titular de las participaciones sociales que le fueron transmitidas y que se relacionan en el hecho cuarto de la demanda, con todos los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de adquisición.* 2.º *Que TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, debe estar y pasar por tal declaración, debiendo reconocer la titularidad de don Bruno sobre dichas participaciones, reponiéndole en tal condición desde las respectivas fechas de transmisión a todos los efectos y reconociendo todos sus derechos inherentes, incluido el de permuta por acciones de TRANSBIDASOA, S. A.* 3.º *Que TRANSBIDASOA, S. A. debe estar y pasar igualmente por tal declaración, adoptando las cautelas pertinentes y reservando las acciones correspondientes a estas participaciones sociales a don Bruno, para el momento en que sean entregadas sus acciones a los socios de TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL.* 4.º *Se condene a TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, al pago a don Bruno de la cantidad de UN MILLÓN TRESCIENTAS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTAS SESENTA PESETAS (1.387.960 PESETAS) en concepto de indemnización por paralización del vehículo, más DOSCIENTAS MIL PESETAS por cada mes que lo mantengan en ruta diferente a la de Levante.* 5.º *Se declare que don Bruno no ha incurrido en falta alguna de las previstas en los Estatutos de TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, y en consecuencia, libre de cualquier sanción estatutaria.* 6.º *Se declare la nulidad de los artículos 22.º y 23.º de los Estatutos Sociales de TRANSPORTES DEL BIDASOA, S. C., con todas las consecuencias legales dimanantes de tal declaración.* 7.º *Se condene a*

TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, a entregar al actor copia del acta de las Asambleas General Ordinaria y Extraordinaria celebradas el día 27 de junio de 1998, así como a facilitarle toda la información que pueda solicitar al amparo del artículo 14 de los Estatutos Sociales. 8.º Se condene a TRANSPORTES DEL BIDASOA, SOCIEDAD CIVIL, a reponer al vehículo que explota esta Sociedad a don Bruno, al amparo de su primera participación social, en su ruta histórica de Valencia-Levante, y que cese el hostigamiento y discriminación general del mismo y en particular de atribución de rutas que no le corresponden. 9.º Se condene a las demandadas al pago de los intereses legales de cuantas cantidades, a cuyo pago resulten condenadas las demandadas, o se deriven de las condenas establecidas en el fallo de la sentencia y se determinen en ejecución de la misma, y todo ello desde la interposición de la presente demanda. 10.º O de forma alternativa a los puntos 2.º, 3.º, 5.º, 6.º, 7.º y 8.º precedentes, declare el derecho de separación voluntaria de don Bruno de Transportes del Bidasoa, S. C. o de Transbidasoa, S. A., si en el transcurso del pleito fueran permutadas las participaciones por las acciones de ésta, condenando, en su caso, a la Sociedad en la que se detente la condición de socio, al pago de la totalidad de las quince participaciones sociales de que es titular o de las acciones a permutar, en su caso, por su valor económico real y actual».

Tras este prolijo suplico, vamos a referirnos única y exclusivamente a cómo se resolvió el mismo en primera instancia, apelación y casación, en relación con los temas que van a abordarse en el presente trabajo, esto es: (i) la naturaleza jurídica de la sociedad cuyas cuotas de socios fueron transmitidas, esto es, sociedad civil *versus* sociedad mercantil irregular, por si la misma pudiera ser influyente en los demás aspectos que serán objeto de análisis; (ii) el reconocimiento del derecho de propiedad por el adquirente de las cuotas de socio objeto de transmisión ante la existencia de una cláusula de libre transmisibilidad de las mismas en los estatutos sociales; (iii) la repercusión sobre dicha transmisión de un posible supuesto de exclusión de los vendedores de dichas cuotas previo a la enajenación, por infracción de una prohibición de competencia, cuestión que no fue objeto de debate, y a que nuestro juicio hubiera tenido especial relevancia en la resolución de la presente controversia.

En el ámbito antes expuesto, y continuando con la respuesta en la instancia, el Juzgado de 1.ª instancia, número uno de Pamplona, dictó sentencia el 21 de febrero, estimando que el demandante era legítimo titular de las participaciones sociales objeto de transmisión con todos los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de adquisición, condenando a la sociedad civil Transportes Bidasoa a estar y pasar por la presente declaración, debiendo reconocerle al demandante tal titularidad sobre tales participaciones y los derechos inherentes a las mismas desde las correspondientes fechas de transmisión incluido el de la permuta por acciones de Transbidasoa, S. A., rechazándose la petición sexta del suplico, relativa a la declaración de nulidad de los artículos 22 y 23 de los Estatutos Sociales de Transportes del Bidasoa, sociedad civil, con las consecuencias legales dimanantes de tal declaración, siendo referentes los preceptos estatutarios en cuestión, a la «exclusión de socios» y «a los efectos de la pérdida de condición de socio».

En el recurso de apelación interpuesto por las sociedades civil y anónima, se impugna la transmisión de participaciones en cuestión, puesto que constituye un «fraude para la sociedad civil», pues quienes las transmitieron al comprador y este mismo, eran todos ellos conscientes de que las participaciones en cuestión, iban a ser «excluidas», de la sociedad civil, por haber incu-

rrido sus titulares en falta muy grave generadora de la expulsión, concretamente, la verificación de «competencia desleal», constituyendo una «empresa» competitiva de Transportes Bidasoa sociedad civil. Pese al acierto, al menos inicial, del planteamiento del problema, las alegaciones de las apelantes derivan hacia si la adquisición de las cuotas de socios debían llevar aparejadas o no la obligación por el adquirente de aportar el camión y la correspondiente tarjeta de transporte, lo cual, sin duda, supuso una desviación de lo que debería haber sido el principal objeto de debate, a saber, la validez intrínseca de la transmisión de los derechos de socios de la sociedad civil.

En la propia sentencia de apelación (sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 3 de octubre de 2000) (*JUR/2001/20353*) se describe con acierto el verdadero objeto del proceso, al afirmarse en su Fundamento Tercero lo siguiente: *«Pasamos seguidamente a analizar lo que, sin duda, constituye el eje del debate en las presentes actuaciones, cual es el relativo a la transmisibilidad de las participaciones sociales en la sociedad civil, o más correctamente, como se denominan en los Estatutos Sociales “derechos de socio”. Constituye necesario punto de partida a estos efectos, porque son no sólo la norma constitutiva, sino la propiamente constitucional de la sociedad civil, el análisis de la regulación de los Estatutos Sociales y así, se mire por donde se mire, el artículo 24, dedicado a regular la transmisión por actos inter vivos, establece con absoluta claridad que “será libre la transmisión por actos inter vivos que por cualquier título otorgue uno de los socios a favor de otro socio, o a favor de su propio cónyuge o descendientes legítimos”*», pronunciándose, a continuación, en relación con la que parece ser alegada causa de exclusión del siguiente modo: *«...Porque si bien pudiera ser cierto que las participaciones adquiridas no estaban amparadas en el binomio “participación/camión-tarjeta”, ya referido, es absolutamente evidente, que el señor B. sí que realizaba, en su calidad de socio, titular de una participación, como hemos dicho ya desde el año 1985, ese “binomio”. Por ello, la exclusión no se podía fundar en el hecho de que se dieran los “supuestos legalmente establecidos sobre pérdida de las condiciones para el ejercicio profesional del transporte”, hipótesis en la que se vincula la legitimidad estatutaria de la decisión de la Junta, de exclusión de socio, en el citado párrafo c del artículo 22 de los Estatutos Sociales»*.

Previamente, y en relación con la naturaleza jurídica de la sociedad, la sentencia de apelación discrepa sobre la calificación de sociedad civil realizada por las demandantes para *«...concluirse que la “sociedad Transportes del Bidasoa” es verdaderamente, a pesar de su autodeterminación como sociedad civil, una “sociedad mercantil irregular”*. Concretamente, por Transportes del Bidasoa, se insiste, en que lo que es más propio de la naturaleza de su objeto social, lo constituyen las actividades contempladas con detalle y minuciosidad ciertamente, en los epígrafes “b) a f)” del artículo 4 de los Estatutos Sociales, hasta el punto de mantenerse, que el “objeto societario”, definido en el epígrafe a) “la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos”, es verdaderamente accesorio o colateral en la actividad societaria de Transportes del Bidasoa. Manteniendo la parte recurrente que la sociedad civil ha realizado en el devenir histórico de su existencia, una a modo de actividad cooperativizada, en beneficio de los transportistas, titulares de camiones y de sus respectivas tarjetas de transporte, asociados, en la sociedad civil».

Finalmente, la sentencia de apelación confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la validez de la transmisión de las cuotas de socio de la sociedad civil en cuestión.

De las anteriores consideraciones y por el momento, sorprende al menos que la sociedad civil no hubiera fijado el debate, primero en su escrito rector de demanda y luego en su recurso de apelación, sobre la incidencia de la causa de exclusión por infracción del deber de competencia en que al parecer habían incurrido los socios transmitentes, adivinándose tan sólo en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra un alegato en cuanto a la existencia de un fraude de ley en la transmisión, sin analizar las consecuencias societarias que la propia interdicción de competencia pudiera haber producido en la validez de la transmisión de los derechos de socio; así como que la sentencia de apelación no se haya planteado siquiera la debatida cuestión sobre la cláusula de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en una sociedad civil o en una sociedad mercantil personalista (por alusión, a la inicialmente incomprendida calificación del ente social como sociedad mercantil irregular), así como que haga suya, sin mayor análisis, la interpretación del contrato social por parte del juzgador de instancia, calificando el mismo como una sociedad mercantil irregular, con las consecuencias que de dicha distinción pudieran haber surgido, seguramente sobre la base procesalista de que es el juzgador de instancia quien tiene la facultad de interpretar el contrato, aunque no es menos cierto que dicha interpretación sólo debe ser mantenida sino es irracional o ilógica.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, delimita el objeto del proceso de forma correcta del siguiente modo: *«La cuestión litigiosa sobre la que versa el presente recurso de casación, tal y como quedó delimitada tras las sucesivas instancias, se contrae al reconocimiento de la legítima titularidad del actor sobre catorce participaciones de la entidad demandada, “Transportes Bidasoa, Sociedad Civil”, con los correspondientes derechos incorporados a las mismas, incluido el de permuta de los títulos por acciones de la mercantil codemandada “Transbidasoa, S. A.”»*.

Sin embargo, al calificar la relación societaria lo hace de manera confusa, pese a admitir que dicha calificación *«...resulta trascendente de cara a reconocer la eficacia de la adquisición de las participaciones discutidas, con la subsiguiente titularidad del actor sobre las mismas»*.

En este orden de cosas, la sentencia de casación comienza calificando el contrato social como de sociedad civil, manifestando al respecto lo siguiente:

«A) La propia denominación y el régimen legal al que se somete estatutariamente la sociedad, de cuyas participaciones se trata, indica claramente que nos hallamos ante una sociedad civil regulada por lo dispuesto en los artículos 1.665 y siguientes del Código Civil. Es consustancial a éstas, según reiterada jurisprudencia, la formación de un patrimonio común que se presenta dinámico, al entrar en el ámbito de actividades negociales o industriales, a fin de perseguir la obtención de beneficios susceptibles de ser partidos entre los socios, que también asumen de este modo sus pérdidas. Sentencias de 6 de marzo (RJ 1992/2398) y 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10406), 24 de julio de 1993 (RJ 1993/6479) y 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8122), entre otras. La misma doctrina jurisprudencial se ha encargado de establecer las notas que permiten diferenciar, en base al artículo 116 del Código de Comercio (LEG 1885,21), y los artículos 1.665 y 1.670 del Código Civil (LEG 1889,27), estableciendo el rasgo de la mercantilidad en razón del objeto social y su finalidad, y en el desarrollo de una actividad externa con ánimo de lucro, lo que supone la integración en una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social. Sentencia de 21 de junio de 1998 (RJ 1998/4906), y las que en ella se citan».

No obstante lo anterior, la propia sentencia de casación abandona su posición hermenéutica anterior para decir que: «...la caracterización de la entidad codemandada como una sociedad mercantil irregular, en el sentido de que actúa en el tráfico como tal sociedad mercantil irregular, no está falta de justificación lógica», especificando posteriormente el objeto social de la siguiente forma: «...el objeto de la sociedad consiste, entre otras actividades, y como más relevante, en la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos, diferenciando esta específica actividad de otras instrumentales del interés particular de sus socios, y disponiendo, finalmente, que las actividades integrantes del objeto social pueden ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto o idéntico o análogo».

Por otro lado y en relación con la cuestión propia a la libre transmisibilidad de los derechos de socio, la sentencia de casación igualmente coincide con la de apelación al exponer que: «...también ha de considerarse razonable y lógica la interpretación que la Sala de instancia hace de los preceptos relativos a la transmisión entre los socios de las participaciones y a las causas de exclusión de la condición de socio, pues esa caracterización de la sociedad, conforme a su objeto actual, alejado de concepciones próximas al cooperativismo, permite fácilmente atenerse al sentido literal del artículo 24.a) 1) de los estatutos de la sociedad, que consagra la libertad de transmisión entre los partícipes, sin más condiciones que las relativas al procedimiento, y considerar posible la titularidad de participaciones sociales adquiridas derivativamente por un solo socio sin necesidad de que se encuentren acompañadas de la puesta a disposición de los vehículos y tarjetas de transporte que originariamente acompañaron los títulos, admitiendo asimismo la posibilidad de la realización del objeto social, en los términos considerados».

Por último, la sentencia de casación rechaza la alegación de ejercicio abusivo y de ejercicio antisocial del derecho, la conducta consistente en la transmisión de derechos de socios por aquellos que habían infringido su prohibición de competencia con la sociedad. De esta forma y con el alcance de mantener en su adquisición al comprador, se pronuncia el Tribunal Supremo: «Y es que el rechazo del alegato resulta ineludible desde el momento en que sólo cabe reconocerle virtualidad a partir del éxito de los anteriores motivos del recurso, y desde la concepción cooperativista de la actividad de la sociedad que propugna la parte recurrente, así como del hecho afirmado, pero que es ajeno a este proceso, de la concurrencia de una causa de sanción disciplinaria que afectaba a los transmitentes que sirve para fundamentar el argumento casacional, sin que, por otra parte, el tribunal de instancia haya apreciado circunstancia alguna que permita aceptar la presencia del ejercicio malicioso y antisocial del derecho que asimismo sostiene, siendo así que la apreciación de tales rasgos, que determinan la prohibición legal, corresponde a los órganos de instancia, en tanto que presentan una base fáctica, cuyo resultado deber ser mantenido en esta sede, de no haber sido desvirtuado oportuna y adecuadamente —y aquí no lo ha sido— a través del estrecho cauce que abre el error de derecho en la valoración de la prueba».

He aquí una de las claves del fallo de la sentencia de casación, y que, a nuestro juicio, debería haber sido convenientemente introducido por la sociedad civil y por la sociedad anónima como objeto del proceso en el escrito rector de demanda (debido a la prohibición de la *mutatio libelis* y a la de alegar cuestiones nuevas en casación, que hubieran supuesto una causa de inadmisión del recurso de casación) para alcanzar la pretendida invalidez

de la transmisión de los derechos de socio, esto es, la cuestión relativa a la infracción del deber de competencia por los socios y a la causa de exclusión de los mismos como sanción de dicho deber.

Pasamos, a continuación, a analizar los cometidos del presente trabajo y que antes hemos apuntado: la calificación de la sociedad, la cláusula de libre transmisibilidad de los derechos de socios y la infracción del deber de no competencia por los socios transmitentes.

II. LA CALIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD

Tradicionalmente el criterio de distinción entre la sociedad civil y la sociedad mercantil se basó en la conocida doctrina de la mercantilidad objetiva o criterio de las formalidades, girando sus planteamientos en torno al artículo 116 del Código de Comercio, conforme al cual el contrato de compañía será mercantil, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código, entendiéndose por tales disposiciones la constitución en escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, según dispone el artículo 119 del Código de Comercio. De esta forma, abundante Jurisprudencia consideraba civiles a las mercantiles con ausencia de forma pública (vid. sentencias del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1912; 21 de mayo de 1917, 5 de julio de 1940, 16 de abril de 1942 y 14 de febrero de 1945).

Sin embargo, la doctrina mercantilista —sobre todo tras el análisis del art. 1.670 del Código Civil— afirmó ya desde hace tiempo que el criterio de la forma había de ser utilizado conjuntamente con el criterio subjetivo, o lo que es lo mismo, el relativo a la dedicación al comercio o tráfico mercantil.

De esta forma, PAZ-ARES (1) resume dicha doctrina al afirmar que: «...cc) *El criterio de la forma ha de completarse, por ello, con el criterio de la materia mercantil, que conduce a afirmar la mercantilidad de las sociedades que tengan por objeto una actividad comercial o industrial* (cfr. GIRÓN, *Estudios*, pág. 96; CÁMARA, *Estudios*, I, pág. 233; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, págs. 24 y 25, n. 40); *ésta es, asimismo, la línea por la que, finalmente, ha encauzado la jurisprudencia, aunque, a decir verdad, la conclusión alcanzada no se obtiene tanto del sistema del Código de Comercio, que es el que ahora estamos considerando, cuanto del artículo 1.670 del Código Civil; vid. STS de 23-III-54; 29-XI-58, 26-VII-59, 3-III-60, 22-III-62, 7-II-64, 21-VI-83, 1-X-86, 20-II-88, 26-II-90, 6-X-90...*».

En suma, puede concluirse, en nuestra opinión que, en definitiva, el criterio básico de distinción entre la sociedad civil y la sociedad mercantil es la realización de actos de comercio.

De esta forma y con el ánimo de dilucidar la mercantilidad o no de la misma, hemos de recordar que el objeto de la sociedad analizado en el presente caso era primordialmente la prestación a terceros de servicios de transporte terrestre de mercancías con medios propios o ajenos, por lo que en sede de lo anterior, ha de centrarse el referido criterio de distinción en la consideración de la actividad de transporte como mercantil o no.

En este sentido, el artículo 349 del Código de Comercio establece que: «*El contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género, se reputará mercantil:*

(1) Cándido PAZ ARES, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1378.

- 1.º Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio.
- 2.º Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público».

La interpretación auténtica ofrecida por la Exposición de Motivos del Código de Comercio nos ofrece al respecto lo siguiente: «...importa determinar cuándo adquiere el carácter de mercantil, pues sólo a beneficio de esta distinción tendrán los Tribunales un criterio fijo para aplicar, según corresponda, las prescripciones del Derecho Común o las del Código de Comercio.

En el vigente no se encuentra formulado con bastante claridad y fijeza este criterio. Sólo se declara quiénes se comprenden bajo el nombre de porteadores. Pero también ofrece dudas al resolver, con arreglo a esta misma declaración, si merecen aquella calificación y, por consiguiente, si ejecutan actos mercantiles los que se dedican al transporte de viajeros, industria que tan gran incremento ha tomado en los tiempos modernos. El Proyecto suple estos vacíos y resuelve cuantas dudas pueden surgir acerca de la naturaleza mercantil del contrato de transporte, sentando dos reglas generales para determinar los casos en que se reputará mercantil el transporte verificado por vías terrestres o fluviales de todo género. Según la primera, se atiende a la naturaleza de los objetos transportados, cualquiera que sea la calidad del porteador y cargador; por la segunda, se toma en cuenta exclusivamente la condición del porteador, prescindiendo del objeto del contrato.

Con sujeción a dichas reglas, el transporte de mercancías y demás efectos de comercio se reputa siempre mercantil, atribuyéndose idéntico carácter a los transportes verificados por un comerciante o por otra persona dedicada habitualmente a verificar transportes para el público, aunque no consistan en efectos de comercio.

Atendidos los términos generales con que se define la naturaleza de este contrato, es evidente que quedan comprendidos en el mismo todos los transportes que verifiquen los comerciantes matriculados o las personas que ejercen habitualmente este tráfico, utilizando sus medios de transporte personas diferentes, cualesquiera que sea el número y la importancia de los géneros transportados, la duración del viaje y la forma de efectuarlo, sin perjuicio de las modificaciones que establecen las leyes y reglamentos por que se rigen ciertos medios de locomoción terrestre o fluvial, como los ferrocarriles, tranvías y vapores, las cuales deberán observarse, en cuanto no se opongan a las disposiciones del Proyecto por los que necesitan valerse de ellos para el transporte de mercancías y personas».

En nuestra opinión, en la doctrina mercantilista, GARRIGUES (2) fue quien abordó con gran acierto el tema de la mercantilidad o no del contrato de transporte, exponiendo al efecto lo siguiente:

«Dando por supuesto el concepto civil del contrato de transporte, el Código de Comercio determina solamente cuándo este contrato es un contrato mercantil. Y de los varios elementos que entran en juego para la calificación de los actos mercantiles (...) el artículo 349 se contenta con la presencia, conjunta o alternativa, del elemento real (naturaleza del objeto del transporte, núm. 1.º, art. 349) y el elemento subjetivo (carácter de la persona que realiza el transporte, núm. 2.º, art. cit.).

(2) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, págs. 202 y 203, Madrid, 1968.

Nuestro legislador ha comprendido que el transporte es un acto esencialmente comercial y por eso tiende a regular todos los transportes, formulando su definición de tal modo que, prácticamente, el contrato que no incida en el primer requisito estará comprendido en el segundo del artículo 349. Pero el criterio legal no está exento de censura.

1. (V. núm. 1.º, art. 349). Saber cuándo el transporte tiene por objeto mercaderías o efectos de comercio no es cosa llana, dada la absoluta indeterminación de ambos conceptos en el Código de Comercio (...). Son conceptos que, como tantos otros invocados en el Código, caen fuera de su articulado y se remiten a la interpretación jurisprudencial). Lo cierto es que la fórmula del número 1.º, artículo 349, abarca casi todas las cosas muebles corporales. Quedan, pues, excluidas las personas, los derechos y las noticias (...).

2. (V. núm. 2.º, art. 349). El dedicarse habitualmente a realizar transportes para el público es un requisito legal que apunta más al concepto modesto del "porteador" que a la idea de empresa de transportes, la cual supone, por parte del empresario, una organización del trabajo ajeno para dar ejecución a los contratos de transporte asumidos en su propio nombre. Esto viene a confirmar la amplitud del concepto de transporte mercantil en nuestro Código de Comercio, en el que se incluye desde el transporte ferroviario hasta el transporte hecho a mano por un porteador individual.

El ser comerciante el porteador es la otra hipótesis del número 2.º del artículo 349.

La cualidad de comerciante debiera servir aquí, a lo sumo, para fundar una presunción de comercialidad para el transporte asumido por un comerciante. Pero es excesivo que un comerciante, sólo por serlo, convierta en mercantil todo transporte que asuma, aunque ninguna conexión tenga con el ejercicio de su industria mercantil.

Es por eso preferible como criterio el que considera mercantiles los transportes asumidos por una empresa mercantil en el ejercicio de su industria, sea esta industria la de transportes, sea otra a la cual esté ligado el transporte como operación accesoria.

Nuestro Código de Comercio ha sustituido también aquí el punto de vista profesional del Código de 1829 "De los porteadores" con su equivocado criterio del acto aislado. Pero es absurdo calificar de mercantil un transporte desligado de la serie profesional propia de una empresa de transporte; y todavía más absurdo reemplazar el criterio de la presa por el criterio ultrasubjetivista del número 2.º del artículo 349. Vid. sentencia de 28 de enero de 1929».

En este orden de cosas y de igual forma ejemplar, también fue GARRIGUES (3) quien nos enseñó que la realización del acto en masa y su diferencia del acto aislado es lo que supone que aquéllos sean regidos por el Derecho Mercantil, al afirmar que: «...Es absurdo, en efecto, someter a la misma reglamentación una venta ocasional que reúna los requisitos del artículo 325 (propósito de reventa y de lucrarse en esta reventa) y una venta perteneciente a la serie orgánica de ventas de una empresa dedicada a esta clase de comercio... En este nuevo camino, la simple observación de esa realidad nos muestra que la característica del Derecho Mercantil no es la regulación de los actos aislados, sino la de los actos en masa... Justamente porque el tráfico mercantil se caracteriza por la copiosa repetición de los mismos hechos, hubo necesidad de articular un Derecho especial, separado del

(3) GARRIGUES, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1953, págs. 11 y 13.

Derecho Civil con normas materiales y jurisdicción propias. Es un contrasentido histórico que el Derecho Mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un Derecho regulador de actos aislados. El acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece, es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho Civil».

Por ello, en nuestra opinión será mercantil la actividad de transporte terrestre cuando la misma sea ejercida con habitualidad (*una mercantia non facit mercatorem*), tanto de forma principal, como accesoria a otras actividades, y dentro del seno de actividades organizadas bajo la forma de una empresa.

Por su parte, sorprende el escaso interés que el particular ha suscitado en la doctrina civilista, al analizar los artículos 1.601 a 1.603 del Código Civil. Así, Francisco LUCAS FERNÁNDEZ (4) introduce la cuestión del siguiente modo, lo suficientemente esclarecedor:

«Los autores ponen de relieve la parquedad de las normas del Código Civil en la regulación de este contrato, limitadas exclusivamente a determinar la responsabilidad de los conductores en cuanto a guarda y conservación de las cosas transportadas y por daño o pérdida de las mismas. Y a remitirse a las normas del Código de Comercio y a las leyes y reglamentos especiales.

Tal parquedad se justifica por la doctrina en el reducido ámbito de aplicación del Derecho Civil respecto al contrato de transporte, ya que en su mayor parte estos contratos quedarán sujetos: a las normas mercantiles, puesto que la mayoría de los transportes tienen naturaleza mercantil; y a las normas administrativas, por cuanto la conducción de personas y cosas, tanto si se realizan por tierra como por mar o por aire, afectan no sólo a los contratantes, sino al público en general, por razón principalmente de la utilización de los medios de transporte cuya ordenación incumbe en gran parte al Derecho administrativo.

Por otro lado, el contenido de la escasa regulación del Código Civil no se halla en consonancia con la rúbrica de la sección en que se hallan encuadrados, que se refiere a los transportes, “tanto de personas como de cosas”, mientras que los artículos de esta sección contemplan exclusivamente el transporte de “efectos” o de “cosas”.

La parquedad de estas normas se refleja igualmente en la parquedad de los comentarios que a ellas les dedican los autores y que de un modo u otro acaban remitiéndose a otras disciplinas jurídicas (...).

Los civilistas se esfuerzan en hallar ejemplos de contratos de transporte sujetos al Código Civil. Así, PUIG PEÑA (Tratado de Derecho Civil español, t. IV, Obligaciones y contratos, vol. II, De los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Madrid, 1946, nota en pág. 317) pone como ejemplo el del contrato celebrado por una persona para trasladar los muebles de su casa de un punto a otro con otra que, teniendo para su uso exclusivo un vehículo, se prestase a verificarlos mediante el precio correspondiente».

Así pues, dada la calificación realizada por el Código de Comercio acerca de la mercantilidad del contrato de transporte, puede afirmarse como en la práctica generalidad de los casos, el mismo será calificado como un verdadero contrato mercantil lo que, a nuestro juicio, puede predicarse del contrato de sociedad analizado por la presente sentencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con el propio artículo 4.a) de los estatutos sociales de la misma.

(4) Francisco LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, vol. 2.º, artículos 1.583 a 1.603. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 486 y 488.

A la mantenida calificación del contrato de sociedad como mercantil, no obsta en absoluto las alegaciones esgrimidas por la sociedad recurrente para excluir tal mercantilidad sobre la base de considerar que dicha sociedad ha realizado una «actividad cooperativizada» en beneficio de los transportistas, titulares de camiones y de sus respectivas tarjetas de transportes.

Así, entre las formas de agrupación y cooperación para la práctica del transporte terrestre, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, dispone en su artículo 61 que las personas habilitadas para la prestación de servicios discrecionales de transporte de mercancías o viajeros podrán establecer cooperativas de transportistas, considerándose incluidas dentro de las funciones atribuidas por su normativa específica, las de captación de cargas o contratación de servicios y comercialización para sus socios; determinando a continuación que para la realización de dichas actividades, las cooperativas deberán estar inscritas en la correspondiente sección especial del Registro General de Transportistas y de Empresas de Actividades Auxiliares y Complementarias del Transporte, así como cumplir las condiciones especiales que se determinen por la Administración.

Señala, asimismo, el referido precepto que la Administración establecerá los requisitos que habrán de reunir las sociedades de comercialización y, en su caso, reglas específicas de funcionamiento de las mismas.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, reitera, en su artículo 53, la obligatoriedad de que las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización se inscriban en la subsección que a tal efecto existirá en el mencionado Registro, estableciendo otra serie de exigencias en orden a la cuantía de su capital social y al visado de sus Estatutos por la Administración de transportes.

Por cuanto se refiere a las sociedades de comercialización, señala el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres que podrán realizar funciones análogas a las legalmente atribuidas a las cooperativas de transportistas, estando sometidas al mismo régimen de ordenación del transporte que éstas, si bien revisten forma societaria. Consecuentemente, establece para estas entidades idénticas obligaciones registrales, económicas y administrativas que para dichas cooperativas.

Pues bien, en cuanto al aludido fenómeno cooperativo (entre las que, evidentemente, se encuentran las cooperativas de transporte) y en relación con la mercantilidad de las cooperativas no dejan dudas sobre la misma, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Mercedes VÉRGEZ (5) cuando afirman que: «...*Todas estas características o peculiaridades propias de las sociedades cooperativas no afectan, sin embargo a su calificación como sociedades mercantiles. De una parte, el artículo 124 del Código de Comercio permite aplicar esta calificación a las cooperativas que desarrollen su actividad con terceros; de otra, no puede olvidarse el reconocimiento general, expresamente recogido ya en la Ley anterior, en el sentido de que la cooperativa realiza una actividad de empresa sometida al estatuto del empresario mercantil a través de las normas que establecen y regulaban el cumplimiento del deber de contabilidad, y de las que preveían su sumisión a los procedimientos de suspensión de pagos y quiebra. En este mismo sentido ha de hacerse notar que, si bien la nueva Ley continúa utilizando la*

(5) Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999, págs. 1283 y 1284.

clásica diferenciación sociedad cooperativa versus sociedad mercantil, asumible dentro de una dialéctica convencional, que quiere subrayar una diferenciación de tipo social, la calificación de la sociedad cooperativa como sociedad mercantil no sólo se desprende de que se la someta también a las normas que configuran el estatuto jurídico del empresario (vid. art. 61 y la Disposición Adicional cuarta), si no de todo el fundamento de su regulación; así se percibe si se tiene en cuenta que el objetivo prioritario claramente establecido en su Exposición de Motivos es reforzar la consolidación empresarial de la cooperativa que se reconoce como perfectamente integrada en las reglas del mercado y en su esquema de rentabilidad y de competitividad propios de la actividad mercantil, aunque se prevean también para ellas determinadas normas especiales (vid. las contenidas en la Disposición Adicional quinta de la Ley y las que someten a la sociedad cooperativa a la inspección y disciplina sancionatoria del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y a los Departamentos correspondientes, arts. 113-116 de la Ley).»

En relación con la otra fórmula legalmente permitida para la práctica del transporte terrestre a través de la citada agrupación y colaboración, es decir, las sociedades de comercialización, su mercantilidad incluso se encuentra positivizada en el artículo 5 de la Orden de 23 de julio de 1997, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de ordenación de los transportes terrestres en materia de cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización (modificada por el Real Decreto 1380/1999) cuando establece como requisito de inscripción de las sociedades de comercialización en el Registro de Transportistas y de Empresas Auxiliares y Complementarias del Transporte su previa inscripción también como «...personalidad jurídica mercantil en el Registro Mercantil».

Aún atendiendo al posible carácter complejo del objeto de la presente sociedad, ya que, como hemos expuesto, se afirmó por la sentencia de casación que: «...el objeto de la sociedad consiste, entre otras actividades, y como más relevante, en la prestación a terceros de servicios de transporte de mercancías con medios propios o ajenos...», tal carácter complejo no desvirtuaría en nuestra opinión el carácter mercantil de esta sociedad por su dedicación al transporte, según hemos tenido ocasión de argumentar con anterioridad.

En este sentido, AZURZA (6), acertadamente, sostuvo que: «4. Sociedades con objeto complejo. Cabe distinguir dos subgrupos: Sociedades que se crean con finalidad civil y mercantil y Sociedades con objeto civil, pero que realizan actividades mercantiles.

Respecto de las primeras, creemos que fácilmente se verán arrastradas por la calificación mercantil, siempre que tal actividad sea habitual o finalista, aunque comparta otras actividades de índole civil. Aquella dedicación, bien que no exclusiva, con tal que no sea accesoria de la civil principal, inclinará la balanza calificadoras sin mengua ni modificación de las actividades civiles. Lo mismo que el comerciante individual no pierde su aptitud para las actividades civiles ni éstas cambian de naturaleza —y consecuentemente de legislación reguladora— porque sean ejecutadas por un comerciante.

En cuanto a las segundas, creo que una sociedad civil podrá perfectamente verificar las operaciones accesorias de su objeto principal, pagos, cobros, etc., mediante actos mercantiles, letras de cambio, cuentas corrientes

(6) AZURZA y OSCOZ, «Problemas de la sociedad civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, págs. 159 y 160.

bancarias, etc., sin que ello implique se dedican a actividades comerciales coloreadoras de su status; es el objeto, razón de ser de su existencia, lo que cuenta».

Por lo tanto, en virtud de lo anteriormente tratado, coincidimos en la apreciación del carácter mercantil realizado por las sentencias analizadas, aunque correctamente habría de ser tratada como de una sociedad objetivamente civil y subjetivamente mercantil o, lo que es lo mismo, una sociedad civil por su forma, pero mercantil por su objeto, la cual consideramos inviable en el tráfico jurídico, debiéndole ser de aplicación la normativa del tipo general de la sociedad mercantil, o sea, la de la sociedad colectiva, la cual ha de calificarse igualmente como irregular (7) al no haberse procedido a la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, para lo cual, lógicamente, tendría que haberse adaptado el correspondiente acuerdo social a las prescripciones de los artículos 125 y siguientes del Código de Comercio.

Así opina PAZ-ARES (8), haciéndose eco de las polémicas habidas al efecto: «...*En nuestra práctica no es infrecuente esta modalidad negocial (vid. un buen ejemplo en la RDGR de 28-VI-85). Ha de entenderse, no obstante, que esta figura (cuya viabilidad es afirmada por un sector de la literatura, vid. SCAEVOLA/CASTÁN, Código, XXV, págs. 621-622 y, más recientemente, SÁNCHEZ RUS, Entidades inscribibles, pág. 17; FERNÁNDEZ DEL POZO, Nuevo registro, págs. 71-72) constituye un monstrum iuridicamente imposible (cfr. TORRENTE, BCNR, 1989, págs. 1837-1840). En este sentido hemos de recordar que así como para el ejercicio de las actividades civiles (art. 1.670 del Código Civil), el ejercicio de la actividad mercantil no puede llevarse a cabo fuera del rigor y las garantías de los tipos mercantiles (este es precisamente el sentido del art. 122 del Código de Comercio). Una sociedad con objeto mercantil que las partes constituyan apelando al tipo de sociedad civil ha de considerarse, pues, como sociedad colectiva (vid., en este sentido, la impecable RDGR de 16-V-91). El carácter general de este tipo, dentro del tráfico mercantil, hace que absorba las manifestaciones atípicas, la sociedad civil para fines mercantiles lo es (vid. GIRÓN, Estudios, pág. 190; Der. soc., I, pág. 64 y sigs.; LACRUZ, Elementos, II-3, págs. 400-401; AZURZA, ADC, 1952, págs. 69-170; RDGR 28-VI-85, etc.). El caso es parecido al que podría plantearse antes de la promulgación del Código Civil en relación con una sociedad civil que adoptase la forma mercantil. El carácter general del tipo civil para las actividades civiles determinaría su aplicación».*

No obstante lo anterior, puede comprobarse en la Jurisprudencia la existencia de ciertos casos en los que diferentes sociedades civiles han sido creadas teniendo como objeto social la explotación del transporte.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8453) sobre la extinción de una sociedad civil por caducidad de la concesión habilitante para la práctica del transporte de personas, mantuvo lo siguiente: «...*En efecto, aun admitiendo la existencia de aquella sociedad civil que se ha mencionado en el “preliminar” de este recurso, y que a la muerte del socio don Salvador en 1940, sus herederos transmitiesen a los de don Pedro Francisco su tercera parte en la sociedad, lo cierto es que la misma se constituyó para la explotación de la línea de viajeros, cuya concesión administrativa correspondía*

(7) Para una mayor extensión sobre este tema, vid. FRANCISCO REDONDO TRIGO, «La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, págs. 853-873.

(8) Vid., *op. cit. com.*, págs. 1382 y 1383.

al socio don Gregorio. Pero tal concesión caducó, anunciándose en el BOE concurso para la concesión del servicio regular de transporte de viajeros entre Alcoy y Vergel. Fue adjudicado a la solicitante "Viuda e hijos de don Gregorio", los cuales acudieron únicamente a dicho concurso, pues no hay pruebas de que los herederos del señor Pedro Francisco lo hicieren conjuntamente con "Viuda e hijos de don Gregorio".

La caducidad de la línea produjo necesariamente la extinción de la sociedad civil primitiva, aun admitiendo (aunque no está probado) que los socios pactasen su continuidad con los herederos al fallecimiento de cualquiera de ellos. Es innegable que la caducidad de la concesión para explotar la línea produjo la extinción de la sociedad por desaparición de su objeto (art. 1700.2.º del Código Civil [LEG 1889, 27]), sin que exista ninguna prueba de la liquidación y adjudicación del haber social.

"Viuda e hijos de Gregorio" y los herederos de don Pedro Francisco pudieron legalmente acordar la creación de otra sociedad civil para la explotación de la concesión nuevamente otorgada por la Administración de la línea de viajeros, pero no hay pruebas de que así lo hicieran...».

En relación con esta sentencia y el tema que nos ocupa, cabe añadir simplemente que el propio artículo 352 del Código de Comercio se encarga también de calificar como mercantil al transporte de viajeros.

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/4980), sobre la improcedencia de la liquidación de una sociedad civil irregular dedicada al transporte, también hace referencia a la calificación alegada al decir que: «...en casación en la que solicitaban se declarase la existencia de una comunidad de bienes o sociedad civil irregular sobre un negocio de transporte público de mercancías».

Si bien es cierto que en esta sentencia el objeto del debate no era la calificación civil o mercantil de la sociedad, la adopción de la naturaleza sociedad civil irregular nos recuerda a tradicionales discusiones sobre la aplicabilidad del régimen civil o mercantil a la sociedad irregular. Sobre este tema, GIRÓN (9), al analizar la mercantilidad por el objeto social, se pronunció al respecto diciendo lo siguiente: «La STS de 29-XI-1958 hizo notar la fluctuación de las sentencias entre el criterio de la mercantilidad por el objeto social y el de las formas de constitución (escritura e inscripción registral), pero afirmaba que el del objeto es el dominante en la Jurisprudencia y doctrina [en nota núm. 15 a pie de página —que por su indudable interés transcribimos— explica el debate sobre la calificación en situaciones de irregularidad (10)]. Pero las SSTs

(9) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias, Madrid, 1976, págs. 69 y 70.

(10) «15... las llamadas Sociedades Mercantiles irregulares, el criterio único para distinguir las últimas de las civiles, y puesto que la concreta diferenciación, entre unas y otras, no ha sido objeto de expresa consideración en ninguno de los Códigos, sólo puede consistir en el que tiene por base la índole de las operaciones a que se dedique, criterio que se halla compartido en general por la doctrina científica y, dentro de sus fluctuaciones, también por la Jurisprudencia, en sentencias de 15-X-1940, 12-II-1945 y 6-III-1954. Esta misma idea de una rectificación de corriente ha trascendido a algún Tribunal de instancia. Así, la AT de La Coruña, en sentencia de 31-X-1957, "RGD", 1957, pág. 1165, declaró que la calificación mercantil o civil de las sociedades irregulares ha de verificarse utilizando como criterio primordial la índole de la actividad ejercida, de tal modo que, si está destinada a la realización de actos u operaciones de comercio o a la explotación industrial, la sociedad ha de ser conceptuada como mercantil, no obstante la forma irregular de su

de 26-VI-1959 y, sobre todo de 26-I-1967, haciendo expresa formalmente la corriente jurisprudencial precedente, han vuelto al criterio de las formalidades de constitución, declarando que las Sociedades mercantiles irregulares se convierten en civiles. Según antes se ha dicho, el criterio del objeto no juega satisfactoriamente porque resulta conceptualmente incompleto: falta determinar qué tipo societario de entre los mercantiles y ahí juega la función de Sociedad general de la Colectiva, sencillamente introduciendo en su concepto la mercantilidad de su objeto. El criterio de las formalidades atenta a la política jurídica doblemente: permite la actividad mercantil del tipo civil, eliminando el rigor mercantil y deja a la voluntad de los intervinientes la mercantilidad y la calificación, ya que les basta con no inscribirse».

En nuestra opinión, la irregularidad societaria no puede implicar la transformación de la sociedad en civil de aquella sociedad que por su objeto sea mercantil, tanto por el criterio de mercantilidad, objetivo adoptado por la doctrina, como porque el concepto de irregularidad sólo hace referencia a la falta de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, sin que pueda llevar aparejado tal cambio trascendental que suponga la elusión de la aplicación de los criterios mercantiles más rigoristas que son precisos para la regulación de la actividad industrial o comercial.

Más recientemente al respecto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido que las sociedades irregulares mercantiles se rigen por las normas de la sociedad colectiva, por los pactos de las partes y, en su defecto, por las normas de la copropiedad (sentencias de 16 de marzo de 1989 [RJ 1989/2154] y 6 de octubre de 1990 [RJ 1990/7475], entre otras).

En el ámbito de la denominada jurisprudencia menor y a título de ejemplo, puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 26 de enero de 2006 (JUR 2006/164104) al tratar la liquidación de una sociedad civil irregular dispuso que: *«Es claro que entre ambos hermanos existió un acuerdo de voluntades para obtener un fin común de carácter lucrativo, aportando su trabajo en relación con industria propia de la actividad de transportes y movimiento de tierras, e incluso explotación agrícola de las fincas adquiridas con fondos de la sociedad (beneficios repartidos) por cada uno de ellos, y realizando adquisiciones de los bienes necesarios para la obtención de dicho fin común. Ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 19-4-2005 y las citadas en ella), incardina dicha asociación en los preceptos del Código Civil (LEG 1889, 27) (art. 1.665 y sigs.), que regulan el contrato de sociedad, en este caso irregular al no haberse dado publicidad a sus pactos (art. 1.669), ni adoptarse una forma mercantil concreta, que la dotara de personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de los socios. Pero, como decimos, ningún dato objetivo nos indica que se constituyera la sociedad de ganancias, presentes y futuras regulada en los artículos 1.672 y siguientes del Código Civil, en la que hubiera pacto alguno que permita*

constitución, ya que —según entiende la doctrina— la adopción de algunas de las formas reconocidas en el Código de Comercio y el cumplimiento de las formalidades de constitución que se corresponden son problemas distintos, de calificación uno, de personalidad jurídica en las relaciones de sociedad y terceros el otro, orientación también seguida por la Jurisprudencia más reciente, pues la sentencia de 14 de febrero de 1945, superando la improcedente dirección iniciada por la de 31 de mayo de 1912 y continuada por las de 25 de mayo de 1917 y 5 de julio de 1940, vuelve a la tesis correcta, ya mantenida por las de 4 de abril de 1921, 19 de enero de 1925 y 15 de octubre de 1940, conforme a la cual será la actividad de la Compañía la que determine su naturaleza y, por tanto, si consiste en la realización de actos de comercio, habrá de ser tenida como mercantil».

considerar como sociales los bienes inmuebles adquiridos particularmente por cada uno de los socios, como insisten los recurrentes».

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 27 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/177374), al fallar sobre la adecuada extinción y liquidación de una sociedad civil, dispuso lo siguiente: «*Si a ello añadimos que el aquí actor sólo aportó su trabajo a la actividad social durante seis meses; que el aquí actor no efectuó desembolso inicial alguno, sin perjuicio de que se fuera compensando su aportación de forma sucesiva con los beneficios empresariales; que además se le hizo un préstamo de ocho millones de pesetas, cuyo pago de cuotas y devolución del capital también se efectuaba a cuenta de los ingresos de la explotación; y que en modo alguno queda justificada esa inactividad del actor por la titularidad formal del camión y de la tarjeta de transporte correspondiente al mismo, pues se puede conducir un camión y colaborar en la actividad de transporte sin necesidad de figurar como propietario de aquél ni titular de la tarjeta, haciéndolo por cuenta de dicho titular o de la sociedad civil constituida entre los hermanos, no cabe sino rechazar la improbadada alegación de mala fe del demandado al poner fin la actividad social que sólo él llevaba a cabo, por devenir no operativo y antieconómico el elemento patrimonial (camión) esencial para desarrollarla; y ello con independencia de si ambos socios tenían actividades o trabajos paralelos, pues en todo caso quien podía realizarlas era el actor, porque el demandado era quien efectuaba de forma exclusiva el transporte por cuenta de la sociedad, ante la inoperancia injustificada (pese a las subjetivas e inaceptables alegaciones) del demandante y en principio su actividad laboral venía absorbida por la dedicación a la actividad de la sociedad.*

En consecuencia, coincide plenamente este Tribunal con el Magistrado a quo, en la inexistencia de mala fe en el demandado al instar la disolución de la sociedad».

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 7 de febrero de 2000 (*JUR* 2001/142910), sobre la extinción de una sociedad civil por imposibilidad de realizar el objeto social, trató el tema del siguiente modo:

«...Se ha desestimado la demanda inicial porque se ha entendido que las causas de disolución de la sociedad civil existente entre las partes negada sorprendentemente por el demandado señor P. P., en confesión judicial, aunque, no obstante, en otras fases del proceso haya reconocido su indudable realidad, invocadas por los actores, no se hallan comprendidas entre las establecidas, con carácter único, en el artículo 12 de la escritura de constitución de dicha sociedad, de 3 mayo de 1985, pero ha de tenerse en cuenta que ha puntualizado nuestro más Alto Tribunal que, aunque se hayan pactado en el contrato originario de una sociedad una o varias causas de disolución de la misma, no ha de considerarse ese pacto excluyente en absoluto, a menos de una expresa declaración en tal sentido, de la aplicación de las normas establecidas en la Ley para el mismo supuesto, por ser estas supletorias en todo caso de lo no previsto por las partes en el otorgamiento de sus convenios (así, sentencia de 10 de junio de 1955).

(...)

El señor P. P. renunció, o pretendió hacerlo, al transporte escolar que efectuaba la sociedad, alegando distintas razones, aunque con posterioridad diese marcha atrás, sin éxito, por lo que parece, en tanto que los actores no tuvieron demasiado interés, por lo que se colige, en proseguir esa actividad con la denominación y componente personal de origen, creando una nueva sociedad. Se presentan, entonces, actuaciones cuestionables, que pudieran poner en tela de juicio la buena fe de unos y otros, pero no han de valorarse ahora, a los efectos

que nos ocupan, porque, como se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 1995, no siendo exigido por el artículo 1.700 del Código Civil, como requisito sine qua non para la extinción de la sociedad, que concurra buena fe, no puede dejar de decretarse su disolución porque no sea así...»

Aunque el verdadero objeto del proceso en las sentencias apuntadas no haya sido la calificación de la naturaleza jurídica civil o mercantil de las sociedades analizadas, no puede pasarse por alto como existen múltiples casos en que diversos problemas relativos a sociedades con objeto social consistente en actividades de transporte —y que, por lo tanto, deberían haber sido tratadas como sociedades mercantiles— han sido enjuiciados bajo las normas de la sociedad civil, lo que evidencia, una vez más, el gran confusionismo que existe —a nuestro juicio— en la jurisprudencia acerca de la distinción entre sociedades civiles y sociedades mercantiles y en cuanto al régimen jurídico de las sociedades irregulares. Por esta confusión, los siguientes temas a tratar los abordaremos desde la perspectiva tanto de la sociedad colectiva como de la sociedad civil, aunque reiteramos que la sociedad analizada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, es claramente mercantil por la actividad de transporte que constituía su objeto social.

III. LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS CUOTAS DE SOCIO

La segunda cuestión que pudiera haber afectado al fallo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, es la admisibilidad o no de la cláusula estatutaria que establecía la libre transmisibilidad de las participaciones sociales de la sociedad en cuestión, cuya validez fue admitida, sin mayores dudas, tanto en la sentencia de instancia como en la de casación, cuando consideramos que sí es un tema que ha suscitado debate en la doctrina y que no está libre de interpretaciones contrapuestas.

Recordamos que dicha cláusula establecía que: *«será libre la transmisión por actos inter vivos que por cualquier título otorgue uno de los socios a favor de otro socio, o a favor de su propio cónyuge o descendientes legítimos».*

En el ámbito de la sociedad colectiva, el principio general es el contrario a la transmisibilidad de la condición de socio, salvo consentimiento del resto de los socios, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código de Comercio que prevé lo siguiente: *«Ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la Compañía, ni sustituirla en su lugar para que desempeñe los oficios que a él le toquen en la administración social, sin que preceda el consentimiento de los socios».*

Así, la tradicional sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1968, dispuso que: *«Para que los derechos adquiridos a virtud de una obligación, sean transmisibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.112 del Código Civil, es menester no sólo que pertenezcan privativamente a su titular, sino también que la modificación subjetiva, que esta figura jurídica supone, no esté prohibida por ningún precepto legal, como los artículos 151, 525, 1.458 y 1.459 del expresado Código, o por una estipulación expresamente pactada por los contratantes, o se oponga a la propia naturaleza del derecho discutido, cual sucede, por ejemplo, con los derivados de la patria potestad, filiación, derecho al nombre y, en general, con los de índole meramente personal, entre los que deben incluirse los relativos a la cualidad de socio de las entidades comprendidas en el título VIII del libro IV del texto legal citado, dado que en ellas, a diferencia de lo que ocurre*

con las de tipo capitalista, juega el principio intuitus personae respecto a sus componentes, de tal suerte que sus condiciones morales, psicológicas y patrimoniales, constituyen un requisito diferencial y característico de estas sociedades, al extremo de no poder ingresarse en ellas ni subrogarse en los derechos que de las mismas dimanar sin el consentimiento de los otros contratantes como se infiere de los artículos 1.680, 1.696 y 1.700, número 3 de la repetida Ley sustantiva y declaran las sentencias de esta Sala, de 5 de noviembre de 1915 y 18 de noviembre de 1927...».

Con cautelas sobre la admisión de la referida cláusula, GIRÓN (11) abordó el problema del siguiente modo: «...La dificultad se había venido reduciendo a la validez de una cláusula de transmisibilidad libre. Y el problema se ha planteado en un doble aspecto: como de incompatibilidad con la configuración legal del tipo —aspecto político-jurídico— y como —aspecto dogmático— de necesidad de una oportunidad de examen de las condiciones personales del que adquiere, que permita dar por existente un convenio de ingreso de nuevo socio, que forma parte de la compleja figura que es la transmisión. Ha habido una corta y reciente evolución doctrinal —susceptible, por lo general de su argumentación—, de recepción en nuestro país, en el sentido de superación de las objeciones, sobre la base de que lo único que escapa a la libertad contractual es la protección de terceros y, por tanto, respetándose la responsabilidad frente a éstos, en lo demás, no hay por qué restringir la libertad negocial de los socios, ya que, en ese marco el intuitus personae viene dado en el interés de los mismos. Ahora bien, conviene dar toda su importancia aquí, como en el caso de ingreso de nuevo socio, al deber de fidelidad del eventual transmitente, que debe obligar a ceñir la transmisión a persona adecuada a la Sociedad».

Por el contrario, con absoluta flexibilidad para la sociedad colectiva, se pronuncia PAZ-ARES (12) al respecto, diciendo que: «El requisito del consentimiento unánime, por otra parte, está a disposición de las partes. En efecto, el contrato social puede regular a su antojo esta materia, estableciendo cláusulas mayoritarias, cláusulas de aprobación por los administradores, cláusulas de libre transmisibilidad entre determinado círculo de personas (por ejemplo, entre descendientes y ascendientes) e incluso, abiertamente, consagrando la más absoluta libertad de transmisión, aunque sobre esta última posibilidad la doctrina manifiesta ciertas dudas (vid. STS de 8 de octubre de 1968). Las dudas suelen fundarse en la incompatibilidad de la libre transmisibilidad con la estructura personalista del tipo. Pero el intuitus personae, en la medida en que opera para la protección de las partes, no puede elevarse a la categoría de derecho necesario. Mientras se garantice la debida protección de los terceros, el principio de autonomía privada no tiene por qué sufrir limitaciones».

A idéntica conclusión llega también PAZ-ARES para la sociedad civil, admitiendo, pues, la validez de la cláusula de libre transmisibilidad, aunque añadiendo —de forma muy interesante— como límite a la misma el deber de fidelidad del socio, al expresar que: «...Otra cosa es que no pueda abusarse de la posibilidad de la libre transmisibilidad reconocida contractualmente para perjudicar a la sociedad. El deber de fidelidad lo impide. De ahí no puede deducirse, sin embargo, que el deber de fidelidad obliga a “ceñir la transmisión a la persona adecuada a la sociedad”» (GIRÓN, *Der. Soc.*, I, pág. 602) (13).

(11) Vid., *op. cit.*, págs. 601 y 602.

(12) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, 1999, pág. 648.

(13) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1472.

Por otra parte y en el campo de la sociedad civil, destaca la opinión de CAPILLA RONCERO (14) cuando dice que: «...Desde mi punto de vista, la respuesta adecuada a la admisibilidad de pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales precisa distinguir dos órdenes de cuestiones. De una parte, procede analizar la admisibilidad de semejantes pactos desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad en sentido estricto. De otra, conviene analizarlos desde la óptica de su adecuación a la estructura legal de la relación social, recogida en el Código Civil.

Así, a la pregunta de si sería ilegal un pacto semejante, la respuesta, con bastante seguridad, ha de ser negativa. En primer lugar, porque ninguna norma prohíbe la validez de esos pactos de manera expresa. En segundo lugar, porque el *intuitus personae*, carácter de la relación social, protege en realidad el interés de los consocios, permitiéndoles liberarse de los vínculos sociales cuando se produce una alteración personal; pero al tratarse de la protección de intereses privados, no parece que pueda aducirse nada en contra de la renuncia anticipada de los propios interesados o, mejor, a que esa situación, prevista como normal en la relación social, no se corresponda, sin embargo, en algún caso concreto, con los intereses de las partes, pudiendo éstas, en consecuencia, alterar el diseño legislativo. Finalmente, el propio legislador contempla la posibilidad de excepciones a la rigidez del juego de las consecuencias del *intuitus personae*, en la medida en que consiente pactos de continuación de la sociedad, con los herederos del difunto en el artículo 1.704. Por ello, la opinión dominante se inclina por afirmar la validez de los pactos tendentes a autorizar a cada socio para transmitir su participación social a extraños, sin necesidad del consentimiento de los consocios.

Diferente es, sin embargo, el enfoque del tema, si se analiza desde la perspectiva de la acomodación de un pacto semejante a la estructura de la sociedad civil, tal y como se encuentra legalmente configurada. En efecto, la presencia de un pacto de libre transmisibilidad de la participación social presupone la total relajación del *intuitus personae*, siendo harto problemático que pueda afirmarse la coexistencia de semejante relajación puntual con el conjunto de preceptos que presuponen dicho *intuitus personae* entre los socios. Por ello, en presencia de un pacto semejante, ha de partirse de la base del carácter general de la regla contraria a los mismos en las sociedades civiles y habrá de armonizarse con la vigencia de los preceptos que tienen por supuesto la preexistencia de esa particular relevancia de las condiciones personales de los socios.

En la duda, como consecuencia del choque con la configuración legal de la relación social, parece, en consecuencia, preferible restringir la admisibilidad de semejantes pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, recabando, si es posible, algún medio de control de la idoneidad del nuevo socio. Ahora, si se pacta claramente, tampoco parece haber argumento basado en normas imperativas que impida la validez de semejante pacto. Pacto que, por otra parte, en la práctica es difícilmente imaginable, cuando una sociedad civil se trata, puesto que el ordenamiento jurídico ofrece figuras sociales que incorporan esa libre transmisibilidad, junto a otras ventajas más adecuadas para el desempeño de actividades de cierta envergadura».

Tanto para sociedades capitalistas como para sociedades personalistas, admitiendo la regulación convencional del supuesto por parte de los socios, se

(14) CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI, vol. 1.º, artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, págs. 494 y 495.

pronuncia PERDICES HUETOS (15) al mantener lo siguiente: «... c) *El extremo más superior, que deroga absolutamente la noción de intuitus es la libre transmisibilidad de los derechos de participación social. De algún modo, cabría decir que en ciertos tipos sociales, la Ley presume la irrelevancia de los sujetos y determina que, salvo que otra cosa se diga, ni la sociedad ni los socios ni ningún otro sujeto tiene interés alguno en impedir la libre sustitución de socios. Presunción típica en las sociedades de capital, es igualmente posible su establecimiento convencional en las sociedades de personas (art. 1.255 del Código Civil).*

Como se puede apreciar, la diversidad de las reglas típicas de transmisión entre las sociedades de personas y las de capital sólo presentan la ya repetida inversión de la relación regla excepción, que no pasa de ser una mera anticipación legal de la razonable voluntad de las partes. En consecuencia, como ya se indicó, éstas podrán, de acuerdo con su conveniencia, modificar en mayor o menor medida esa relación, acercando a moldes capitalistas las sociedades de personas y viceversa, verificando una regresión de las sociedades corporativas hacia moldes basados en la gestión estrecha y el intuitus personae».

En nuestra opinión y en términos genéricos, también aceptamos la validez de la cláusula estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en la sociedad colectiva y en la sociedad civil, con la cautela no de tener una obligatoria consideración de las circunstancias subjetivas del adquirente, sino de ponderar que, pese a dicha autorización estatutaria, la transmisión no suponga un perjuicio para la sociedad y, por tanto, una infracción del deber de fidelidad por parte del socio transmitente.

Como premisa general, entendemos válida la referida cláusula estatutaria atendiendo a la naturaleza jurídica de la posición de socio y del cambio de la posición de socio en las sociedades de personas, no debiendo suponer el *intuitus personae* una merma de dicho pacto contractual.

En este sentido y prescindiendo de realizar una vasta exposición de los debates doctrinales al respecto, coincidimos con GIRÓN (16) en caracterizar la relación socio-sociedad en las sociedades de personas, no como un simple derecho subjetivo, sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de Federico DE CASTRO, ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que

(15) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, 1997, pág. 45.

De gran interés resulta la nota número 53 de la página 45 de la citada obra realizada por PERDICES HUETOS al respecto: «(53) *Se admite entre nosotros la cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones en sociedades de personas por PAZ-ARES, Com. Cod. Civ., t. II, artículo 1.669, pág. 1472; A. OLAVARIA TÉLLEZ, «Singularidad negocial de las propiedades especiales y de los derechos de crédito y de participación social no representados documentalmen- te», en Negocios sobre derechos no incorporados a títulos valores y sobre relaciones jurídicas especiales [G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.)], Madrid, 1992, pág. 19 y sigs., págs. 40-42; con dudas sobre la admisibilidad de un consentimiento previo e incondicionado a alteraciones subjetivas de la sociedad, vid., GIRÓN, en Estudios Garrigues, t. I, págs. 152-153; id. Derecho de Sociedades, págs. 601 y 602; por su lado, CAPILLA, Comentarios al Código Civil, t. XXI, págs. 494-495, no lo considera ilegal pero sí incompatible con el tipo de la sociedad civil. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Atipicidad, págs. 365-366, indica cómo este pacto resulta desde los planteamientos tradicionales contrario a la estructura jurídica del tipo de las sociedades de personas, si bien en pág. 381 y sigs., afirma que es razonable no fundamentar la invalidez de la cláusula de libre transmisibilidad en atención al juego del intuitus...».*

(16) Vid., *op. cit.*, pág. 283 y sigs.

el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no sólo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo (17).

Así, y en cuanto a la naturaleza jurídica de la transmisión de la condición de socio en las sociedades personalistas entendemos, pese a las controversias existentes al efecto, que la misma se encuentra más dentro del concepto de la cesión de una relación jurídica compleja, que ante una cesión del derecho de participación, por lo que la disciplina de la misma no ha de encontrarse sólo en las reglas de la cesión de créditos (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. del Código Civil), sino también en las reglas de la asunción de deudas, configuradas por las relativas a las de la novación de las obligaciones (arts. 1.203 y sigs. del Código Civil) (18), por ello y de acuerdo con GIRÓN (19) consideramos que

(17) En contra, PAZ-ARES, vid., *op. cit. com.*, pág. 1471.

(18) A favor de la consideración como cesión de derecho de participación, PAZ-ARES, vid., *op. cit. com.*, pág. 1471. A favor de la calificación de la transmisión como cesión de contrato, GIRÓN, vid., *op. cit.*, págs. 602 y 603, y CAPILLA RONCERO, vid., *op. cit.*, págs. 495 y 496, quien afirma que: «...En mi opinión, no hay inconveniente en aplicar las reglas de la cesión de contratos a la transmisión de la participación social, teniendo en cuenta que el concepto de cesión del contrato se ha formulado sobre la base de la cesión de contratos de cambio. Por ello, la no exacta acomodación de la condición de socio debe producir la corrección de la teoría de la cesión del contrato, para acomodarla a las exigencias de este supuesto particular. Lo cual es posible en un ordenamiento, como el español, en el cual la cesión del contrato no es categoría legislativamente limitada a esos supuestos, sino de elaboración doctrinal y jurisprudencial y, por ende, que admite mayor flexibilidad».

PERDICES HUETOS, vid., *op. cit.*, págs. 34 y 35, admite las dos fórmulas: la de cesión de contrato y transmisión del derecho tanto para las sociedades de personas como para las sociedades de capitales, exponiendo al respecto que: «Los cambios de socios pueden verificarse, bien a través de la novación subjetiva o cesión del contrato de sociedad (arts. 1.203 y sigs. del Código Civil), o bien por medio de transmisión del derecho de participación en que se sustancia la posición de socio (arts. 1.112 y 1.526 y sigs. del Código Civil). La primera supone la extinción y posterior recreación en la persona del socio entrante de la participación del socio saliente; la segunda, por el contrario, implica lógicamente la permanencia y tráfico de la participación socio-transmitente al adquirente, que sucede al primero. Estos mecanismos se han venido compartimentando en el orden societario: el primero, la cesión de contrato, se reserva para las sociedades de personas, y el segundo, la transmisión, para las de capital. En efecto, en las sociedades de personas, como correlato de sostener la exclusiva naturaleza de relación jurídica de la participación, se entiende que los cambios de socios se verificarían a través de una modificación o cesión de contrato. El consentimiento del resto de socios (art. 1.696 del Código Civil, art. 143 del Código de Comercio) sería negocial y novatorio del contrato fundacional. Por el contrario, en las sociedades de capital, la indudable naturaleza del derecho subjetivo de la participación social en las mismas han hecho de la transmisión, como en el resto de derechos subjetivos, el único recurso considerado por práctica y doctrina. Ciertamente, la diversidad de consecuencias entre una y otra vía es de escaso relieve, y de hecho, se desconocen en la práctica; sin embargo, tomar conciencia de su diversidad presenta una gran relevancia dogmática. A continuación se verá la necesidad de rechazar esa compartimentación, dado que, por un lado, en las sociedades de personas, la naturaleza de derecho patrimonial de sus participaciones permite una auténtica transmisión en sentido técnico, y que, por otro lado, en ocasiones, también es necesario el mecanismo de la recontractación para el relevo de socios en las sociedades de capital, caso de los estadios donde la condición de socio es intransmisible (arts. 62 LSA y 28 LSRL)».

(19) Vid., *op. cit.*, pág. 599.

la «...naturaleza jurídica de esta transmisión es más bien compleja. Sin duda que se trata de una transmisión de la relación jurídica, y, por consiguiente, de sus lados activo y pasivo...»; esta transmisión «de sus lados activo y pasivo», que como no puede ser de otra forma se manifiestan en la condición de socio en las sociedades personalistas, suponen pues —en nuestra opinión— la observación de las meritadas reglas de la cesión de créditos y novación de las obligaciones.

Por ello, entendemos que en el marco de los requisitos establecidos para la transmisión del «lado pasivo» ha de traerse a colación la tradicional admisibilidad del consentimiento anticipado del acreedor —exigido por el art. 1.205 del Código Civil— para los supuestos de novación subjetiva de deudor.

En este sentido, Díez-PICAZO (20) al analizar las posibilidades de manifestación de dicho consentimiento liberatorio del acreedor en el referido ámbito de la novación subjetiva de deudor, expone lo siguiente: «...El consentimiento liberatorio puede coincidir temporalmente con el convenio de los deudores. Por ejemplo, en el mismo acto o negocio comparecen el antiguo deudor, el nuevo y el acreedor y todos ellos manifiestan su voluntad de modificar la relación obligatoria. El consentimiento liberatorio puede ser anterior. Por ejemplo: el acreedor ha autorizado previamente al deudor para trasladar su deuda a un tercero, bien de una manera libre o bien si reúne unas determinadas condiciones o requisitos. Por último, el consentimiento liberatorio puede ser posterior cuando, con conocimiento del convenio de los deudores, el acreedor lo acepta. En el primero de los casos antes esbozados, el consentimiento del acreedor se integra en un negocio jurídico plurilateral. En los otros dos casos, en cambio, el consentimiento liberatorio es un simple negocio jurídico unilateral que forma un negocio independiente del constituido por el convenio de los acreedores. No es, sin embargo, un negocio estricto de liberación del antiguo deudor. El effectum iuris liberatorio trae su causa de la constitución del nuevo deudor en obligado. Cuando el consentimiento liberatorio es anterior, constituye un negocio autorizativo (*Ermächtigung*). Si es posterior, reviste el carácter de una ratificación o confirmación...».

Por todo ello, y con atención a la referida cautela del deber de fidelidad de los socios, entendemos válida la cláusula de autorización estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas de socio en una sociedad personalista, constituyendo el requisito del consentimiento de los socios (*ex arts. 1.696 del Código Civil y 143 del Código de Comercio*), un auténtico negocio autorizativo, sin que pueda ser un «Rubicón», que no puede vadearse con cautela, el carácter *intuitus personae* existente en las sociedades personalistas.

En el análisis de la sentencia de 19 de diciembre de 2007, no debe olvidarse, por otra parte, que la transmisión de las cuotas sociales realizada lo fue a una persona que ya era socio de la sociedad cuyas cuotas sociales fueron objeto de transmisión, lo que refuerza la imposibilidad de alegación en forma genérica del *intuitus personae* como causa impeditiva para la eficacia y validez de la transmisión citada, máxime si se había cumplido con las características del comprador de las mismas fijadas en la cláusula de libre transmisibilidad, esto es, otro socio.

Finalmente, tanto la sentencia de apelación como la sentencia de casación no nos ofrecen una exposición lo suficientemente detallada de los hechos como para poder analizar si pese a la anterior admisibilidad de la transmisión

(20) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, pág. 1025, 2008.

de las cuotas sociales, ésta pudo suponer un perjuicio a la sociedad en términos de explotación y productividad tendentes a la ejecución de su objeto social, esto es, en relación con un incumplimiento del deber de fidelidad de los socios transmitentes en estos términos; aunque el tan debatido binomio «participación social-tarjeta de transporte» en esta litis (está claro de conformidad con los hechos probados y ante la inexistencia de una previsión estatutaria al efecto) no existía en las participaciones adquiridas, por lo que sólo debería restar para ponderar el perjuicio de la sociedad en esta línea, si los socios transmitentes habían estado obligados por pacto a la aportación de la tarjeta de transporte y del vehículo correspondiente, o bien, sin que tuvieran dicha obligación convencional así lo habrían verificado, lo que podría haber constituido un elemento para valorar la existencia del referido perjuicio social, así como, el correlativo incumplimiento del deber de fidelidad por los socios involucrados en esta transacción.

IV. LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE NO CONCURRENCIA

El correcto planteamiento de esta cuestión, o si se quiere, si la misma hubiera sido objeto de debate en la instancia y en la casación, introducida convenientemente en el mismo por la parte recurrente, hubiera supuesto, a nuestro juicio, que el fallo de la sentencia de casación debiera haber sido contrario a la validez de la transmisión de las cuotas sociales, puesto que, aunque se deduce de las referidas sentencias que los socios transmitentes habían incurrido en la prohibición de competencia no queda claro si la sociedad afectada obró en consecuencia para lograr la efectividad de las consecuencias que para la infracción de dicho deber se extraen en la disciplina de las sociedades personalistas, realizándose tan sólo por la parte recurrente un uso de la teoría general del ejercicio abusivo y antisocial del derecho *ex artículo 7 del Código Civil, nemine laedit qui suo iure utitur*, para tratar de invalidar los efectos de dicha transmisión, sin que fuera estimada la misma por las sentencias de apelación y casación.

Pues bien, calificada la sociedad litigiosa como sociedad mercantil irregular o sociedad con objeto mercantil y forma civil sin estar inscrita en el Registro Mercantil, resulta de aplicación —como hemos mantenido— la disciplina del tipo societario mercantil general, es decir, la de la sociedad colectiva.

En esta materia, resulta trascendental la prohibición de no concurrencia del artículo 137 del Código de Comercio, que para el socio colectivo establece literalmente lo siguiente: «*Si la Compañía hubiere determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse, los socios podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil que les acomode, con tal que no pertenezca a la especie de negocios a que se dedique la Compañía de que fueren socios, a no existir pacto especial en contrario*». Asimismo, para el socio industrial, el artículo 138 del Código de Comercio prevé que: «*El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la Compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la Compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo a esta disposición*».

Esta infracción del deber de no concurrencia lleva aparejada la rescisión parcial de la compañía mercantil y por lo tanto, la exclusión del socio infractor,

al amparo de lo dispuesto en el artículo 218.5.º del Código de Comercio, que prevé, al efecto, lo siguiente: *Habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de Compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes: (...) 5.º Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean lícitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138*».

En nuestra opinión, la exclusión de un socio es un procedimiento extrajudicial que debe acordarse por unanimidad al ser una modificación del contrato social (salvo que se trate de la exclusión del administrador privativo por incumplimiento de sus obligaciones de diligencia, por mandato del artículo 132 del Código de Comercio). Así, las sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1902 y 28 de febrero de 1968, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 29 de diciembre de 1914, 25 de enero de 1936, 30 de marzo de 1951, 7 de febrero de 1953 y 24 de enero de 1964.

Evidentemente, la exclusión del socio supone, entre otros efectos, la correspondiente amortización de la cuota social, con lo que no se podría haber llevado a cabo la transmisión de cuotas efectuadas si la sociedad hubiera cumplimentado el referido procedimiento de exclusión, o si pese haberse llevado a cabo éste correctamente, esta cuestión hubiera sido objeto de la presente litis.

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 1986 (*RJ* 1986/5230), aplica la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil irregular por infracción del deber de no concurrencia de los socios, en función de lo dispuesto en los artículos 137 y 218.5 del Código de Comercio, no aplicando el artículo 1.124 del Código Civil, puesto que éste no resulta de aplicación al contrato de sociedad —añadimos nosotros— ante la falta de la existencia de obligaciones sinalagmáticas en el mismo.

Sin embargo, en el ámbito de las sociedades civiles, la cuestión del derecho de exclusión por infracción del deber de no concurrencia no aparece tratada expresamente como para las sociedades colectivas.

El artículo 1.683 del Código Civil prevé en este campo que: «*El socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma*».

El ámbito de aplicación del artículo 1.683 del Código Civil también ha sido objeto de discusión doctrinal. Así, por ejemplo, CAPILLA RONCERO (21) mantiene la reducción del ámbito de aplicación del precepto al socio de industria civil al afirmar que: «*En líneas generales, entonces, puede afirmarse que el Código de Comercio distingue, por una parte, el régimen general de abstención de concurrencia de todos los socios colectivos [art. 137 del Código de Comercio] frente a, por otra parte, un especial rigor y disfavor en el tratamiento de la situación del socio industrial. Y, aparentemente, el Código Civil sigue un esquema semejante: la prohibición de concurrencia que se desprende del artículo 1.683 solamente parece imponerse al socio industrial. De donde, podría pensarse, también se genera un tratamiento discriminatorio del socio de industria en la sociedad civil, ya que es el único sobre el cual pesa deber de abstenerse de realizar operaciones concurrentes. Se trataría, entonces, de una cuestión de escalonamiento en el rigor a que se ven sometidos los socios, según que sean de industria o capital, y según que la sociedad sea civil o colectiva. El socio capitalista de una sociedad civil no se ve sometido a prohibición de concurrencia; el socio de industria y el capitalista colectivo*

(21) Vid., *op. cit.*, págs. 271 y 272.

no pueden realizar actividades concurrentes con la actividad social; finalmente, el socio colectivo de industria se somete a un régimen más severo».

Por su parte, PAZ-ARES (22) entiende aplicable la prohibición de concurrencia, no sólo al socio industrial, sino también al socio capitalista, al mantener lo siguiente: «*Las reflexiones del profesor Capilla parten, no obstante, de un reconocimiento exacto de la situación —el trato discriminatorio de que es objeto el socio industrial en relación con el socio capitalista, cuando ambos están obligados a respetar el deber de fidelidad—, y por ello no deben echarse en saco roto. La contradicción de valoración que encierra el precepto es patente. Pero la solución no se halla —como propone el citado autor— en la reducción del supuesto de hecho objetivo de la norma (incumplimiento del deber de aportar del socio industrial) sino en la ampliación de su supuesto de hecho subjetivo (infracción del deber de no competencia del socio industrial y capitalista). El precepto debe extenderse analógicamente al socio no industrial en las condiciones que se alude a continuación*».

A nuestro juicio, el deber de no concurrencia en la sociedad civil es extensible no sólo al socio industrial, sino también al socio capitalista. El fundamento de dicha extensión no puede ser otro que el deber de actuar de buena fe, que recogen los artículos 7 y 1.258 del Código Civil, que en el tema que nos ocupa suponen la prohibición de concurrencia de los socios con el interés social. En nuestra opinión, resulta significativo, al respecto, el siguiente texto del Digesto 17.2.64: «*Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur*» (23), o sea, ya las fuentes clásicas y dentro del análisis de la *actio pro socio*, nos revelan, a nuestro juicio, cómo la disolución de la sociedad era la sanción aplicable en el *Corpus Iuris Civilis* cuando los socios separadamente negociasen para sí.

En cuanto a la sanción por la infracción del deber de competencia del socio en la sociedad civil, aunque no específicamente para este cuestión, sino con carácter general, CAPILLA RONCERO (24) parece exigir una previsión convencional del supuesto de exclusión del socio o disolución parcial de la sociedad al afirmar que: «*Si cabe, sin embargo, arbitrar un mecanismo de exclusión de la sociedad cuando media justo motivo. Justo motivo que ha de consistir en el incumplimiento por parte del socio excluido de sus obligaciones. En este caso, si bien se mira, se trata de sustituir la renuncia causal del artículo 1.707 por la exclusión del socio incumplidor. Cuando un socio incumple sus obligaciones, el Código Civil arbitra un medio de defensa de los consocios: la renuncia causal del artículo mencionado. Luego si el interés a defender es el de los consocios que instan la resolución del vínculo social ante el incumplimiento de uno de ellos, parece lógico consentirles evitar el efecto más perjudicial que para ellos supondría la disolución total, escogiendo una vía que frente al socio incumplidor es indiferente, pues en todo caso ha de quedar fuera del vínculo social a causa de su incumplimiento, pero que favorece el interés de los consocios protegidos por esa facultad de renuncia. En este caso, entonces, y siempre que medie justo motivo, parece admisible sustituir la renuncia causal por la exclusión del socio*

(22) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1422.

(23) «Así pues, cuando los socios hubieren actuado separadamente y cada uno de ellos negocie para sí, se disuelve sin duda la relación de sociedad». El Digesto de Justiniano. Versión castellana por Álvaro D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESSECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972.

(24) Vid., *op. cit.*, págs. 607 y 680.

incumplidor. Además, si se compara el sistema del Código de Comercio con el del Código Civil, se observa que propiamente lo que ocurre es precisamente lo indicado: en el Código de Comercio la exclusión del artículo 218 cumple función análoga a la renuncia causal del artículo 1.707 del Código Civil».

Sin embargo, PAZ-ARES (25), con fundamento en la analogía, entiende aplicable el supuesto de hecho de la exclusión regulado en el artículo 1.706 del Código Civil a otros casos de incumplimiento del socio, pronunciándose al respecto como sigue: «...La importancia de la norma es por ello de primer orden, puesto que permite su aplicación analógica a los demás supuestos de incumplimiento culpable por parte de los socios de sus deberes fundamentales. La no extensión analógica abriría una insoportable contradicción valorativa dentro del sistema. En efecto, no hay razón para permitir que se excluya a un socio cuando infringe el deber de denunciar la sociedad de buena fe (que, al fin y al cabo, es una hipótesis de menor trascendencia) y para no permitir lo propio cuando se infringe el deber de aportar o el deber de competencia, etc. La contradicción sería escandalosa. Esta interpretación se coordina perfectamente con lo dispuesto por el artículo 1.707, puesto que exclusión y denuncia extraordinaria son instituciones que pueden convivir perfectamente. La exclusión se configura en el Código Civil como un derecho colectivo: la facultad corresponde conjuntamente al resto de los socios que han de operar de común acuerdo. La denuncia extraordinaria es un derecho individual que compete a cada socio. Por tanto, ante un incumplimiento de las obligaciones sociales, cada socio puede optar entre instar la disolución de la sociedad o solicitar a los demás la exclusión. Este planteamiento es, además, el más consonante con la personificación de la sociedad (que supone la opción legislativa por un tipo de mayor estabilidad)».

Desde nuestro punto de vista, por el principio de mantenimiento y conservación del contrato, así porque, igualmente consideramos que no tendría sentido permitir la exclusión de un socio de una sociedad civil por infringir el deber de denunciar de buena fe y no por el incumplimiento de una obligación contractual de mayor importancia, como puede ser el deber de no concurrencia, también creemos que la sanción ante dicha infracción puede ser la exclusión del socio. Es cierto que en el Derecho Romano y por relación a la referencia antes citada, la *actio pro socio* tenía un carácter eminentemente liquidatorio de la sociedad, sin duda, por la concepción de la antigua *societas*, basada fuertemente en el componente subjetivo de los socios, aunque también es cierto que en algunas ocasiones se recurrió a la dicha *actio pro socio* sin que el resultado de la misma fuera la liquidación (26), por lo que en nuestra sociedad civil actual —al igual que hemos comentado anteriormente— entendemos que el referido carácter *intuitus personae*, no puede suponer tampoco un límite para la extensión del derecho de exclusión para supuestos diferentes a los recogidos en el artículo 1.706 del Código Civil, o sea, la renuncia realizada de mala fe.

Como conclusión, el hecho de haberse arbitrado un verdadero procedimiento de exclusión de los socios infractores de los deberes de no competen-

(25) Vid., *op. cit. com.*, pág. 1511.

(26) Pablo FUENTESECA, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 282, dice que: «...El socio condenado sufre la declaración de infame. La opinión más generalizada entre los autores afirma que la *actio pro socio*, hasta la época clásica, tuvo una finalidad liquidadora y, por tanto, no podía ser entablada mientras los socios quisieran permanecer en la sociedad. En todo caso, las posibles aplicaciones de la *actio pro socio*, subsistiendo la sociedad (manente societate) debieron constituir casos excepcionales...».

cia, debiera haber supuesto la exclusión de los mismos al haberse calificado correctamente la sociedad como una sociedad mercantil, lo que hubiera conllevado, la amortización de las correspondientes cuotas sociales y por tanto la invalidez transmisiva de una posterior enajenación de las mismas.

RESUMEN

TRANSMISIÓN DE CUOTAS SOCIALES

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2007, se abordan temas tan interesantes para el Derecho de Sociedades como los de la calificación civil o mercantil de una empresa destinada principalmente a la prestación de servicios de transporte y la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en las sociedades de personas, y por poder haber tenido incidencia en el fallo de la misma, por nuestra parte, analizamos en el presente trabajo no sólo lo anterior sino también la infracción del deber de no concurrencia por los socios de una sociedad personalista y la exclusión de los infractores.

ABSTRACT

TRANSFER OF INTERESTS IN PARTNERSHIPS

The Supreme Court's ruling of 19 December 2007 addresses such topics of interest in corporate law as the civil or commercial classification of an enterprise intended primarily for the rendering of transport services and the validity of clauses on the free transferability of interests in partnerships. This paper analyses not only the above but also the violation of the duty of non-competition by the partners in a partnership and the ejection of partners who violate that duty, as the sentence may have been influenced by this additional facet.

3. URBANISMO

*LA INSCRIPCIÓN SEPARADA DEL SUELO Y DEL SUBSUELO
Y LA NUEVA REGULACIÓN DE LA LEY 8/2007, DE SUELO ESTATAL,
Y SU TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR EL REAL DECRETO-LEY
2/2008: COMENTARIO A LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN RELACIÓN
CON EL ARTÍCULO 17 DE LAS CITADAS LEYES*

por

GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

Abogado

I. INTRODUCCIÓN

La extensión vertical del dominio ha sido objeto de una evolución histórica en el Derecho que, partiendo de la glosa *usque ad celum ad sidera, usque ad centrum, ad inferos, ad profundum*, se ha visto redefinida primero por la legislación de minas, de aguas o de navegación aérea y, posteriormente, por la desmaterialización y la delimitación de la propiedad urbana resultante de la legislación urbanística. Esta nueva definición de la extensión vertical del dominio implica que lo dispuesto en el artículo 350 del Código Civil cuando señala que: «*el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre Minas y Aguas y a los Reglamentos de Policía*» supone una formulación limitada o, mejor dicho, delimitada, en contra de la inicial proposición del Código Napoleónico.

Por otro lado, la propia definición del dominio público artificial, vinculada a la afectación al uso público del bien sobre el que recae este régimen jurídico, permite la disgregación de los inmuebles en aquellas partes vinculadas a la utilidad pública y aquellas otras que podrían quedar desafectadas de ésta, aunque no existiera una alteración de la titularidad pública, pero que recaería en régimen de dominio patrimonial.

Finalmente, las nuevas posibilidades técnicas de construcción, unidas a la proliferación de infraestructuras y superestructuras subterráneas, así como a la necesidad de la creación de espacios públicos sobre rasante, sin perjuicio de la creación de aparcamientos y otras dotaciones privadas en el subsuelo, propias de la expansión y reforma urbanas, han propiciado el desarrollo de la denominada propiedad por planos o superposición de propiedades, sean estas públicas en parte o solamente privadas. Hasta ahora se han venido aprovechando la técnica de los conjuntos o complejos inmobiliarios y las denominadas titularidades *ob rem* para determinar los derechos reales en los distintos planos de propiedad.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril de 2002, estableció con claridad la doctrina en virtud de la cual es admisible la inscripción separada incluso de una finca de dominio público y otra patrimonial como parte del suelo o subsuelo de la misma proyec-

ción superficial, siempre que queden adecuadamente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre el suelo y el vuelo público con un volumen edificable en el subsuelo de carácter patrimonial.

Esta Resolución tenía su precedente en otra de 16 de diciembre de 1994, que imponía la división horizontal cuando alguno de los elementos patrimoniales de una finca de la Administración Pública se transmite a terceros manteniendo otros elementos el carácter de dominio público.

El vigente artículo 17 de la Ley 8/2007, de Suelo Estatal, y de su Texto Refundido, dedicado a la *Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas*, viene a establecer una definición urbanística de finca y de parcela que tiene trascendencia hipotecaria, no porque modifique el concepto de finca registral, que es independiente y se rige por el principio de especialidad y la Ley Hipotecaria, sino porque reconoce explícitamente la posibilidad de la creación de parcelas, no sólo de fincas, en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo de una denominada *unidad de suelo*.

Surge así el concepto de *unidades de suelo* como espacios susceptibles de albergar una parcela urbanística sobre la que se materializará la ordenación establecida por el planeamiento urbanístico, ya sea lucrativa, dotacional, pública o privada. Esta parcela, aunque la redacción legal es confusa, como se verá, puede incluir sólo uno de los estratos verticales o varios, como hasta ahora, en que no se establecía otra parcela que la definida a nivel de la rasante, a pesar de que pudiera quedar dividida en fincas susceptibles de construcción sucesiva y que podían requerir licencias separadas.

La nueva Ley pretende dar respuesta a las nuevas necesidades jurídicas que la realidad objetiva impone: así, la creación de aparcamientos subterráneos privados o públicos sobre suelo privado, la creación de plazas públicas en coexistencia con aparcamientos subterráneos patrimoniales de titularidad privada, el enterramiento o soterramiento de infraestructuras públicas de comunicación o suministros bajo edificaciones o aprovechamientos urbanísticos susceptibles de apropiación privada, etc.

La cuestión que motiva el presente comentario es el análisis concreto de esta nueva regulación legal en atención a la doctrina de la Dirección General, que había avanzado soluciones para responder a esas nuevas necesidades. El primer interrogante a efectos hipotecarios es: ¿se ha alterado el régimen jurídico del suelo de manera que no sea precisa la acción de un conjunto inmobiliario para la inscripción separada del suelo, el vuelo y el subsuelo, aun cuando en algún caso pertenezcan al dominio público y en otros sean patrimoniales?

Y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley, ¿cómo interpretarse la coexistencia de parcelas en un mismo conjunto inmobiliario?

A continuación, intentaremos examinar detalladamente la nueva regulación en relación con las instituciones hipotecarias con el fin de tratar de conocer su alcance sobre la doctrina de la Dirección General.

II. LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA EN LA LEY 8/2007, DE SUELO

El artículo 17.1 de la Ley 8/2007, de Suelo, determina:

«Artículo 17. Formación fincas y parcelas en relación entre ellas.

1. Constituye:

- a) *Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en indiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.*
- b) *Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o del subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».*

De ambas definiciones se desprende, con carácter inmediato, lo siguiente:

- 1.º La finca urbanística no coincide necesariamente con la finca registral, según los términos de su propia definición, en cuanto se asume que sólo puede coincidir con ella *cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad.*
- 2.º La finca urbanística puede ser una unidad de suelo o de edificación, mientras que la parcela sólo se considera una unidad de suelo.
- 3.º El concepto de finca urbanística va referido a la titularidad del dominio de la unidad del suelo o de edificación y es independiente de su localización en la rasante en el vuelo o en el subsuelo.
- 4.º El concepto de parcela, por su parte, va referido a la edificabilidad o al uso atribuidos, con independencia de quién sea titular de la unidad de suelo correspondiente. A su vez, sólo puede localizarse en el suelo (rasante) o en el subsuelo.

La principal cuestión que suscita la definición legal es la identificación del concepto de unidad de suelo y qué criterios se exigen para su constitución.

De primeras, el hecho de que la redacción literal del artículo 17.1 se refiera a unidades suelo en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo, sin aclarar que puede estar evidentemente configurada de tal manera que se sitúe en varios o todos los distintos planos verticales a la vez, es objeto de una crítica razonable. Y ello porque, ateniéndose a una interpretación puramente gramatical, la utilización de la conjunción alternativa *o*, excluyendo la conjunción copulativa, provocaría la exclusión del concepto de finca o parcela tradicional que incluye tanto la superficie sobre rasante como el subsuelo inmediato ella y el vuelo que sobre la misma recae, en aplicación del principio de *accesión superficies solo cedit*.

No obstante, esta contradicción con la realidad de los hechos se resuelve atendiendo a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 17 de los que resulta evidente que no se ha alterado el concepto de parcela ni de finca, refiriéndolo exclusivamente a los distintos planos verticales. Y ello por cuanto se admite la constitución de fincas *superpuestas* en régimen de propiedad horizontal o de complejos inmobiliarios autorizando a la Administración para considerar su superficie total como una sola parcela, lo que conduce a resolver la inadecuada redacción del apartado 1: son posibles las parcelas (y consecuentemente las fincas urbanísticas) que integren unidos al suelo el vuelo y el subsuelo.

En cualquier caso, conviene advertir, desde un principio, la necesidad de conectar los nuevos conceptos urbanísticos con el Ordenamiento general y las

instituciones del Derecho que configuran nuestro sistema jurídico-real, de manera que ni se incurra en una interpretación panurbanista de la propiedad urbana, ni se considere alterado el sistema de protección registral por el hecho de que una defectuosa redacción legal pueda, hoy o en el futuro, conducir a la visión de campanario de que sólo serían objetos de los derechos inscritos aquellas partes de un inmueble que coincidieran con la definición de finca o parcela urbanística. Ya fue en su momento objeto de crítica el artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, cuando parecía vincular el acceso a la propiedad de lo edificado al hecho de que se hubiera adquirido la facultad urbanística de edificación y se hubiera cumplido adecuadamente (1). Evidentemente, la legislación urbanística no puede superponerse ni alterar el régimen de adquisición de los derechos reales, propio de la legislación civil, que, con independencia de la legalidad, o no, de lo edificado y de la indiscutible capacidad administrativa o judicial para restaurar el orden jurídico perturbado, no puede quedar sometido, sin más, a una autorización constitutiva del derecho.

De alguna manera, aun partiendo de la concepción unitaria del Derecho en la que todas sus ramas y especialidades convergen en un solo sistema jurídico de normas y principios e interpretaciones, lo cierto es que hay que aceptar el marco en el que cada legislación se desenvuelve y la limitación de sus efectos a aquello respecto de lo que es materialmente competente.

En segundo lugar, la configuración urbanística del derecho de la propiedad urbana, a través de la regulación legal, permite considerar como parcela aquello que hasta entonces se admitía como posible finca registral, pero no como parcela diferente, quedando reservado este concepto a una porción o superficie de suelo en la corteza terrestre. En eso sí que se produce una importante alteración, que podría tener trascendencia registral, en cuanto se aplique sobre este nuevo concepto de parcela el principio de especialidad o determinación que consagran, entre otros, los artículos 8 de 243 de la Ley Hipotecaria.

A continuación, repasaremos brevemente el concepto de finca registral para compararlo con los de parcela y finca urbanísticas, actualmente definidos en la legislación de suelo vigente, finalizando con un examen de si esta nueva regulación podría afectar a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado o viene a confirmarla, partiendo de la Resolución de 5 de abril de 2002 y también a la luz de la más reciente Resolución de 27 de febrero de 2007.

(1) Como señalaban LASO MARTÍNEZ y LASO BAEZA en su obra *El aprovechamiento urbanístico*, Ed. Marcial Pons, pág. 265: «Desde una perspectiva urbanística y dado el carácter constituyente de la licencia, la llamada patrimonialización o ingreso definitivo en la titularidad de su propietario con la extensión objetiva alcanzada, viene del cumplimiento del proceso urbanístico. Sin embargo, esta visión es claramente reduccionista y olvida que en este punto confluyen, como ya se ha dicho más atrás, otros pronunciamientos del ordenamiento jurídico, por lo que su consideración aislada resulta insuficiente.

En el nacimiento del derecho a la edificación confluye la extensión civil objetiva del dominio y, en particular, uno de los modos de adquisición, como es la accesión, ... el dominio sobre lo edificado vendrá generado por la extensión natural del dominio del suelo sobre el que se construya, en méritos a la accesión; sin embargo, cuando lo edificado no es conforme con la licencia o con la ordenación, y a salvo de lo que resulta de su legalización eventual ... deberá ser demolido...».

III. LA FINCA REGISTRAL COMO ENTIDAD HIPOTECARIA Y SUS DIFERENCIAS CON LA FINCA URBANÍSTICA DEFINIDA POR LA LEY 8/2007, DE SUELO

La finca registral es en sí una entidad hipotecaria que provoca la apertura de folio separado en el Registro de la Propiedad y queda definida de acuerdo con los criterios impuestos por el principio de especialidad que recogen los artículos 8, 9 y 243 de la Ley Hipotecaria.

Siguiendo a Roca Sastre en su obra *Derecho Hipotecario*, tomo II, Registro de la Propiedad, 5.^a edición, Editorial Bosch, página 62 y siguientes, el concepto de finca registral admite dos grupos de fincas: las normales o comunes y las anormales o especiales. Considera Roca Sastre: *la finca normal como trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común*; mientras que serían fincas especiales *aquellas cosas, objetos o conjunto de elementos que, no reuniendo las circunstancias antes indicadas, reciben la consideración o trato hipotecario de las fincas normales, a los efectos de la apertura de la correspondiente hoja registral*.

Por su parte, Antonio Manzano Solano en su obra *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. II, *Procedimiento Registral Ordinario*, editada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, pág. 414, define la *finca en sentido registral como todo inmueble o derecho real inmobiliario, de naturaleza rústica o urbana, susceptible de concreción económica y jurídica, que abre hoja o folio en el Registro de la Propiedad, sobre la que pueden decaer derechos objeto de publicidad tabular*.

Es evidente que la finca registral es una entidad hipotecaria: algo que, correspondiendo, o no, con un objeto material, sirve de soporte para la inscripción de derechos que pueden ser perfectamente inmateriales. A la postre, sin embargo, sí se corresponde con un sustrato material inmueble cuya identificación parte, desde su origen, de la previa determinación de la superficie de suelo sobre la que se proyecta.

Es verdad que la irrupción del urbanismo en la propiedad inmobiliaria ha provocado la aparición de nuevos objetos de derecho, como, por ejemplo, el aprovechamiento urbanístico, que pueden llegar a ser cosas patrimonializables de carácter inmaterial, en este último caso se ha asimilado por la doctrina (Laso Martínez en su obra *Derecho Urbanístico*, Tomo III, editorial Montecorvo, pág. 259 y sigs.) a *una columna de aire sobre la parte proporcional de la superficie de tierra perteneciente al propietario del suelo*.

El artículo 307 del TRLS de 1992 reconoció la posible inscripción de los actos de disposición y gravamen de ese aprovechamiento urbanístico inmaterial y el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, ha desarrollado los procedimientos y requisitos exigidos para la inscripción, entre otros, de los actos de gravamen y disposición sobre él.

Por su parte, en la medida en que el suelo, el subsuelo, el vuelo, estén sometidos a un régimen jurídico distinto, patrimonial en un caso y público en otro, o a diferentes titularidades, parece razonable que se reconozca una diferente identidad jurídica, que justifica la constitución de una finca separada. Así sucederá incluso cuando las denominadas *unidades de suelo o de edificación* se distingan unas de las otras en cuanto, por ejemplo, aun bajo la misma titularidad pública, resulten en unos casos afectadas al dominio público y en otros bajo el régimen patrimonial. De esta manera, aunque el titular sea el

mismo, parece que debe admitirse, como hasta ahora, la apertura de folio registral independiente y, utilizando la nueva terminología, que se trata de unidades de suelo o de edificación diferentes.

A su vez, parece que sin la existencia de una división horizontal o constitución de un complejo inmobiliario, no debería admitirse la apertura de distintos folios registrales para una sola finca de suelo, en cuanto unidad de suelo que se identifica por sus linderos en superficie y hoy, incluso, por las coordenadas (x, y) referidas a un sistema de localización soportado vía satélite. Así lo ha defendido en esta misma revista y estos mismos *Comentarios*, Eugenio PACELLI LANZAS MARTÍN, en el número 701, página 1405, cuando, analizando la Resolución de la DGRN, de 27 de febrero de 2007, sostenía:

«La constatación registral del subsuelo debe hacerse, como regla general, en el folio de la finca de la que forma parte. Frente a esa regla, y como ya hemos apuntado, los avances de la técnica, de la arquitectura y de la ingeniería modernas, junto con las cada vez más complejas necesidades derivadas del desarrollo urbanístico y del tráfico jurídico y económico, reclaman nuevas soluciones jurídicas que desemboken en el pleno reconocimiento de la posibilidad de atribuir al suelo, vuelo y subsuelo, regímenes jurídicos y titularidades distintas, cuando ello sea preciso. Esta circunstancia conllevará la innegable necesidad de que cada uno de esos regímenes o titularidades pueda quedar protegido separadamente por los pronunciamientos del Registro, incluso mediante la apertura de una pluralidad de folios registrales. Pero no nos parece que para subvenir a esta necesidad haya que violentar o quebrantar los principios básicos de nuestro Derecho Registral.

Admitir que se pueda segregar de una finca registral preexistente, no una superficie de terreno, sino una parte de su subsuelo o, más concretamente, un determinado volumen subterráneo para crear una nueva finca registral independiente, supone una perturbación de los principios rectores de nuestro sistema hipotecario, ya que implica admitir que un mismo terreno pueda constar en el Registro en dos folios diferentes: uno para el suelo-vuelo y otro para el subsuelo, a través de la técnica de la segregación. Y no puede deducirse de ello que el Derecho Hipotecario sea insensible ante la evolución del concepto de finca, pues el propio ordenamiento proporciona los cauces para su constatación tabular, a través de una estructura piramidal de folios separados pero interdependientes como es la característica de la propiedad horizontal o la de los conjuntos inmobiliarios, o bien a través de la constitución de un derecho real de superficie o análogo a él, en cuyo caso su inscripción habría de realizarse en el folio abierto a la finca en su conjunto. Pero no creemos que pueda quedar al arbitrio de los agentes del tráfico jurídico la creación de nuevas entidades hipotecarias o fincas registrales especiales, pues es una tarea que corresponde de manera exclusiva a la ley, como excepción de una norma legal de carácter general. No basta para justificar esa creación el sistema del numerus apertus limitado, vigente en materia de derechos reales, ya que éste autoriza, dentro de un orden, a constituir un derecho real “atípico”, pero no a alterar la forma en que tales derechos han de ingresar en el Registro».

Que la finca registral tiene que partir, según se defendía ya en el artículo citado, de su definición en el plano de la superficie terrestre como elemento constitutivo esencial al que quedarán referidos cuantos derechos y elementos sean susceptibles de titularidad privativa o separada, es consecuencia de una realidad ontológica: no existe verdadera independencia entre los distintos planos verticales del subsuelo, el suelo y el vuelo en la corteza y superficie terres-

tre. La ficción no puede eliminar la finca en superficie como elemento esencial de la configuración de los asientos del Registro.

Como expresaba Javier GARCÍA-BELLIDO en su artículo *La ordenación urbanística del subsuelo*, Ciudad y Territorio, XXVIII (109) 1996, página 423, la identificación de distintos *modos o cuerpos espaciales estatutarios de los derechos de propiedad privada de los bienes inmuebles* viene dada por referencia a su posición relativa con respecto al plano base horizontal. Es decir, que la definición de los objetos de derecho en los distintos planos verticales del suelo, vuelo y subsuelo está vinculada, solidaria e indefectiblemente por referencia al plano base horizontal, que es el que corta al nivel del suelo la extensión vertical de la propiedad y a partir del cual ésta se proyecta perpendicularmente hacia arriba y hacia abajo.

Por ello, más adelante, en la página 429 del mencionado artículo, el propio GARCÍA-BELLIDO identifica ese plano base horizontal con el que llama nivel registral, cuando dice:

«Así se puede cerrar la concepción del dominio, público y privado, como una estructura simétrica tanto en el plano horizontal del nivel registral del suelo (alineaciones exteriores diferenciadoras del dominio público privado que definen planos perpendiculares al suelo en los límites de la finca, la función más antigua de las ordenanzas urbanísticas), como en los dos planos horizontales y paralelos al suelo, correspondientes al plano aéreo, del suprasuelo, de la altura máxima de la edificación autorizable, y al plano subterráneo del subsuelo, de la máxima profundidad de la edificación autorizable, delimitando el “cubo de la propiedad”».

Esta dependencia material de la finca definida en su plano de superficie, que se advierte en las otras posibles susceptibles de ser objeto de derechos separados en otro plano vertical, también es conforme con la naturaleza física de los distintos estratos, que son interdependientes y, se quiera o no, quedan vinculados por un régimen recíproco de limitaciones o servidumbres y deslindados por un elemento estructural. Dicha estructura, según la definición que dan la doctrina y la jurisprudencia relativas al artículo 396 del Código Civil y el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, será elemento común en la práctica totalidad de los casos. Como mínimo, existiría una interdependencia en los elementos estructurales de los inmuebles que exigirá su consideración como elemento común, servidumbre recíproca o una figura similar.

Es cierto que la Resolución de la Dirección General, de 14 de mayo de 1984 (Ar. 1984/2588), declaró que era posible inscribir un derecho a construir en el subsuelo de una finca un garaje integrado en la colindante, que se expandiría así sobre la otra y sin que se constituyera un conjunto inmobiliario ni se definiera cuota alguna, entendiendo que no había copropiedad por no existir conexión física (2), pero en aquella ocasión se admitió la inscripción del derecho como servidumbre en la propia finca gravada con la misma. Es decir, que la inscripción se verificó con pleno respeto a la vinculación que todo derecho sobre el vuelo o subsuelo debe tener a la finca en el llamado por

(2) El primer Considerando de la Resolución advertía la falta de conexión, al afirmar: «...teniendo en cuenta que el suelo, cuya parte subterránea se invade, no es edificable en altura, según impone la concesión de la correspondiente licencia administrativa y que además no tendrá conexión física alguna con el edificio a construir en el resto de la parcela invadida».

GARCÍA-BELLIDO *plano base horizontal* y sin abrir siquiera en aquel caso un folio registral diferente.

Al contrario, la Resolución de la Dirección General, de 5 de abril de 2002 (Ar. 8121/2002), estableció en su Fundamento Segundo que la apertura de un folio autónomo para la inscripción separada del dominio sobre el subsuelo de una finca «*no implica desconexión total con la finca de procedencia, ya que en el folio abierto a ésta se hará constar la configuración independiente del subsuelo desafectado, en forma, hasta cierto punto análoga, a la inscripción del dominio útil*». Y más adelante, reconocía que existía un punto de conexión que justificaba la constitución del conjunto inmobiliario, en cuanto el forjado del garaje era un elemento común como reconocían los Estatutos (y como establece el art. 396 del Código Civil).

Menos clara es la posición de la Resolución de la Dirección General, de 27 de febrero de 2007 (Ar. 6139/2007), que fue objeto del Comentario de LANZAS, antes citado, y que pudiera entenderse que abriría la puerta a la inscripción separada, desconectada y absolutamente independiente de fincas constituidas por el suelo, el subsuelo y el vuelo, sin acudir a la figura del conjunto o complejo inmobiliario. La Resolución declara en su Fundamento Segundo: «*No existen obstáculos estructurales en nuestro ordenamiento jurídico para la configuración de un régimen distinto al suelo (que abarcaría, lógicamente, también el vuelo) y el subsuelo ... No siempre y necesariamente debe acudirse a una segregación de los terrenos subyacentes, sino que puede bastar una nueva delimitación del distinto régimen jurídico aplicable a cada volumen*».

En este punto, nos remitimos a lo dicho en aquel artículo, así como a la paradoja irresoluble que presenta la evidencia de no poder inscribir el vuelo o el subsuelo sin la previa inscripción del suelo y, con él, todo el *cubo de la propiedad* al que se refería GARCÍA-BELLIDO. Cabría añadir que no se entiende desde la lógica interna de esa Resolución que se asuma que el suelo abarca *lógicamente* el vuelo y no que abarque por la misma razón el subsuelo. Tan *lógico* es lo uno como lo otro, sobre todo desde que la finca urbanística puede ser una unidad de edificación en el vuelo.

En definitiva, no parece que la división de la propiedad por planos pueda realizarse sin resolver los problemas de coexistencia entre los distintos volúmenes que se reconozcan como finca registral, lo que conduce a un régimen estatutario más o menos definido. Tampoco parece que se pueda abrir por primera vez folio a un volumen subterráneo sin la previa inscripción de la finca total definida por su *plano base horizontal*, es decir, la delimitación de la superficie en la corteza terrestre que ha servido como base del sistema hipotecario hasta ahora y no parece que deba ser sustituida por el momento.

Al respecto, es fundamental recordar que el artículo 35 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (Real Decreto-Legislativo 1/2004, de 5 de marzo) aclara que la cartografía catastral, básica para la identificación de fincas, *se obtiene a partir de la cartografía básica realizada ... mediante procesos directos de medición y observación de la superficie terrestre*». A partir de esta cartografía básica, se definen los diferentes bienes inmuebles que enumera el artículo 6 del Texto Refundido y en los que sólo pueden enmarcarse los vuelos o subsuelos como parte de una parcela definida por la cartografía o de un conjunto inmobiliario o propiedad horizontal. En ese sentido, cuando la legislación catastral utiliza el término *parcela*, se refiere sólo a la porción de suelo en superficie delimitada poligonalmente, como resulta del artículo 34.2.b) del citado Texto Refundido. Siendo hoy básica para la identificación inmobiliaria

en el Registro la coordinación con el Catastro, que aporta precisamente la información planimétrica básica sobre la que se debe basar en la actualidad el principio de especialidad, la esencialidad de la finca en superficie como punto de partida de las que, en su caso, aparezcan en los distintos planos verticales, es incuestionable. De hecho, alteraciones en la definición de esa finca derivadas de rectificación de los errores en su delimitación afectarán solidariamente a las esclavas que en su proyección vertical surgen, en realidad, de ella.

IV. EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS ACTOS Y CONTRATOS RELATIVOS A LOS NUEVOS CONCEPTOS DE FINCA Y PARCELA URBANÍSTICOS

Si, como sostenemos en este comentario, la extensión vertical del dominio queda vinculada ontológicamente a la definición de una superficie delimitada de la corteza terrestre al nivel de la rasante, que constituye el polígono sobre el que se proyectan el vuelo y el subsuelo (y no a la inversa), la inscripción en el Registro de los actos y contratos con trascendencia jurídico-real sobre las fincas o parcelas urbanísticas que define la Ley 8/2007, de Suelo, y hoy su Texto Refundido, será posible sólo si se configuran las fincas que se superponen verticalmente en el mismo espacio de terreno a través de un complejo o conjunto inmobiliario. Sólo éste dará respuesta a las inevitables relaciones jurídicas e interdependencias derivadas de la división de lo que, de manera natural y por su definición legal en el Código Civil (arts. 350 y 353), forma el objeto propio del dominio.

Con ello, seguirá siendo posible inscribir en folio separado tanto la propiedad como otros derechos reales sobre los sucesivos objetos de derecho, que podrán ser considerados finca o parcela urbanística, pero continuarán siendo fincas registrales especiales, creadas al amparo de la legislación de Propiedad Horizontal y relacionadas unas con otras por el régimen jurídico estatutario que establezca las limitaciones y delimitaciones correspondientes.

En ese sentido, suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física en cualquier caso y no sólo en los que se constituyen como conjunto inmobiliario, como podría deducirse del Fundamento Segundo de la Resolución de 27 de febrero de 2007, antes aludida. Ello es así porque pretender segregar el subsuelo, sin más, supone contravenir la naturaleza de las cosas, so capa de admitir algo que no requiere tal operación: que suelo, vuelo y subsuelo pueden ser objetos de derecho diferentes susceptibles de dar lugar a la apertura de un folio registral separado.

En realidad, cuando se habla de subsuelo o vuelo, se hace por referencia a su delimitación en el planeamiento como instrumento definidor de la propiedad urbana, el cual establece el aprovechamiento en términos de uso o edificabilidad de esos volúmenes ideales que Laso comparara en la obra antes citada *a columnas de aire*, y siempre con la limitación de la proyección del dominio público por debajo de lo que la doctrina y jurisprudencia han definido como la extensión del interés del propietario en superficie (3). Ello demuestra que

(3) La teoría finalista de la propiedad que vincula su alcance al subsuelo hasta donde sea de utilidad o interés al propietario de la superficie parte de IHERING, como señalaba José María MANRESA Y NAVARRO en sus *Comentarios al Código Civil Español*,

la inscripción del subsuelo no es muy diferente de la que se permite para el aprovechamiento urbanístico y que, como él, es fruto de su delimitación en el Plan, exigiéndose el acto administrativo que la defina separadamente (en este caso, la licencia de segregación o el proyecto de reparcelación correspondiente que contemple la identidad del volumen en el subsuelo susceptible de individualización). Como en el caso del aprovechamiento urbanístico inscribible, el folio abierto al dominio o derecho sobre el subsuelo requerirá una relación directa con la finca de la que se deriva y a la que estará conectado, como conectado está en la realidad material el sustrato físico sobre el que recae con el de la finca en superficie.

V. CONCLUSIONES

La actual definición legal de finca y parcela en la vigente legislación estatal del suelo no altera el régimen jurídico hipotecario de la denominada extensión vertical del dominio.

En realidad, el principio de especialidad impone la identificación de la porción de corteza terrestre sobre la que se asientan los derechos y las sucesivas fincas registrales objeto de inscripción, lo que conduce a mantener la técnica del conjunto o complejo inmobiliario como la única adecuada para la inscripción de las distintas fincas registrales que se sucedan en los planos verticales del dominio, según su definición en los títulos y en el planeamiento urbanístico.

Cualquier otra alternativa sería contraria a la naturaleza de las cosas y no recogería o la separación de las fincas o su inevitable interdependencia en estos casos.

RESUMEN

INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD POR PLANOS

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha aceptado la inscripción separada del suelo y el

ABSTRACT

REGISTRATION OF LAYERED PRO- PERTY

The Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has accepted the registration of land and subsoil

1920, Ed. Reus, Tomo III, pág. 163, y se recogió en algunos textos legales como el Código Civil alemán que en su artículo 905 proclamaba ya *«el derecho del propietario de un predio se extenderá a todo lo que exista sobre la superficie y al subsuelo; no podrá oponerse, sin embargo, a aquello que se haga a tal altura o a tal profundidad que él no tenga interés alguno en impedirlo»*.

Lo mismo defendía Jerónimo GONZÁLEZ en el número 1 de esta misma *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en su artículo: *«Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical»*, pág. 32, diciendo: *«El derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad máxima en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de máxima energía; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario y la reacción jurídica contra las perturbaciones de su derecho»*.

Finalmente, la jurisprudencia ha asumido abiertamente esa doctrina en sentencias como la del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de abril de 1984.

subsuelo, incluso cuando pertenecieran a un régimen jurídico público en un caso y privado en el otro, siempre dentro del marco de la relación estatutaria propia de los complejos o conjuntos inmobiliarios. Otras alternativas se contemplan, no obstante, como hipótesis en la Resolución de 27 de febrero de 2007. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo estatal, redefinió los conceptos de finca y parcela y determina cuándo se puede constituir un complejo inmobiliario partiendo de la superposición de propiedades públicas y privadas. En nuestra opinión, el nuevo régimen jurídico es conforme con la doctrina de la Dirección General, en cuanto ésta exige interdependencia de los folios registrales destinados a publicar los derechos sobre el suelo y el subsuelo; otra interpretación impediría el acceso al Registro de la Propiedad de los derechos constituidos.

separately, even when one falls under a public legal framework and the other, a private legal framework, provided that they are combined in the characteristic relationship established by the by-laws of real-estate complexes or developments. Other alternatives are envisaged, however, as hypotheses in the Decision of 27 February 2007. Act 8/2007 of 28 May on state land redefined the concepts of «a property» and «a lot» and determined when a real-estate complex can be created in a situation where public and private ownership are superimposed. In our opinion the new legal framework agrees with the doctrine of the Directorate-General, inasmuch as the latter demands interdependence of the registration folios where the rights in the land and subsoil are to be published; any other interpretation would hamper access to registration of the rights created in this process.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2008. 30-7-2008. Autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13-12-2007.

— Real Decreto-ley 4/2008. 19-9-2008. Sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1306/2008. 18-7-2008. Modifica el Real Decreto 405/1992, de 24-4-1992, por el que se regula el Estatuto de los ex Presidentes del Gobierno.

— Real Decreto 1370/2008. 1-8-2008. Desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1433/2008. 29-8-2008. Modifica el Real Decreto 164/2002, de 8-2-2002, por el que se aprueba el Estatuto de la entidad pública empresarial Red.es.

— Real Decreto 1507/2008. 12-9-2008. Aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

— Orden 2424/2008. 14-8-2008. Da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 14-8-2008, sobre medidas de reforma estructural y de impulso de la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Resolución 30-6-2008. DGRN. Modifica la Resolución 1-8-2003, por la que se aprueba el cuadro de sustituciones de Registradores.

— Resolución 2-7-2008. Aprueba la Carta de Servicios de la Subdirección General del Notariado y de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

— Resolución 30-7-2008. DGRN. Resuelve el concurso ordinario número 274 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes, convocado por Resolución 18-6-2008, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución 2-9-2008. DGRN. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución 18-7-2008 y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1317/2008. 24-7-2008. Aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras.

— Real Decreto 1318/2008. 24-7-2008. Modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1998.

— Orden 2150/2008. 15-7-2008. Modifica la Orden 2-6-1994, por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 17-7-2008. Modifica el Anexo I de la Orden 777/2005, de 21-3-2005, por la que se regula el procedimiento de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales para las entidades estatales de derecho público a las que sea de aplicación la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado, y la Resolución 28-12-2000, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a aquellos organismos públicos cuyo presupuesto de gastos tiene carácter estimativo.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 16-7-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución 19-8-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Corrección de errores y erratas. Circular 3/2008. 22-5-2008. Entidades de crédito. Determinación y control de los recursos propios mínimos.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 1469/2008. 5-9-2008. Modifica el Real Decreto 221/2008, de 15-2-2008, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas.

— Resolución 31-7-2008. Determina las actividades preventivas a realizar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social durante el año 2008, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden 3623/2006, de 28-11-2006, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

— Resolución 27-8-2008. Dicta instrucciones para la aplicación de la Orden 2947/2007, de 8-10-2007, por la que se establece el suministro a las empresas de botiquines con material de primeros auxilios en caso de accidente de trabajo, como parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Real Decreto 1123/2008. 4-7-2008. Pasaportes diplomáticos.

— Acuerdo de cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos en materia de medio ambiente, hecho en Madrid el 20-11-2000.

— Convenio entre el Reino de España y el Reino de Arabia Saudí para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de IRPF e IP, hecho en Madrid el 19-6-2007.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 2180/2008. 22-7-2008. Establece una cláusula de actualización automática de precios de los transportes públicos de viajeros por carretera.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 1430/2008. 29-8-2008. Modifica la Disposición Final única del Real Decreto 64/2008, de 25-1-2008, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30-5-1997.

— Orden 2058/2008. 14-7-2008. Modifica la Orden 7-2-1997, por la que se regula la Tarjeta de Extranjero en lo concerniente al número de Identidad de Extranjero.

— Orden 2373/2008. 31-7-2008. Modifican el Anexo VII del Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30-5-1997, y la Orden 4-12-2000, por la que se desarrolla el Capítulo III del Título II del citado Reglamento.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1080/2008. 30-6-2008. Ampliación de funciones de la Administración del Estado traspasadas a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de asociaciones: Declaración de utilidad pública de las asociaciones y aplicación de los beneficios fiscales.

— Real Decreto 1082/2008. 30-6-2008. Ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado traspasados a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional Marítimo-Terrestre de las Islas Atlánticas de Galicia).

— Real Decreto 1125/2008. 4-7-2008. Desarrolla la estructura orgánica básica del M.J. y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14-4-2008, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

— Resolución 11-9-2008. Establece el procedimiento para la liquidación y el pago por vía telemática de la tasa con código 062 «Tasa por expedición de permisos de trabajo y autorización a ciudadanos extranjeros».

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Orden 2656/2008. 10-9-2008. Aprueba la instrucción de planificación hidrológica.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1431/2008. 29-8-2008. Modifica determinadas disposiciones reglamentarias en materia de propiedad industrial.

TRIBUNAL SUPREMO

— Sentencia de 5-2-2008. Sala Tercera. Declara nulo el número 6 del artículo 3 del Real Decreto 894/2005, de 22-7-2005, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios.

— Sentencia de 19-2-2008. Sala Tercera. Anula el apartado 2 del artículo 10, «estos descuentos no serán acumulables a otros que puedan establecerse sobre las tarifas»; el apartado 3 del artículo 11, «los descuentos a los que se refiere este artículo no serán acumulables a otros que puedan establecerse sobre las tarifas»; el inciso del número 2 del artículo 7 «destinadas a alumnos matriculados en centros sostenidos con fondos públicos»; del Real Decreto 1621/2005, de 30-12-2005, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18-11-2003, de protección a las familias numerosas.

— Sentencia de 21-5-2008. Sala Tercera. Fija la siguiente doctrina legal: «No puede entenderse que un vial, por el mero hecho de no estar incluido en el correspondiente Inventario de Bienes Municipales, no es de titularidad municipal».

— Sentencia de 3-6-2008. Sala Tercera. Fija la siguiente doctrina legal: «Conforme al artículo 81 del Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en su redacción dada por la Ley 19/2001, en el procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial se produce la caducidad si no hubiera recaído resolución sancionadora transcurrido un año desde la iniciación del procedimiento».

— Sentencia de 7-7-2008. Sala Tercera. Declara la nulidad del último párrafo del artículo 166 del Real Decreto 45/2007, de 19-1-2007, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto 2-6-1944.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 402/2008. 8-7-2008. Regulación de mercados de productos agrarios en zonas de producción y su registro.

— Decreto 409/2008. 15-7-2008. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

— Orden 20-6-2008. Modifica la Orden 10-3-2006, de desarrollo y tramitación de las actuaciones en materia de vivienda y suelo del Plan Andaluz de Vivienda y Suelo, 2003-2007.

— Resolución 22-9-2008. Nombra Registradoras y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como resultado del Concurso número 274, convocado por Resolución 18-6-2008, de la DGRN.

— Resolución 22-9-2008. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, como resultado del concurso especial previsto en la Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

ARAGÓN

— Ley 4/2008. 17-6-2008. Medidas a favor de las Víctimas del Terrorismo.

ASTURIAS

— Ley 3/2008. 13-6-2008. Medidas Presupuestarias y Tributarias urgentes.

BALEARES

— Ley 8/2008. 5-6-2008. Modificación de la Ley 23/2006, de 20-12-2006, de capitalidad de Palma de Mallorca.

— Corrección de errores. Decreto 68/2008. 6-6-2008. Regula las ayudas para favorecer el acceso a la vivienda en el marco del Plan estratégico de vivienda, 2008-2011.

CANARIAS

— Ley 3/2008. 31-7-2008. Devolución parcial de la cuota del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre combustibles derivados del petróleo y de establecimiento de una deducción autonómica en el IRPF por la variación del euribor.

— Decreto 136/2008. 17-6-2008. Modifica el Decreto 318/2007, de 31-7-2007, por el que se declaran fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2008, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 138/2008. 17-6-2008. Determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2009, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

— Decreto 167/2008. 22-7-2008. Aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda.

— Decreto 185/2008. 29-7-2008. Modifica el Decreto 27/2006, de 7-3-2006, por el que se regulan las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias.

— Orden 23-7-2008. Crea el Registro de Empresas Acreditadas de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 16-9-2008. Nombra Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

— Resolución 16-6-2008. Aprueba los modelos de actas de la Inspección de Tributos de la Administración Tributaria Canaria.

— Resolución 2-7-2008. Hace público el Acuerdo de la Comisión General de Valoración Documental de 30-1-2008, relativo a la aprobación de las tablas de valoración documental de series específicas de gestión tributaria.

CANTABRIA

— Ley 1/2008. 2-7-2008. Reguladora de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria.

— Ley 2/2008. 11-7-2008. Crea el Instituto de Finanzas de Cantabria.

— Decreto Legislativo 62/2008. 19-6-2008. Aprueba el TR de la Ley de Medidas Fiscales en materia de Tributos cedidos por el Estado.

— Decreto 65/2008. 3-7-2008. Crea el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

— Decreto 84/2008. 28-8-2008. Modifica el Decreto 55/2006, de 18-5-2006, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha.

— Ley 5/2008, de 12 de junio, de modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

— Decreto 104/2008. 22-7-2008. Protección de datos de carácter personal en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

— Corrección de errores. Decreto 109/2008. 29-7-2008. Medidas para la aplicación del Pacto por la vivienda.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 4/2008. 15-9-2008. Medidas sobre Urbanismo y Suelo.

— Decreto 55/2008. 24-7-2008. Regula la promoción, adquisición y arrendamiento protegido de la vivienda de precio limitado para familias en Castilla y León.

— Decreto 69/2008. 11-9-2008. Establece el calendario de fiestas laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2009.

— Orden 1158/2008. 20-6-2008. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 1661/2008. 16-9-2008. Nombra Notarios para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 1662/2008. 16-9-2008. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para su destino en la Comunidad de Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 7/2008. 5-6-2008. Modificación de la Ley 16/2007, de 21-12-2007, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2008.

— Ley 8/2008. 10-7-2008. Financiación de las infraestructuras de gestión de los residuos y de los cánones sobre la disposición del desperdicio de los residuos.

— Ley 9/2008. 10-7-2008. Modificación de la Ley 6/1993, de 15-7-1993, reguladora de los residuos.

— Ley 10/2008. 10-7-2008. Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

— Ley 11/2008, de 31 de julio, de modificación de la Ley 7/1993, de 30 de septiembre, de carreteras.

— Ley 12/2008, de 31 de julio, de seguridad industrial.

— Real Decreto 1385/2008. 1-8-2008. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de comunicaciones electrónicas.

— Real Decreto 1387/2008. 1-8-2008. Ampliación de funciones y servicios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el Real Decreto 1404/2007, de 29-10-2007, en materia de ordenación y gestión del litoral.

— Decreto Legislativo 3/2008. 25-6-2008. Aprueba el TR de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña.

— Decreto 120/2008. 17-6-2008. Modificación del Decreto 243/2004, de 30-3-2004, sobre determinados aspectos de la contratación laboral en la Generalidad de Cataluña.

— Decreto 138/2008. 8-7-2008. Indemnizaciones por razón del servicio.

— Decreto 152/2008. 29-7-2008. Regula la vivienda concertada y la vivienda de alquiler con opción a compra, y se adoptan otras medidas en materia de vivienda.

— Decreto 164/2008. 26-8-2008. Regulan la composición y el funcionamiento de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros de Cataluña.

— Decreto 165/2008. 26-8-2008. Modifica el Decreto 216/2004, de 2-3-2004, por el que se regula la utilización de medios telemáticos en la gestión tributaria y en el pago de los ingresos de carácter público a percibir por la hacienda de la Generalidad de Cataluña.

— Decreto 171/2008. 26-8-2008. Modifica el Decreto 54/2008, de 11-3-2008, por el que se establece un régimen de coberturas de cobro de las rentas arrendaticias de los contratos de alquiler de viviendas y se establece su entrada en vigor.

— Orden 314/2008. 23-6-2008. Publicación de la relación completa y actualizada de oficinas de registro propias y concertadas, el sistema de acceso y sus horarios de funcionamiento.

— Resolución 2177/2008. 27-6-2008. Aprueba el cuadro de sustituciones de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles demarcados en Cataluña (ver texto íntegro en la sección de Normas de este Boletín).

— Resolución 286/VIII del Parlamento de Cataluña, por la que se convalida el Decreto-ley de medidas urgentes en materia fiscal y financiera (tram. 203-00002/2008).

— Corrección de errores. Ley 4/2008. 24-4-2008. Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

— Corrección de errores. Decreto 106/2008. 6-5-2008. Medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica.

EXTREMADURA

- Reglamento de la Asamblea de Extremadura.
- Ley 1/2008. 22-5-2008. Creación de Entidades Públicas de la Junta de Extremadura.
- Ley 2/2008. 16-6-2008. Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 6/2008. 25-1-2008. Medidas tendentes a mejorar el funcionamiento del Registro de Demandantes del Plan Especial de Vivienda y a simplificar los trámites del procedimiento de sorteo.
- Decreto 17/2008. 22-2-2008. Regula la Base de Datos de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 95/2008. 23-5-2008. Se intensifican las ayudas de apoyo al emprendimiento.
- Decreto 125/2008. 20-6-2008. Fija el calendario de días festivos de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2009.
- Decreto 157/2008. 25-7-2008. Regula el conjunto de incentivos destinados a favorecer la contratación de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo y se modifica el Decreto 138/2005, de 7-6-2005.
- Orden 8-1-2008. Da publicidad al tipo de interés máximo a aplicar, durante el primer semestre del 2008, a los préstamos acogidos a determinadas líneas de financiación de las Pequeñas y Medianas Empresas y empresas de la economía social.
- Orden 23-1-2008. Nombra Notarios para servir plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Orden 22-2-2008. Aprueba los modelos de Actas de Inspección de Tributos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Orden 18-7-2008. Desarrolla el Plan de Vivienda y Suelo de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aprobado mediante Decreto 33/2006, de 21-2-2006.

GALICIA

- Ley 6/2008. 19-6-2008. Medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, por la que se modifica la Ley 9/2002, de 30-12-2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural.
- Corrección de errores. Ley 6/2008. 19-6-2008. Medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, por la que se modifica la Ley 9/2002, de 30-12-2002, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.
- Ley 7/2008. 7-7-2008. Protección del paisaje de Galicia.
- Ley 8/2008. 10-7-2008. Salud de Galicia.

- Ley 9/2008. 28-7-2008. Medidas tributarias en relación con el IS y D.
- Decreto 127/2008. 5-6-2008. Desarrolla el régimen jurídico de los humedales protegidos y se crea el Inventario de humedales de Galicia.
- Decreto 133/2008. 12-6-2008. Regula la evaluación de incidencia ambiental.
- Decreto 149/2008. 26-6-2008. Regula el procedimiento de autorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la valorización energética de la biomasa forestal primaria en la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Decreto 153/2008. 24-4-2008. Crea el Registro de coordinadores y coordinadoras en materia de seguridad y salud en las obras de construcción.
- Decreto 167/2008. 3-7-2008. Declara medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración de la Xunta de Galicia las cuatro sociedades anónimas de Xestión Urbanística de Galicia y se aprueba la modificación de sus estatutos.
- Decreto 168/2008. 24-7-2008. Regulan las agrupaciones de las secretarías de juzgados de paz.
- Decreto 200/2008. 31-7-2008. Deroga el Decreto 111/2006, de 30-6-2006, sobre subvenciones para la rehabilitación y adaptación de edificios de viviendas de protección oficial de promoción pública.
- Orden 17-6-2008. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.
- Orden 27-8-2008. Aprueban los modelos D650, 650 y 651 del IS y D.
- Orden 28-8-2008. Incorporan nuevos procedimientos al Registro Telemático de la Xunta de Galicia, regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.
- Orden 12-9-2008. Convoca las subvenciones a propietarios de viviendas vacías que se podrán otorgar en el ejercicio 2008 al amparo del Decreto 48/2006, de 23-2-2006, modificado por el Decreto 115/2008, de 29-5-2008, por el que se modifica el Decreto 18/2006, de 26-1-2006, por el que se establecen las ayudas públicas en materia de vivienda a cargo de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula la gestión de las previstas en el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, para el periodo 2005-2008, y el Decreto 48/2006, de 23-2-2006, por el que se regula el Programa de vivienda en alquiler.
- Corrección de errores. Decreto 115/2008. 29-5-2008. Modifica el Decreto 18/2006, de 26-1-2006, por el que se establecen las ayudas públicas en materia de vivienda a cargo de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula la gestión de las previstas en el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, para el periodo 2005-2008, y el Decreto 48/2006, de 23-2-2006, por el que se regula el programa de vivienda en alquiler.

— Corrección de errores. Orden 8-5-2008. Desarrolla el Decreto 164/2005, de 16-6-2005, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro, propias o concertadas, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.

LA RIOJA

— Corrección de errores. Decreto 43/2008. 27-6-2008. Aprueba el Plan de Vivienda de La Rioja.

MADRID

— Ley 1/2008. 26-6-2008. Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 3/2008. 3-7-2008. Modificación de la Ley 7/2007, de 4-4-2007, para la igualdad entre mujeres y hombres y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

— Orden 8-7-2008. Ampliación del Anexo I de la Orden 14-6-2006, por la que se crea un Registro Telemático Auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos.

— Resolución de 30-5-2008. Aprueba la instrucción técnica urbanística para la aplicación de la Ley 8/2007, de 28-5-2008, de Suelo.

NAVARRA

— Ley Foral 11/2008. 2-7-2008. Modifica el artículo 24 de la Ley Foral 1/2008, de 24-1-2008, de Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2008.

— Ley Foral 12/2008. 2-7-2008. Cuentas Generales de Navarra de 2006.

— Ley Foral 13/2008. 2-7-2008. Modificación de la Ley Foral 9/1999, de 6-4-1999, para una Carta de Derechos Sociales.

— Ley Foral 14/2008. 2-7-2008. Garantías de Espera en Atención Especializada.

— Ley Foral 15/2008. 2-7-2008. Ley Foral del Consejo Social de la Universidad Pública de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 4/2008. 2-6-2008. Aprueba el TR de la Ley Foral del IRPF.

— Corrección de errores. Decreto Foral Legislativo 4/2008. 2-6-2008. Aprueba el TR de la Ley Foral del IRPF.

— Decreto Foral 59/2008. 9-6-2008. Modifica el Reglamento del IVA, aprobado por Decreto Foral 86/1993, de 8-3-1993.

— Decreto Foral 60/2008. 9-6-2008. Deroga el Decreto Foral 125/2003, de 19-5-2003, por el que se regulan las medidas de apoyo al sector comercial.

— Decreto Foral 69/2008. 17-6-2008. Aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Ámbito General.

— Decreto Foral 70/2008. 23-6-2008. Registro General Electrónico de la Administración de la Comunidad Foral.

— Decreto Foral 77/2008. 23-6-2008. Modifica el Decreto Foral 189/2004, de 3-5-2004, por el que se regula el símbolo oficial del Gobierno de Navarra y su utilización.

— Decreto Foral 79/2008. 30-6-2008. Modifica el Decreto Foral 129/2002, de 17-6-2002, por el que se regulan los plazos máximos de duración de diversos procedimientos tributarios y los efectos producidos por el silencio administrativo.

— Decreto Foral 81/2008. 30-6-2008. Deroga parcialmente el Reglamento de Ayudas Estatales de la Comunidad Foral de Navarra al sector agrario, aprobado por Decreto Foral 280/2002, de 30-12-2002.

— Orden Foral 182/2008. 10-9-2008. Aprueba el modelo S-91, de Declaración-liquidación de pagos fraccionados, del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes.

— Resolución 468/2008. 3-6-2008. Establece el calendario oficial de fiestas laborales para el año 2009 con carácter retribuido y no recuperable en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra.

PAÍS VASCO

— Ley 4/2008. 19-6-2008. Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo.

— Ley 5/2008. 19-6-2008. Crea y regula la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo.

— Ley 6/2008. 25-6-2008. Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi.

— Ley 7/2008. 25-6-2008. Segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial.

— Ley 8/2008. 25-6-2008. Modifica la Ley contra la Exclusión Social y la Ley de Carta de Derechos Sociales.

— Decreto 124/2008. 1-7-2008. Regulador de los puntos de encuentro familiar por derivación judicial en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

— Decreto 131/2008. 8-7-2008. Regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social.

— Decreto 142/2008. 22-7-2008. Se crea el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción/Eraikuntzako empresa Bermatuen Erregistroa (REASC/EEBE) y regula su funcionamiento.

— Decreto 145/2008. 29-7-2008. Aprueba el Reglamento del Registro General de Asociaciones del País Vasco.

— Decreto 146/2008. 29-7-2008. Aprueba el Reglamento sobre las Asociaciones de Utilidad Pública y su Protectorado.

— Decreto 152/2008. 29-7-2008. Regula el proceso de normalización lingüística de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

— Orden 8-9-2008. Actualización de ingresos anuales ponderados exigibles para acceso a VPO.

VALENCIA

— Ley 8/2008. 20-6-2008. Derechos de Salud de Niños y Adolescentes.

— Ley 9/2008. 3-7-2008. Modificación de la Ley 98/1998, de 9-12-1998, de Fundaciones de la Comunitat Valenciana.

— Ley 11/2008. 3-7-2008. Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

— Ley 12/2008. 3-7-2008. Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana.

— Decreto-ley 1/2008. 27-6-2008. Medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo.

— Decreto 93/2008. 4-7-2008. Desarrolla la Ley de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ARAGÓN

Los días 3 y 4 de julio, organizadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, tuvieron lugar las JORNADAS: *UN DERECHO DE LA COMPETENCIA PARA EL SIGLO XXI*, con arreglo al siguiente programa:

Día 3:

Apertura e intervención de don Marcelino IGLESIAS RICO, Presidente del Gobierno de Aragón.

Ponencias:

- «La nueva estructura institucional en la aplicación de la legislación española protectora de la libre competencia», por don Luis BERENGUER FUSTER, Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia.
- «Regla de *minimis* y unidad de mercado», por el Profesor Doctor Eduardo GALÁN CORONA, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, Abogado.

Mesa redonda: *Descentralización en la aplicación del Derecho Antitrust y mecanismos de coordinación*. Moderador: don Jesús SOLCHAGA LOITEGUI, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón; don Carlos PASCUAL PONS, Director de Investigación, Comisión Nacional de la Competencia; don Luis FRANCO I SALA, Presidente del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, y doña Marta GARCÍA DE LA CALZADA, Secretaria General del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid.

Día 4:

Ponencias:

- «La colaboración de las autoridades *antitrust* con los Tribunales ordinarios en la aplicación de la Legislación protectora de la libre competencia», por don Alberto ARRIBAS HERNÁNDEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a, especializada en materia mercantil), y don Rafael GARCÍA MONTÉYS, Secretario del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.
- «La política de clemencia», por doña María Luisa TIERNO CENTELLA, Jefa adjunta de unidad. Dirección de Cáteles. Dirección General de Competencia. Comisión Europea.
- «La sanción de las prácticas restrictivas de la libre competencia: objetivos e instrumentos», por doña Pilar SÁNCHEZ NÚÑEZ, Consejera, Comisión Nacional de la Competencia.
- «Perspectivas de futuro del Derecho de la Competencia en la Unión Europea», por don Carles ESTEVA MOSSO, Director en funciones de Política de Competencia, Dirección General de Competencia, Comisión Europea.

Mesa redonda: *Nuevas facultades de las autoridades antitrust en España*. Modera: doña M.^a Dolores GADEA RIVAS, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón; Profesor Doctor Ignacio QUINTANA CARLO, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza; doña Isabel SÁNCHEZ GARCÍA, Directora de Promoción, Comisión Nacional de la Competencia; don Javier BERASATEGUI TORICÉS, Presidente del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, y don José Antonio VARELA GONZÁLEZ, Presidente del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia.

Mesa Redonda: *Globalización económica y competencia en un mercado mundializado*. Modera: don Javier OROZ ELFAU, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón; Profesor Doctor Eduardo BANDRÉS MOLINÉ, Catedrático de Economía Aplicada, Universidad de Zaragoza; Profesor Doctor Germá BEL, Catedrático de Política Económica, Universidad de Barcelona, y Profesor Doctor Vicente SALAS FUMAS, Catedrático de Organización de Empresas, Universidad de Zaragoza.

Clausura a cargo de don Alberto LARRAZ VILETA, Consejero de Economía, Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón.

MADRID

El día 13 de octubre de 2008 tuvo lugar la primera Sesión del FORO DE URBANISMO, CONSTRUCCIÓN E INMOBILIARIO, en la que se debatió en Mesa Redonda sobre la *Reforma del Mercado Hipotecario*.

Dirección:

Rafael DOMÍNGUEZ OLIVERA, Abogado del Estado, Jefe del Ministerio de Fomento.

Don Javier GÓMEZ GÁLIGO, Registrador de la Propiedad, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Carlos GUTIÉRREZ, Coordinador del Área de Asuntos Jurídicos del Grupo Prasa.

Luis JIMÉNEZ-DÍAZ, Socio de Gómez-Acebo & Pombo.

Francisco REDONDO, Abogado de Ventura-Garcés & López-Ibor.

Presentación y Objetivos:

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha reformado el mercado hipotecario español para hacerlo más seguro, pero también más flexible. El problema de las hipotecas *sub prime* en Estados Unidos no se ha planteado en España por

ser un mercado hipotecario más controlado. La nueva Ley, no obstante, introduce nuevos productos financieros que permiten desarrollar el mercado hipotecario y por tanto el inmobiliario. La hipoteca global o flotante, que permite asegurar diversas obligaciones bajo una sola hipoteca; y la hipoteca recargable, que permite refinanciación del deudor como novación modificativa y sin pérdida de prioridad, son dos de los productos más innovadores que regula la Ley.

También se regula la ampliación del plazo como novación modificativa, que la Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de Medidas de Impulso a la Productividad, ha declarado además exenta del impuesto de AJD durante dos años, para facilitar la renegociación y consiguiente ampliación del plazo de las hipotecas por los deudores en esta época de crisis inmobiliaria e hipotecaria en la que nos encontramos.

Facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de las cláusulas financieras, resolver los problemas que planteaba la Ley 2/1994, de Subrogación de Préstamos Hipotecarios, y dotar de regulación a la prenda sin desplazamiento de posesión sobre créditos futuros (entre los que se encuentran los depósitos bancarios entre otros muchos) y su inscripción en el Registro de Bienes Muebles son otras de las novedades importantes de la Ley 41/2007 que se analizarán en esta sesión.

El Foro va dirigido a aquellos profesionales que por el trabajo que desarrollan tienen interés en la materia a tratar, pueden acreditar experiencia y conocimiento práctico de la misma y están interesados en participar activamente en el debate que sobre cada materia plantea el correspondiente título de la sesión.

Ponentes en la sesión:

Gregorio MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española.

Jesús RODRIGO FERNÁNDEZ, Director de Servicios Jurídicos de Caja de Madrid.

Rafael SANZ COMPANY, Responsable de Servicios Jurídicos de Negocio Hipotecario y Contratación Singular.

Moderador:

Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad. Letrado en la Dirección General de los Registros y del Notariado.

PERÚ

Los días 22 a 25 de septiembre de 2008 tuvo lugar en Lima el XXI ENCUENTRO DEL COMITÉ LATINOAMERICANO DE CONSULTA

REGISTRAL, organizado por la Superintendencia de los Registros Públicos del Perú (SUNARP) en colaboración con la Secretaría permanente del Comité Latinoamericano con sede en Buenos Aires (Argentina).

Temas:

I. Principio de inscripción:

Prioridad y oponibilidad de los derechos inscritos. Efectos de oponibilidad de lo inscrito. Mecanismos de aseguramiento de la prioridad del derecho antes del ingreso del título al Registro. Hipoteca, nuevas modalidades y futuro de la misma. Modificación y/o cambio de destino del inmueble hipotecado. Problemática. Negocio de rango. Otras formas de garantía.

II. Registro de la Propiedad:

Modernización en su organización, medios con los que presta el servicio. Profesionalidad y capacitación de los Registradores y su conducción. Independencia funcional y económica en la gestión. Costos del servicio registral de cada país.

III. Folio Real:

Estado de su implementación en los diferentes países del área y modalidades adoptadas. Contenidos relativos al suelo. Relación Registro/Catastro. Modalidades adoptadas en cada país.

IV. Otros registros:

Registro Mercantil: Técnica adoptada para el Registro en los diferentes países del área. Aplicación de medios electrónicos para el Registro y prestación del servicio. Carácter público del servicio.

Registro de la Propiedad Automotor: Dependencia funcional y naturaleza. Plazos del servicio. Acceso a la información registral. Costos del Registro. Control de la circulación en relación con el Registro. Protección del titular registral y la tenencia.

Registros de Aguas, Aeronaves y Naves: Organización técnica de estos Registros. Materia registrable. Contenido de cada Registro. Nacionalidad y matrícula. Publicidad jurídica que efectúan.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 242 (Junio 2008)

«El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial», por Juan Antonio CHINCHILLA PEINADO, pág. 13.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LAS PREVISIONES LEGALES Y SU PLASMACIÓN EN LAS ORDENANZAS MUNICIPALES: A) EL DERECHO ESTATAL. B) LA REGULACIÓN EN ARAGÓN. C) LA REGULACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA. D) LA REGULACIÓN EN CATALUÑA. E) LA REGULACIÓN EN EXTREMADURA. F) LA REGULACIÓN EN MADRID. G) LA REGULACIÓN EN NAVARRA. H) LA REGULACIÓN EN EL PAÍS VASCO. I) LA INCORPORACIÓN POR ORDENANZAS BAJO LA PREVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE RÉGIMEN LEGAL.—II. LA ACTUACIÓN COMUNICADA COMO FIGURA DIFERENTE Y ALTERNATIVA A LA LICENCIA URBANÍSTICA: A) LA COMUNICACIÓN PRESENTADA POR EL INTERESADO ES LA QUE AUTORIZA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS. B) ALGUNAS IMPRECISIONES CONCEPTUALES DE LA REGULACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL.—III. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LA COMUNICACIÓN PREVIA DE OBRA RESUELTOS POR LA JURISPRUDENCIA: A) PRECISIONES PREVIAS. B) DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA ACTUACIÓN COMUNICADA. C) EL CARÁCTER REGLADO DE LA COMUNICACIÓN PREVIA. EL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN PREVIA Y LA INDICACIÓN DE SEGUIR LA TRAMITACIÓN ORDINARIA. D) INEXISTENCIA DE SILENCIO POSITIVO RESPECTO DE LA OBTENCIÓN DE LICENCIA DE OBRAS MAYORES POR LA PRESENTACIÓN DE LA ACTUACIÓN COMUNICADA. E) LEGALIZACIÓN DE OBRAS MAYORES Y ACTUACIÓN COMUNICADA.—IV. VALORACIÓN FINAL.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

«Construcción de estaciones de suministro de carburantes en grandes establecimientos comerciales», por Jorge AGUDO GONZÁLEZ.

SUMARIO: 1. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 3 Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.^a DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, EN TORNO A LA INSTALACIÓN DE ESTACIONES DE SUMINISTRO DE CARBURANTES.—2. EN CONCRETO, SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS ESTACIONES DE SUMINISTRO EN GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES QUE DISPUSIERAN DE LICENCIA MUNICIPAL DE APERTURA A LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000: 2.1. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS

A LA VISTA DEL TENOR LITERAL DE LA DISPOSICIÓN, ASÍ COMO DE ALGUNOS PRECEDENTES. 2.2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL: EXPOSICIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS CONTRADICTORIOS.—3. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES ACERCA DE LA INSTALACIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO EN NUEVOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.

«La responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Canarias derivada de la denominada “moratoria turística”: a propósito de la STSJ de Canarias 78/2008, de 7 de marzo», por Francisco E. ÚBEDA TARAJANO.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. GÉNESIS DE LA DENOMINADA «MORATORIA TURÍSTICA» EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS: 2.1. EL DECRETO 4/2001, DE 12 DE ENERO: PUNTO DE ARRANQUE DEL PROCESO DE FORMULACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN GENERAL. 2.2. EL DECRETO 126/2001, DE 28 DE MAYO: PARADIGMA DE CÓMO LA ADMINISTRACIÓN BURLA LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. 2.3. EL DECRETO 127/2001, DE 5 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULAN LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN. 2.4. LA LEY 6/2001, DE 23 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL TURISMO DE CANARIAS. 2.5. EL DECRETO 176/2001, DE 6 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE ACUERDA EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN GENERAL Y DEL TURISMO DE CANARIAS EN DESARROLLO DE LA LEY 6/2001. 2.6. LA LEY 19/2003, DE 14 DE ABRIL, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN GENERAL Y LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DEL TURISMO DE CANARIAS.—3. EL CASO ANALIZADO EN LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TSJ DE CANARIAS 78/2008, DE 7 DE MARZO: ANÁLISIS CRÍTICO: 3.1. LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO DURANTE LA VIGENCIA DE UN DECRETO DECLARADO NULO DE PLENO DERECHO. 3.2. LA NATURALEZA DE LOS PERJUICIOS IRROGADOS: 3.2.1. *La existencia de dos modalidades de responsabilidad patrimonial.* 3.2.2. *La responsabilidad derivada de la anulación de una disposición administrativa general determinante de la demora en el otorgamiento de la licencia de obras.* 3.2.3. *La responsabilidad patrimonial derivada de la aprobación de las Leyes 6/2001, de 23 de julio, y 19/2003, de 14 de abril.*

«Apuntes de “jurisprudencia registral” (VIII)», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 147.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y SUS MODIFICACIONES: 1.1. LA CANCELACIÓN DE LA NOTA DE AFECCIÓN NO CADUCADA EXIGE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO O RESOLUCIÓN JUDICIAL. 1.2. TRASLADO DE CARGAS EN LA REPARCELACIÓN: A LAS FINCAS ADJUDICADAS EN PAGO DE LAS APORTADAS, NO A LAS QUE COINCIDAN GEOGRÁFICAMENTE CON ESTAS ÚLTIMAS. 1.3. FINCA DE RESULTADO PRIVATIVA, SIENDO GANANCIAL LA APORTADA: ERROR DE CONCEPTO Y NO MATERIAL CUYA RECTIFICACIÓN EXIGE CONSENTIMIENTO DEL FAVORECIDO, RESOLUCIÓN JUDICIAL O EXPEDIENTE TRAMITADO CON SU AUDIENCIA. 1.4. ADJUDICACIÓN DEL SUBSUELO DE TERRENOS DOTACIONALES A DETERMINADAS FINCAS PRIVATIVAS PARA USO DE APARCAMIENTO: DESBORDA CLARAMENTE LO QUE ES UN MERO ERROR MATERIAL O UNA PREVISIÓN COMPLEMENTARIA.—2. INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y SUS MODIFICACIONES: 2.1. LA DESCRIPCIÓN DE UNA OBRA NUEVA EN LOS

TÍTULOS DE TRANSMISIÓN OTORGADOS DESDE 1966 ES PRUEBA DE SU EXISTENCIA, AUNQUE DICHA OBRA NO CONSTE EN LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL. 2.2. CERTIFICACIÓN DE ANTIGÜEDAD DE LA OBRA NUEVA POR TÉCNICO QUE NO INTERVINO EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO: BASTA EL VISADO DEL COLEGIO PROFESIONAL SI, SEGÚN SUS ESTATUTOS, ACREDITA EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA PROFESIONAL. 2.3. NO SE PRECISA ACREDITACIÓN DE LA FECHA DE TERMINACIÓN DE LA OBRA SI LA CERTIFICACIÓN CATASTRAL PERMITE DEDUCIRLA O SI EXISTE CERTIFICACIÓN DE TÉCNICO COMPETENTE SOBRE LA FINALIZACIÓN DE LA OBRA DE ACUERDO CON LA LICENCIA OTORGADA.—3. INSCRIPCIONES DERIVADAS DE CONVENIOS PERFECCIONADOS POR LA ADMINISTRACIÓN: 3.1. DERECHO DE SUPERFICIE OTORGADO SIN PUBLICIDAD: EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN A LA OSTENSIBLE INFRACCIÓN DE TRÁMITES ESENCIALES, NO A LA ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 3.2. INSCRIPCIÓN DE CONVENIOS URBANÍSTICOS: EXIGENCIA DE LOS REQUISITOS FORMALES Y SUSTANTIVOS IMPUESTOS POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. 3.3. CONSTITUCIÓN DE DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO PÚBLICO DE SUELO: INAPLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN GENERAL DE LOS BIENES PATRIMONIALES Y APLICACIÓN PRIORITARIA DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. 3.4. VENTA DEL SUBSUELO DE TERRENOS DE DOMINIO PÚBLICO: SE PRECISA SEGREGACIÓN PREVIA O CONSTITUCIÓN DE COMPLEJO INMOBILIARIO PARA ARTICULAR LAS RELACIONES ENTRE SUELO Y SUBSUELO. 3.5. NO ES INSCRIBIBLE LA OBLIGACIÓN DE CEDER FINCAS PATRIMONIALES DERIVADA DE UN CONVENIO URBANÍSTICO. 3.6. PERMUTA DE FINCAS DE UN PARTICULAR POR EDIFICABILIDAD FUTURA: INAPLICABILIDAD A LOS AYUNTAMIENTOS DEL PLAZO MÁXIMO DE CUATRO AÑOS, PREVISTO EN LA LEY DE PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—4. ANOTACIONES PREVENTIVAS EN PROCEDIMIENTOS DE DISCIPLINA URBANÍSTICA O EN PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS: 4.1. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA LA APROBACIÓN DE UNA REPARCELACIÓN: SE PRECISA MANDAMIENTO JUDICIAL. 4.2. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA EN PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS: NECESIDAD DE AUDIENCIA DE LOS TITULARES REGISTRALES DE DOMINIO Y CARGAS Y CONSTANCIA DE SI SE EXIGIÓ O NO CAUCIÓN Y, EN SU CASO, HABERSE PRESTADO. 4.3. ASIENTO RELATIVO AL DEBER DE CESIÓN DE FINCAS DOTACIONALES: ES LA NOTA MARGINAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 5 DEL REAL DECRETO 1093/1997, NO UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA DE OBLIGACIONES INCUMPLIDAS. 4.4. IMPUGNACIÓN DE PROYECTOS DE EQUIDISTRIBUCIÓN: NO CABE INSCRIBIR ACTAS DE MANIFESTACIÓN DE HECHOS MIENTRAS SE CONSIGUE EL MANDAMIENTO JUDICIAL DE ANOTACIÓN PREVENTIVA.—5. INSCRIPCIÓN DE TRANSMISIONES DERIVADAS DE TANTEOS Y RETRACTOS CUYO TITULAR ES UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 5.1. IMPOSIBILIDAD DE EJERCITAR EL RETRACTO EN VÍA ADMINISTRATIVA Y POR EL PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA.

«El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil», por Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, pág. 177.

SUMARIO: 1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE TELEFONÍA MÓVIL ENTRE EL ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS, Y ENTIDADES LOCALES: A) DOCTRINA GENERAL. B) INTENTO DE DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES URBANÍSTICAS Y MEDIOAMBIENTALES CON INCIDENCIA EN LA COMUNICACIÓN POR ONDAS (PLANES URBANÍSTICOS *VERSUS* ORDENANZAS MUNICIPALES): a) *Sentencias que parten de la distinción entre las competencias municipales urbanísticas y medioambientales que inciden en*

el ámbito de la telefonía móvil; b) Sentencias que no parten de una distinción entre las competencias urbanísticas y medioambientales municipales que inciden en el ámbito de la telefonía móvil.—2. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA QUE ANALIZA LA LEGALIDAD EN CONCRETO DE LAS DETERMINACIONES MÁS FRECUENTES QUE SE INCLUYEN EN LAS NORMAS MUNICIPALES EN MATERIA DE TELEFONÍA MÓVIL: A) EXIGENCIA DE UN PLAN TÉCNICO PREVIO PARA LA AUTORIZACIÓN DE ANTENAS DE TELEFONÍA MÓVIL. B) INCLUSIÓN DE LA EXIGENCIA DE QUE LAS INFRAESTRUCTURAS DE RADIOCOMUNICACIONES UTILICEN LA MEJOR TECNOLOGÍA. C) IMPOSICIÓN DE USO COMPARTIDO DE INSTALACIONES. D) INCLUSIÓN DE NORMAS QUE IMPONEN NIVELES MÁXIMOS DE EMISIÓN RADIO-ELÉCTRICA O QUE FIJAN DISTANCIAS MÍNIMAS DE SITUACIÓN DE LAS ESTACIONES BASE DE TELEFONÍA MÓVIL. E) DISPOSICIÓN DE ANTENAS COMO «ACTIVIDAD CLASIFICADA»: a) *Decisiones judiciales que entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada;* b) *Decisiones judiciales que no entienden justificada la exigencia de licencia de actividad clasificada.*—3. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 3 (2008)

«La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», por Encarna Roca Trias, pág. 651.

SUMARI: I. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ.—II. L'ESTRUCTURA DEL REGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS I LES CAUSES DE LA SEVA EXTINCIÓ.—III. LA LIQUIDACIÓ DEL RÈGIM DE SEPARACIÓ? LES RAONS D'UNA APARENT CONTRADICCIO: A) EL CONCEPTE DE LIQUIDACIÓ APLICAT AL RÈGIM DE SEPARACIÓ. B) LES CAUSES DE L'EXTINCIÓ DEL RÈGIM DE SEPARACIÓ I ELS SEUS EFECTES.—IV. LES OPERACIONS DE LIQUIDACIÓ COMUNS A QUALSEVOL CAUSA D'EXTINCIÓ DEL REGIM DE SEPARACIÓ: A) ELS CRÈDITS I DEUTES ENTRE ELS CÒNJUGES. B) LA COMPENSACIÓ PER TREBALL EN EL REGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS.—V. LA DIVISIÓ DELS BÉNS COMUNS: A) ELS PRESSUPÒSITS PER A L'EXERCICI DE L'ACCIÓ. B) QUE ELS BÉNS PERTANYIN DE FORMA INDIVISA A AMBDO'S CÒNJUGES. C) REQUISITS PROCESSALS. D) EFECTES DE LA DIVISIÓ DELS BÉNS COMUNS.—VI. CONCLUSIONS.

«El dret d'ús en el Codi Civil de Catalunya», por Joan Marsal Guillamet, pág. 677.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ: 1.1. ELS DRETS REALS DE GAUDI. 1.2. EL CARÀCTER POLISÈMIC DE L'ÚS. 1.3. DE LA LLEI 13/2000, DE 20 DE NOVENBRE, DE REGULACIÓ DELS DRETS D'USDEFRUIT, ÚS I HABITACIÓ A LA LLEI 5/2006, DE 10 DE MAIG, DEL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: 1.3.1. *Les principals reformes.* 1.3.2. *El Dret transitori.*—2. EL CONCEPTE DE DRET D'ÚS: 2.1. ELS DRETS D'ÚS.—3. EL RÈGIM DEL DRET: 3.1. ELS TÍTOLS CONSTITUTIUS. 3.2. ELS SUBJECTES: 3.2.1. *Titulars i beneficiaris.* 3.2.2. *La pluralitat de titulars.* 3.2.3. *Els titulars successius.* 3.3. LA DURADA DEL DRET. 3.4. LA TRANSMISSIÓ DEL DRET: 3.4.1. *De la intransmissibilitat a la transmissibilitat consentida.* 3.4.2. *Té el*

propietari un dret d'adquisició preferent en les transmissions del dret d'ús?
 3.4.3. *La renunciabilitat del rang registral.* 3.5. EL CONTINGUT OBLIGACIONAL DEL DRET.—4. EXTINCIÓ DEL DRET D'ÚS: 4.1. LES CAUSES D'EXTINCIÓ ESPECÍFIQUES DEL DRET D'ÚS: 4.1.1. *L'exercici del dret greument contrari a la naturalesa del bé.* 4.1.2. *L'execució d'una hipoteca que gravi la plena propietat del bé.* 4.1.3. *La inidoneïtat sobrevinguda del bé per satisfer les necessitats del titular i dels beneficiaris.* 4.2. LES CAUSES D'EXTINCIÓ PRÒPIES DEL DRET D'USDEFUIT: 4.2.1. *La mort de l'usuari.* 4.2.2. *L'extinció de la persona jurídica usuària.* 4.2.3. *La consolidació, en el dret d'ús sobre béns mobles.* 4.3. LES CAUSES GENERALS D'EXTINCIÓ DELS DRETS REALS: 4.3.1. *La pèrdua total o l'expropiació forçosa del bé.* 4.3.2. *La renúncia.*—5. ELS DRETS D'ÚS ESPECIALS: 5.1. PER RAÓ DE LES FACULTATS DE L'USUARI. EL DRET D'ÚS AMB FACULTAT DE DISPOSICIÓ. 5.2. ELS DRETS D'ÚS ESPECIALS PER RAÓ DE L'OBJECTE: 5.2.1. *El dret d'ús sobre un habitatge.* 5.2.2. *El dret d'ús sobre béns fructífers.* 5.2.3. *El dret d'ús sobre bestiar.* 5.2.4. *El dret d'ús sobre un bosc.* 5.2.5. *El dret d'ús sobre diners (quasiús).*

«Compravenda civil, compravenda mercantil i rescissió per lesió ultradimidi», por M.^a Eulalia AMAT LLARI, pág. 705.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ.—2. L'ÀMBIT DE LA RESCISSIÓ: 2.1. L'OBJECTE DEL CONTRACTE RESCINDIBLE. 2.2. LEGITIMITAT PER EXERCITAR L'ACCIÓ RESCISSÒRIA.—3. L'ÀMBIT DE LA COMPRAVENDA MERCANTIL: 3.1. ELS BÉNS IMMOBLES COM OBJECTE DE LA COMPRAVENDA MERCANTIL. 3.2. L'ÀMBIT SUBJECTIU DE LA COMPRAVENDA MERCANTIL: 3.2.1. *Normes aplicables a les compravendes entre comerciants.* 3.2.2. *Normes aplicables a les compravendes mixtes.*—4. CONCLUSIONS.

«Protecció dels interessos empresarials i transmissió d'informació als representants dels treballadors (el nou art. 65 de l'Estatut dels Treballadors)», por Xavier SOLÀ I MONELLS, pág. 731.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ.—2. EL DEURE DE SIGIL PROFESSIONAL: 2.1. APROXIMACIÓ GENERAL AL SEU SIGNIFICAT I FONAMENT. 2.2. ÀMBIT SUBJECTIU. 2.3. ÀMBIT OBJECTIU. 2.4. RESPONSABILITATS EN CAS D'INCOMPLIMENT.—3. LA FACULTAT DE NO TRANSMETRE DETERMINADES INFORMACIONS.—4. EL CONTROL DE L'ACTUACIÓ EMPRESARIAL.—5. VALORACIÓ FINAL.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 44 (Julio-Diciembre 2007)

«La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», por José Antonio RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA LEY DE NUEVA PLANTA: JUSTIFICACIÓN Y PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN.—III. LA NOVEDOSA

ESTRUCTURA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. ANTECEDENTES: DIRECTIVA COMUNITARIA Y TRLCAP. 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN EN LA LCSP: TRES CATEGORÍAS CON DISPAR GRADO DE SUJECCIÓN. 3. LOS NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS: A) *Encomiendas de gestión*. B) *Contratos patrimoniales*. 4. LA CONTRATACIÓN LOCAL.—V. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL: RÉGIMEN JURÍDICO: 1. LAS IDEAS FUERZAS: IDENTIFICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y MODULACIÓN DECRECIENTE DE LA APLICACIÓN DE LA LCSP. 2. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL: UN NUEVO TIPO CONTRACTUAL Y REFORMULACIÓN DE TIPOS. 3. CONTRATOS SUJETOS A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA. 4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS: RÉGIMEN JURÍDICO.—VI. SELECCIÓN DEL CONTRATISTA Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: 1. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO.—VII. RÉGIMEN ESPECIAL DE REVISIÓN DE DECISIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: 1. ANTECEDENTES. 2. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. 3. LAS MEDIDAS PROVISIONALES. 4. LA REFORMA DE LA DIRECTIVA DE RECURSOS POR LA DIRECTIVA 2007/66/CE.—VIII. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

«La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», por M.^a Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ y Helena VILLAREJO GALENDE, pág. 45.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN, JUSTIFICACIÓN Y CONTENIDO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: 1. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN: A) *Origen inmediato y justificación*. B) *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia como verdadero motor de la DS*. 2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO: A) *La Directiva de servicios: una novedad metodológica*: a) *Ámbito objetivo*; b) *Ámbito subjetivo*. B) *Contenido de la DS*: a) *En general*; b) *La obligación de simplificación administrativa y sus implicaciones*; c) *Previsiones destinadas a favorecer la cooperación administrativa y programa de convergencia para la aplicación de la DS*. 3. EN PARTICULAR, LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA DS: A) *La autorización administrativa, a examen*. B) *Los requisitos prohibidos y requisitos supeditados a evaluación*: a) *Requisitos prohibidos*; b) *Requisitos por evaluar*.—III. LA REGULACIÓN NAVARRA SOBRE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES ANTE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER INTRODUCTORIO: A) *En general, impacto de la DS en la legislación comercial de los Estados miembros*. B) *En particular, afectación de la normativa básica estatal*. 2. POSIBLES REPERCUSIONES DE LA DS EN EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA: A) *Sobre la determinación del supuesto de hecho: la necesaria evaluación de los límites cuantitativos y territoriales*. B) *Sobre el procedimiento de tramitación de la licencia comercial específica*: a) *En la fase de iniciación: ventanilla única, derecho a la información, acuse de recibo, tasa por tramitación*; b) *En la fase de instrucción. Especial referencia a la participación de Consejo Navarro Asesor del Comercio Minorista*; c) *En la terminación de procedimiento: plazo para resolver y el sentido del silencio administrativo*. C) *Sobre los criterios materiales en los que se fundamenta la resolución: el papel del Modelo Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales y los requisitos prohibidos de la DS*: a)

Objetivos, contenido y principios rectores del Modelo Territorial; b) Criterios de evaluación de las solicitudes presentadas: las «pruebas económicas».—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

«La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos», por Javier TAJADURA TEJADA, pág. 87.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NOCIÓN DE «SOCIEDAD DEMOCRÁTICA» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.—III. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (ART. 11.1 CEDH).—IV. LAS RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (ART. 11.2 CEDH).—V. EL ABUSO DEL DERECHO Y LOS LÍMITES A LA TOLERANCIA (ART. 17 CEDH).—VI. LA SENTENCIA DEL CASO «REFAH PARTISI (PARTIDO DE LA PROSPERIDAD) Y OTROS CONTRA TURQUÍA», DE 31 DE JULIO DE 2001.—VII. ¿EN QUÉ MOMENTO PUEDE/DEBE DISOLVERSE UN PARTIDO ANTIDEMOCRÁTICO?—VIII. OBJECIONES A LA DOCTRINA DEL TEDH.—IX. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO

Número 162 (Enero-Junio 2007)

«Anotaciones a la vida y obra de Juan de Orozco, legista salmantino del siglo XVI», por Justo GARCÍA SÁNCHEZ, págs. 9-130.

«La conformidad equivalente de dos decisiones en las causas de nulidad del matrimonio. Ulteriores consideraciones», por Joaquín LLOBELL TUSET, págs. 131-168.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 2 (2008)

«Matrimonio y legislación civil: las reformas españolas de 2005», por Regina GAYA SICILIA, pág. 171.

«Comentario a la Lección Magistral dictada por la profesora Regina Gaya Sicilia», por Ramón ANTONIO GUZMÁN, pág. 191.

«Mensaje del Orador Invitado, Honorable Gustavo A. Gelpí, Juez del Tribunal Federal para el Distrito de Puerto Rico, en ocasión de la Semana de la Revista de Derecho Puertorriqueño», por Gustavo A. GELPÍ, pág. 199.

«Crime and (Cruel and Unusual) Punishment: a Policy Recommendation», por Ricardo X. RAMOS, pág. 205.

«El efecto del cambio en la redacción del asesinato estatutario», por Manuel GÓMEZ GUERRERO, pág. 227.

- «Sistema de multa individualizada: Consecuencias y problemas específicos en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal», por José R. MATOS ZAYAS, pág. 249.
- «Consecuencias de la legislación y opción de la custodia compartida de menores en Puerto Rico», por Gilberto GIERBOLINI y Luciano O. CANO, pág. 275.
- «El bienestar del menor, el de los padres y el Estado policía: ¿qué ruta elegimos?», por Aura MONTES RODRÍGUEZ, pág. 295.
- «El Mandato del Pueblo: Su realidad jurídica a través de la Ley del Referéndum sobre el Sistema Cameral de la Asamblea Legislativa», por Dennisse M. DEDÓS OCASIO, pág. 323.
- «Rights of Treasure Hunters under Puerto Rico Law: Application of Article 285 of the Civil Code through the Jones Act, the Puerto Rican Underwater Archaeological Protection Act and the Abandoned Shipwreck Act of 1987», por Omar CARMONA SÁNCHEZ, pág. 347.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 115 (Enero-Abril 2008)

- «Apuntes sobre la concesión de obra y servicio público en Costa Rica», por Marta María VINOCOUR FORNIERI, pág. 13.
- «La paradoja kantiana de la resistencia al poder», por Oriester Francisco ABARCA HERNÁNDEZ, pág. 35.
- «Algunos problemas respecto a la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal juvenil», por Gary AMADOR BADILLA, pág. 57.
- «Comentarios a las reformas a la normativa de la contratación administrativa», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 77.
- «Código Civil: evolución actual de sus institutos, derechos reales agrarios, posesión de derechos y otras acciones», por Enrique Napoleón ULATE CHACÓN, pág. 105.
- «Derechos humanos y el proceso penal. La experiencia de Costa Rica», por Alonso SALAZAR, pág. 129.